

JOSÉ WILSON FERREIRA SOBRINHO

# DIREITO PÚBLICO

(ADMINISTRATIVO, URBANÍSTICO  
E CONSTITUCIONAL)

Sergio Antonio Fabris Editor

# **DIREITO PÚBLICO**

**(Administrativo, Urbanístico e Constitucional)**

**JOSÉ WILSON FERREIRA SOBRINHO**  
Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora/MG  
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de  
São Paulo  
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

**DIREITO PÚBLICO**  
(Administrativo, Urbanístico e Constitucional)

**Sergio Antonio Fabris Editor**  
Porto Alegre / 2000

© José Wilson Ferreira Sobrinho

*Diagramação e Arte:*  
PENA - Composição e Arte

Reservados todos os direitos de publicação, total ou parcial, à  
SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR  
Rua Miguel Couto, 745  
CEP 90850-050  
Caixa Postal 4001  
CEP 90631-970  
Fone: (51) 233-2681  
Porto Alegre - RS

## DEDICATÓRIA

Dedico esta obra a uma pessoa muito especial: *Naide*, servidora da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

Agradeço, sinceramente, o carinho e a ajuda que me foram prestados durante meu momento Recifense.

Que deus a abençoe, juntamente com os seus.

**Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**

## SUMÁRIO

Prefácio .....	09
Esclarecimento .....	12
<b>I - TEMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>13</b>
- Silêncio Administrativo e Licença de Construção. ....	15
- Adequação Remuneratória. ....	53
- Sobre a Personalidade Jurídica da Empresa Pública. ....	61
- Vinculação Posterior do Ato Administrativo. ....	73
- Estabilidade e Avaliação de Desempenho do Servidor Público. ....	79
- Sobre a Obtenção de Grau Universitário sem Vestibular. ....	91
- Aspectos da Terceirização de Serviços no Setor Público. ....	97
- Sobre a Demarcação de Terras Indígenas. ....	103
- Sobre a Incorporação de Gratificação. ....	111
- Sobre a Fixação da Justa Indenização na Desapropriação. ....	117
- Uma Hipótese de Pretensa Improbidade Administrativa. ....	123
- Sobre as Infrações em Áreas Azuis. ....	127
- Sobre a Atuação Estatal nas Comunidades Indígenas. ....	131
- A Indenização Advinda de Anistia Constitucional. ....	137

Sobre o Desmatamento de Áreas Indígenas.....	145
Morte Legal do Nirvana Administrativo.....	151
II – TEMA DE DIREITO URBANÍSTICO: .....	159
- A Expropriação no Loteamento.....	161
III – TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL:.....	183
- Eficácia das Normas Constitucionais. ....	185
- Fixação de Subsídio (Emenda Constitucional nº 19/98) .....	193
- O Conceito Ideológico de Constituição. ....	203
- Por um Tribunal Constitucional.....	227
- Sobre a Utilidade do Preâmbulo nas Constituições. ....	245
IV – TEMAS OUTROS: .....	257
- o Stare Decisis Brasileiro. ....	259
- Sobre a Feitura das Leis.....	271

## PREFÁCIO

No prefácio de seu livro “Estudos de Direito Público”, datado de fevereiro de 1953, observava o Prof. Bilac Pinto que o Direito Administrativo, em nosso país, achando-se, ainda, muito dependente da criação pretoriana (tanto mais por ser, “historicamente, um direito não-escrito”), pressupunha, para o seu florescimento, um corpo de juízes especializados no conhecimento daquele ramo da jurisprudência e, lastimavelmente, nós não o possuíamos nem a organização judiciária de então favorecia-lhe o advento. Isso constituía, segundo o futuro Ministro do Supremo Tribunal, fator de desestímulo para os advogados que se dedicavam a esse e a outros ramos do Direito público, porquanto, muitas vezes, “o erro da decisão resulta(va) exclusivamente do desapareço pela especialidade”.

Com a restauração da Justiça Federal de primeiro grau, em 1966, criaram-se condições, afinal, para que se estruturasse, no Brasil, um quadro de magistrados de formação publicística, aptos a contribuir, com as suas sentenças, para o desenvolvimento do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e do Direito Tributário, especialmente.

Dessa nova ordem judiciária, beneficiou-se também o ensino jurídico, que pôde contar, a partir de então, com o concurso de

novos cultores do Direito Público, alguns dos quais aliam, ao conhecimento de seus princípios, o gosto pela pesquisa e pela produção doutrinária. É este o caso do Dr. José Wilson Ferreira Sobrinho. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, empresta ele, hoje, sua valiosa contribuição à Universidade Federal de Juiz de Fora, para a qual se transferiu, exercendo, concomitantemente, na mesma cidade, a judicatura, como titular da 1ª Vara da Justiça Federal.

Ao longo de sua carreira docente, tem sido o Prof. José Wilson um *scholar*, na melhor acepção do termo, isto é, um professor voltado para a formação de jovens estudiosos do Direito e comprometido com o desenvolvimento de sua ciência. O magistério que professa em classe irradia-se, por isso, sem cessar, para as páginas de periódicos especializados, assim transformados na forja de novas idéias. Não se satisfaz ele com a mera exposição de conceitos sedimentados; atraem-no, ao revés, os temas em geral inexplorados ou pelos quais certos doutrinadores costumam passar *à vol d'oiseau*. Em assuntos dessa natureza é que se detém, são eles os que o autor se compraz em enfrentar.

Recolhendo, neste volume, alguns de seus estudos, sob o título genérico "Direito Público", o Prof. José Wilson Ferreira Sobrinho mostra, desde logo, como se envolvem e se confundem os ramos desse grande tronco do direito, exigindo de quem se proponha estudá-lo um método, necessariamente, interdisciplinar.

Aqui se reúnem, com efeito, ensaios e artigos que versam temas palpitantes de Direito Administrativo, Direito Urbanístico, Direito Constitucional, Direito Processual e Técnica Legislativa. A escolha dos assuntos e o espírito com que são abordados logo revelam o que, antes, se sublinhou quanto às inclinações intelectuais do autor. Por outro lado, a harmonia do conjunto põe em evidência a universalidade do conhecimento do estudioso, cujas vistas não encontram barreiras nos domínios restritos de determinada província do conhecimento jurídico, mas tendem a elevar-se para

compreender o Direito Público no plano mais alto das instituições a que ele serve.

Inserese-se, destante, o livro que se vai ler na linha do que de mais expressivo existe no gênero. O espaço que a bibliografia jurídica lhe reservará será, por certo, o das obras que souberam dar aos assuntos do Direito Público o mesmo enfoque interdisciplinar – e não são muitas, na literatura nacional. Aguardam-no, por exemplo, nas estantes bem organizadas, os já referidos “Estudos de Direito Público”, do Prof. Bilac Pinto (Rio, 1953); os “Problemas de Direito Público”, do Ministro Víctor Nunes Leal (Rio, 1960); os “Estudos de Ciência Política”, do Ministro Prado Kelly (Rio, 1966); os “Assuntos Municipais” (Porto Alegre, 1965, em parceria com Eurico de Andrade Azevedo) e os “Estudos e Pareceres de Direito Público” (São Paulo, 1971/1991), do Prof. Hely Lopes Meirelles; os “Temas de Direito Público”, do Prof. Caio Tácito (Rio, 1997) e os “Textos de Direito Público”, do Ministro Xavier de Albuquerque (Brasília, 1999) – todas, coletâneas da maior utilidade, que falam, por si, da inestimável contribuição de seus autores às letras jurídicas.

O que de singular se nota no presente livro, entretanto, é que não se trata de obra que viesse coroar uma produção jurídica, mas, sim, o repositório dos primeiros frutos de uma rica sementeira, desenvolvida ao longo de apenas uma década, por jurista que está longe de ser, em termos de idade, homem provector. Saudemos, pois, este conjunto de estudos como o marco auspicioso de uma etapa, na trajetória de quem muito há de oferecer, ainda, à cultura jurídica brasileira, como resultado de suas constantes pesquisas.

*Paulo Roberto de Gouvêa Medina*  
Professor da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Juiz de Fora  
(Decano da Congregação)

## ESCLARECIMENTO

Esta obra que ora se publica consiste na reunião de artigos outrora publicados pelo autor.

Os temas foram divididos em quatro partes: Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Urbanístico. A quarta parte foi denominada de "*temas outros*"

O autor agradece nesta oportunidade ao Grupo IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., São Paulo, pela gentil autorização relativamente aos artigos publicados sob sua responsabilidade.

*O AUTOR.*

## **I - TEMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO**

- Silêncio Administrativo e Licença de Construção.
- Adequação Remuneratória.
- Sobre a Personalidade Jurídica da Empresa Pública.
- Vinculação Posterior do Ato Administrativo.
- Estabilidade e Avaliação de Desempenho do Servidor Público.
- Sobre a Obtenção de Grau Universitário sem Vestibular.
- Aspectos da Terceirização de Serviços no Setor Público.
- Sobre a Demarcação de Terras Indígenas.
- Sobre a Incorporação de Gratificação.
- Sobre a Fixação da Justa Indenização na Desapropriação.
- Uma Hipótese de Pretensa Improbidade Administrativa.
- Sobre as Infrações em Áreas Azuis.
- Sobre a Atuação Estatal nas Comunidades Indígenas.
- A Indenização Advinda de Anistia Constitucional.
- Sobre o Desmatamento de Áreas Indígenas.
- Morte Legal do Nirvana Administrativo.

## SILÊNCIO ADMINISTRATIVO E LICENÇA DE CONSTRUÇÃO

### I - Prolegômenos

A licença de construção, como assentado em doutrina, é ato precedente ao exercício do direito de edificar. Nesse sentido, o sujeito pretensor de uma licença não se pode correr à apreciação da autoridade administrativa relativamente a um projeto, quer para aprová-lo, quer para desaprová-lo.

Tem-se, então, uma série de atos interligados que culmina no provimento administrativo. Sucede, entretanto, que esse procedimento administrativo, por óbvio, tem uma dimensão temporal. Quer-se dizer: há um tempo, expresso ou implícito, que serve de parâmetro à vontade decisória da Administração.

Esse tempo tem a particularidade de ser deôntico, ou seja, pertence ao mundo do jurídico. Cuida-se, então, de prazo. Quando se trate de prazos contidos, p. ex., no Código de Processo Civil, há uma copiosa literatura.

Nada obstante, existe um estranho silêncio no que pertine com os prazos administrativos em matéria de licença de construção. A doutrina, quando muito, acena com ligeiras manifestações.

O descaso é incompreensível, uma vez que o chamado silêncio administrativo é figura jurídica revestida de certas peculiaridades que, se inobservadas, repercutirão gravosamente sobre a esfera jurídica do administrado.

Por razão que tal, busca-se no presente trabalho examinar o silêncio administrativo conectado com a licença de construção.

## II. A Atuação da Administração Pública

Já se disse que é impossível administrar dentro da lei. Tal assertiva significa que a administração da coisa pública, em um mundo onde a velocidade dos fatos reclama decisões rápidas, tem sua eficiência prejudicada pelas delongas de cunho legal.

Visões desse matiz, entretanto, coadunam-se com a chamada Ciência da Administração. Pertencem, por consequência, a um momento pré-jurídico do agir administrativo. Esse momento metajurídico, entretanto, conquanto interesse em uma perspectiva técnica, não se constitui em material, por assim dizer, do mister científico-jurídico.

Deveras, o jurista, enquanto tal, despreza metodologicamente essas facetas metajurídicas da factualidade estatal e busca reconstruir conceptualmente o disperso material legal. Surge, então, a ciência do direito, cuja tarefa é ir ao fato através da norma jurídica, ou nas palavras de Lourival Vilanova: "O sistema de proposições da ciência jurídica não se dirige aos fatos, acrescentemos, sem a mediação das proposições jurídicas que qualificam os fatos. Sem as proposições normativas do direito positivo, nenhum fato do mundo pertence ao universo jurídico" ( *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo, 1977, p. 118).

Por consequência, é necessário examinar a atuação da Administração Pública dentro de uma ótica jurídica liberta do indesejável concubinato com investigações outras. Nessa angulação a

Administração Pública acha-se balizada por normas jurídicas que lhe tracejam o agir concreto. Este, porém, é um quadro da atualidade.

Realmente, época houve em que a Administração não encontrava tais limites legais, pelo que os administrados assistiam os administradores públicos exorbitarem na utilização dos poderes que lhes eram conferidos. Havia, por assim dizer, a institucionalização do arbítrio. Era o Estado de polícia.

Os descomedimentos praticados levaram a uma reformulação desse estado de coisas. Despontou como produto desse movimento revisionista, a idéia do Estado de Direito. Longe de se confundir com um rótulo de valor apenas ideológico, o Estado de Direito é, consoante doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello: "*(...) um gigantesco projeto político juridicizado de contenção do poder e de proclamação da igualdade de todos os homens*" (Princípios Fundamentais de Direito Administrativo, in: Curso de Direito Administrativo, São Paulo, 1986, p. 12).

Isto influiria na própria concepção do direito administrativo, uma vez que não mais pode ser entendido como um direito que se prestava para obsequiar o poder validando os despautérios cometidos, senão que: "*É um direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do poder estatal*" (ob. cit., p. 13).

Dentro desse quadro de legalidade, a doutrina jurídico-administrativa tem se preocupado em elaborar entraves ou óbices à atuação administrativa. Fala-se, então, de princípios, verdadeiros vetores hermenêuticos que se espraiam no ordenamento jurídico e compelem a Administração Pública a se mover dentro de espaço legalmente delimitado ou *intra legem*.

Esse posicionamento doutrinário tem relevantes conseqüências. Basta que se pense no campo da discricionariedade administrativa, tradicionalmente entendida como espaço reservado à concreção do administrador público mediante qualquer decisão que não afrontasse a lei, e que hodiernamente tem elastério mais encolhido: não basta

que a autoridade administrativa se abstenha de agir *contra legem* ou *extra legem*. Por outras palavras: não mais se admite uma gama de ações administrativas que, *a priori*, estariam validadas pela lei, mas sim a existência apenas de um agir possível que é precisamente o traduzido pela vontade administrativa.

Sendo parte, por assim dizer, do aparelho estatal, a Administração Pública, nem por isso, pode-se colocar em uma posição unilateral de poder, posição essa que *obnubile* aspecto conspícuo de seu agir: o dever. Com efeito, resta superada, pelo menos no tocante à doutrina mais avisada, a velha noção de que os institutos do direito administrativo seriam interpretáveis à luz da idéia de poder. Nada mais descabido. Bem por isso Celso Antonio Bandeira de Mello escreveu: " (...) o que há no direito público, no direito administrativo, é sobretudo o predomínio de deveres e não de poderes" (ob. cit., p. 22).

Esse dever imanente ao obrar administrativo, dever esse que se traduz no atendimento das finalidades normativamente estabelecidas, cresce de importância à medida que se tem presente a concepção de função administrativa. Realmente, se por função administrativa se entender, na esteira doutrinária de Lúcia Valle Figueiredo, "*a atividade -dever do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, de dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos constitucionais e normativos, de maneira geral ou individual, sob um regime prevalente de direito público e sujeito ao contraste do poder judiciário*" (Discricionariedade: Poder ou Dever?, in: Curso de Direito Administrativo, São Paulo, 1986, p. 120), ver-se-á que o atuar administrativo está sempre impregnado dessa noção de dever. O concretizar comandos constitucionais e normativos é mister distante da álea subjetiva do administrador público, se entendido de forma abusiva esse subjetivismo, pois, na hipótese, o ato concreto poderia ser acoimado de ilegal.

## 1. A CONCRETUDE ADMINISTRATIVA

A Administração Pública ao exprimir sua vontade o faz através de atos administrativos, pelo que se despreza, nesse estudo, os chamados fatos administrativos. O ato administrativo é, então, a expressão material desse querer administrativo. Nem poderia ser de outra maneira, uma vez que não se pode pensar na hipótese de a Administração Pública, enquanto ente imaterial, exprimir de viva voz sua vontade.

Em assim sendo, os agentes da Administração são os responsáveis por essa concretude volitiva. Porém, o aludir a atos administrativos não significa valoração conceptual do chamado conceito lato de ato administrativo como cunhado por Ernst Forsthoff: "*(...) toda actividad de la administración individualizable como acción particular, sin referència a su objeto o su fin y, en particular, prescindiendo de si esta actividad se mueve en el ámbito del Derecho privado o del Derecho público*" ( Tratado de Derecho Administrativo, trad. de Legaz y Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge, Madrid, 1958, p. 280).

A locução ato administrativo presentemente empregada exclui de sua dimensão semântica os atos regidos pelo direito privado, os atos materiais, os atos políticos ou de governo, o regulamento e os contratos administrativos (Celso Antônio Bandeira de Mello, Elementos de Direito Administrativo, 1ª ed., 6ª tiragem, São Paulo, 1987, pp. 37-8).

Nessa perspectiva restrita de ato administrativo – e sem outros torneios doutrinários – tem-se entendido que ele é "declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional" (Celso Antônio Bandeira de Mello, Elementos . cit., p. 39).

Exsurge do próprio conceito de ato administrativo anotado a seguinte consequência: por ser complementar de lei e por ser

expedido justamente para seu cumprimento, o ato administrativo encontra-se colhido pela noção de dever precedentemente registrada.

Com efeito, o dever materializa-se precisamente no momento em que a autoridade administrativa encontra-se coarctada de optar por outra finalidade que não a normativa. Há, portanto, o dever indeclinável de a vontade legal ser perseguida pela Administração Pública.

Sem detença nos demais aspectos de uma classificação dos atos administrativos, interessa cuidar dos chamados atos administrativos vinculados e discricionários.

Por ato administrativo vinculado entende a doutrina jurídico-administrativa aquele na qual a lei gizou todos os seus contornos sem nada deixar para o administrador público ou conforme doutrina de Gabino Fraga: *"En esta clase de actos la ley determina exactamente no sólo la autoridad competente para actuar sino también si ésta debe actuar y cómo debe actuar, estableciendo las condiciones de la actividad administrativa de modo de no dejar margen a diversidad de resoluciones según la apreciación subjetiva que el agente haga de las circunstancias del caso"* (Derecho Administrativo, 15ª ed., México, 1973, p. 237).

O ato administrativo discricionário, pelo contrário, não se encontraria delimitado totalmente pela lei, senão que remanesceria para o administrador público, no momento da concreção da lei, certa margem de comportamento discricionário. Esse tipo de ato administrativo já foi atrelado a uma concepção por demais elástica da discricionariedade, como, por exemplo, na teorização do citado Gabino Fraga: *"el acto discrecional tiene lugar cuan la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar cómo debe obrar o en fin qué contenido va a dar a su actuación"* (ob. cit., p. 238).

Teorias desse jaez levaram à convicção generalizada, notadamente em ângulo pretoriano, de que a própria lei concedia à Administração Pública a possibilidade de, comodamente, abster-se de obrar *contra legem* ou *extra legem* e de se mover em amplo espaço

volitivo. É dizer: as condutas que não se revelassem *contra* ou *extra legem* seriam havidas como idôneas à concreção da lei. Essa doutrina, entretanto, deu azo a muitos abusos administrativos.

Foi Michel Stassinopoulos quem liquidou com esse modelo conceitual. Para ele a pedra de toque da problemática reside precisamente em que a Administração Pública, por definição, não pode atuar contra ou fora da lei. Mais: somente pode atuar segundo a lei. Em outras palavras: não é possível que a Administração Pública consiga embutir, via concreção da lei, no comando legal outra finalidade que não a própria finalidade incrustada na norma.

Mesmo a tormentosa questão dos conceitos jurídicos indeterminados não tem o condão, por assim dizer, de se correr desse estreito quadro. De fato, não será pela razão de que em um conceito jurídico indeterminado, por exemplo *comportamento indecoroso*, há a impostergável necessidade de esse conceito ser iluminado semanticamente (algo como a "escuridão-iluminada", de Heidegger) pela autoridade administrativa que se poderá sustentar a possibilidade de a vontade concreta da Administração Pública traduzir vontade colidente com a vontade normativa.

Haverá, na verdade, tão somente o recolhimento do material semântico existente no momento da atuação administrativa a fim de que se conceptualize *comportamento indecoroso*. Repare-se, entretanto, que essa conceptualização do conceito jurídico indeterminado não fica exclusivamente a talante da Administração Pública, no que diz com um possível agir, pelo que nem sequer pode ser colocada dentro da discricionariedade, uma vez que tem natureza diversa.

Com efeito, Brewer-Carias já demonstrou isso. Então, convém cita de seu pensamento: "*En la discrecionalidad, la operación que debe realizar la Administración es de naturaleza volitiva: así sucede cuando la ley faculta a la Administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinados; en cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, la operación que realiza la Administración es de naturaleza intelectualiva: la Administración cree,*

*juzga, por ejemplo, que la edificación amenaza ruina" (Allan R. Bewer-Carias, Urbanismo y Propiedad Privada, Caracas, 1980, p.340).*

Ademais, acrescente-se, trazer o conceito jurídico indeterminado para uma zona de certeza, como quer Eduardo García de Enterría, é operação semântica que comporta certas limitações. De fato, embora tal conceito tenha partes, por assim dizer, suscetíveis de convicções pessoais, tem também um núcleo semântico mínimo que não pode ser agredido por entendimento esdrúxulo. É precisamente esse *minimum* de significado que se encontra atrelado à lei, ou seja, forma a vontade normativa.

## 2. A TEORIA DO DESVIO DO PODER

Encontra-se nos livros jurídicos a afirmação de que o direito não se preocupa com o mental interiorizado, isto é, com o foro íntimo. Somente é relevante para o direito o pensar que se traduz em atos. A conduta, por conseguinte, passa a ser o fim visado pelo instrumental normativo. Não qualquer conduta, senão que apenas aquela que se encontra intersubjetivada, como doutrina Carlos Cossio. Vale dizer: a conduta de um sujeito frente a outro ou a vários sujeitos.

Essa noção comportamental, deonticamente qualificada, encontra-se na base de toda a atuação administrativa e, por conseguinte, do próprio ato administrativo. Deveras, a hipótese de a Administração Pública expedir ato administrativo que se dirija a ninguém é completamente absurda. Um ato administrativo somente é editado tendo em mira um comportamento relevante, em termos jurídicos, do administrado. Há, portanto, no mínimo dois sujeitos: de um lado a Administração Pública e de outro o administrado que sofre a incidência do ato administrativo.

Escorados em tal premissa alguns doutrinadores sustentam que o *animus* é irrelevante em matéria de desvio de poder. Entre tais pensadores, por exemplo Percival Júlio Vaz Cerquinho que em confusa Dissertação de Mestrado averbou: "desvio de poder é um

vício, de natureza objetiva, de um ato, caracterizado pelo desencontro entre seu conteúdo e o legalmente adequado para o atingimento da finalidade objetivamente traçada". (O Desvio de Poder – Dissertação de Mestrado apresentada à PUC-SP, p.8).

Conquanto esse autor busque objetivar o desvio de poder, o que é perfeitamente plausível, reconhece, depois, que a intenção viciada do agente representa valia na caracterização do desvio de poder. Com efeito, para ele o defeito de intenção é considerado "*(...) não pelo seu valor em si, porém pelo valor que tenha enquanto índice de garantia lógica do desencontro objetivo entre o ato e a finalidade pretendida pela lei, havendo, portanto, um conflito de normas a ser resolvido aos moldes traçados pelo direito*" (sic) (ob. cit., p. 23).

Deixando-se de lado eventuais defeitos lógicos, impende sublinhar que o autor citado enxerga no *animus* um elemento adjutório na descoberta do desvio de poder. Adjudica-lhe, portanto, um caráter operacional. Tal posição, a bem de ver, é igualmente defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello: "*O que o vicia (refere-se ao ato), portanto, não é o defeito de intenção – ainda que através disto se possa perceber o vício – mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência*" (Elementos ... ob cit., p. 48. Grifou-se).

Há uma nota comum nessas posições doutrinárias: ambas, ainda que tal ocorra por força das premissas eleitas, concebem o desvio de poder como algo somente factível no plano da ação. Por outras palavras: o atuar administrativo concreto é que daria ensanchas à existência do desvio de poder detectável em atos administrativos viciados. Por conseguinte, trata-se de atos comissivos. Isto é de suma importância para o presente estudo, uma vez que se objetivará demonstrar seu caráter fragmentário, pelo que se torna insuficiente como sustentáculo de uma teoria do desvio de poder.

### III - A Licença de Construção

Ao contrário do que se possa pensar, a preocupação com a edificação não é absolutamente própria dos nossos dias. Ainda que de forma rudimentar e quase sempre sob inspiração religiosa, os antigos já possuíam certas regras que objetivavam ordenar a edificação em solo citadino.

A Grécia, conquanto tenha produzido algumas idéias sobre o assunto, estranhamente não legou essa produção à posteridade. A juízo de Françoise Choay isto tem como explicação o fato de que "*a pólis é primeiramente uma comunidade de indivíduos antes de ser um espaço*" (A Regra e o Modelo, trad. De Geraldo Gerson de Souza, São Paulo, 1985, p. 18).

Preocupações do mesmo matiz podem ser encontradas no período da Roma imperial, da China antiga, do Islã. Merecem destaque os chamados *editos comunais* das comunas italianas, por apresentarem nítido caráter programático: "*Respondem às situações particulares, encontradas hic et nunc por homens que não são especialistas, mas cuja condição de cidadão qualifica-os, sem distinção de classe social ou profissional, a lidar com todos os problemas da cidade*" (Françoise Choay, ob. cit., pp. 20 *usque* 28).

O correr do tempo, por outro lado, exacerbou o problema urbano. Deveras, a superpopulação das cidades somadas à má distribuição do solo urbano gerou inúmeros problemas que reclamavam uma regulação por parte do Estado.

Tirante outros instrumentos jurídicos de feição urbanística, por incabível sua exploração no momento, é mister o exame da chamada licença de construção no seu aspecto conceptual e natureza jurídica.

#### 1. O CONCEITO DE LICENÇA DE CONSTRUÇÃO

A Administração Pública intervém na esfera jurídica do administrado de diversas formas. Entre elas destaca-se a intervenção

feita com o fito de controlar a utilização dos imóveis. Esse agir da Administração Pública é, na verdade, a própria função administrativa em perspectiva dinâmica, vale dizer, exercitada pela autoridade administrativa competente.

Sendo a licença de construção espécie do gênero licença urbanística, sua problemática gira, necessariamente, em torno de considerações de índole urbanística. Ganha relevo, portanto, o chamado ordenamento jurídico-urbanístico posto assumir feição dúplice: em primeiro lugar é a fonte da competência da autoridade administrativa em matéria de licenças urbanísticas; em segundo lugar, funciona como base empírico-jurídica cuja função é possibilitar a concessão ou a denegação da licença pleiteada.

O ponto focado é, por sem dúvida, importante. Bem por isso mereceu de Jesus González Pérez o seguinte asserto: "*La nota común de todas las licencias es que todas se otorgan o deniegan en razón de consideraciones urbanísticas*" (Las Licencias de Urbanismo, Madrid, 1978, p. 100).

Essa vinculação com o ordenamento urbanístico, respeitante à concessão ou denegação de licenças urbanísticas, apresenta ainda outra conseqüência relevantíssima em termos de invalidade do ato administrativo em matéria urbanística, uma vez que o objetivo do próprio submetimento da atividade a ser licenciada "*es verificar la conformidad de la actividad con el ordenamiento urbanístico. Cualquier otra motivación para denegar el otorgamiento viciaría el acto y éste sería inválido*" (idem, ibidem).

À vista do exposto já é possível vislumbrar os contornos conceptuais da licença para edificar. A doutrina entende que essa licença se constitui em ato de pura remoção de limites ao exercício do direito de construir. O ato administrativo que, por hipótese, veicula a concessão de licença para edificar nada acrescenta à esfera jurídica do proprietário, senão que apenas viabiliza o exercício do direito preexistente. Nesse sentido a lição de Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso: "*(...) la licencia urbanística constituye uno de los supuestos más genuinos de aplicación de la técnica*

*autorizatoria, entendida como remoción o alzamiento de una prohibición legal de ejercicio de un derecho subjetivo perfecto impuesta por la necesidad de contrastar previamente que dicho ejercicio se atiene a los límites que configuran el próprio derecho según la ordenación urbanística*" (Lecciones de Derecho Urbanístico, 2ª ed., Madrid, 1981, p. 648).

Italo Di Lorenzo, expondo decisão do Conselho de Estado italiano, forma nas mesmas fileiras doutrinárias: *"La licencia edilizia costituisce un'autorizzazione la quale rimuove con efficacia reale e non personale, un limite all'esercizio di una facoltà in ordine ad una o più cose e pertanto essa introduce modificazione giuridiche nell'ambito di una res e non già solo in ordine ad un soggetto"* (Diritto Urbanistico, Torino, 1973, p. 581).

Esse conceito de licença edilícia permite sacar algumas notas relevantes para seu equacionamento jurídico. A primeira dessas características é a que diz com o caráter regrado do ato administrativo que veicula uma licença edilícia. Deveras, se se trata de ato que não inova um direito de propriedade – e por consequência um direito de construir – que, por definição, já tem seus contornos traçados por lei, nada remanesce à autoridade administrativa que lhe possa permitir uma denegação de licença de construção com base em considerações de conveniência e oportunidade. Somente se lhe permite sindicar a conformidade da atividade objeto da licença requerida com as exigências legais. Se os pressupostos normativos foram atendidos a autoridade administrativa deverá conceder a licença de construção.

Brewer-Carias já havia anotado: *"la consecuencia fundamental de que el acto administrativo que contenga un permiso de urbanización ou de construcción sea un acto reglado, es que la autoridad administrativa no puede dictarlo y someterlo a condiciones, si éstas no se autorizan expresamente en la ley"* (ob. cit., p. 387). É dizer: se a lei não faz referência a condições outras, a autoridade administrativa não poderá desbordar de sua competência para submeter um pedido de

licença de construção que lhe compete examinar a requisitos que lhe pareçam desejáveis. Se o fizer estará no campo da ilegalidade.

A segunda característica é que a licença de construção não cria direito. Com efeito, se ela se configura como ato desinibidor do exercício do direito de construir, é óbvio que não poderia nunca ter por função a criação de direito. Este, como já sublinhado, preexiste à licença. Se assim é, não pode ele ser criado via licença.

Finalmente a licença de construção é transmissível. Qual o fundamento dessa transmissibilidade? Em cita precedente de Italo Di Lorenzo encontrar-se-á a resposta: a licença tem eficácia real e não pessoal, pelo que a modificação jurídica operada é relativamente à coisa. Por razão que tal Hely Lopes Meirelles concluiu: *"Aderindo ao terreno, a licença para construir ou lotear transmite-se automaticamente aos sucessores com a só alienação do imóvel, não sendo lícito a prefeitura opor-se à expedição ou à transferência do alvará ao novo proprietário ou compromissário comprador"* (Direito de Construir, 5ª ed., São Paulo, 1987, p. 170).

## 2. A NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA DE CONSTRUÇÃO

As premissas cravadas na parte inicial desse estudo permitem caracterizar a licença de construção como ato administrativo. Isto parece incontestado a todas as luzes. Sucede, entretanto, que ato administrativo é gênero que contém algumas espécies. Aqui reside a *vexata quaestio*.

Os juristas são obcecados por classificações e por nominalizações. Não é raro encontrar-se classificação que somente difere das anteriores no que diz com o acréscimo ou supressão de vocábulos. Isto já é suficiente para gerar uma batalha infundável que tem como pomo de discórdia mera divergência vocabular. Costumam as teses rivais, em essência, estarem de acordo com as mesmas conclusões, apenas se apegando a diferenças semânticas como recurso hábil a infirmar a posição contrária.

Tanto pior é a situação quando se atenta para o fato de que as ditas ciências sociais movem-se em terreno perigoso: o das palavras equívocas ou polissêmicas. Deveras, no direito, por exemplo, há profusão de termos multívocos que complicam o mister científico e geram não poucos desacertos teóricos.

Não há no estádio atual da ciência nenhuma possibilidade de se eliminar a multivocidade conceitual. Isto, entretanto, não deve causar espécie a ponto de se renunciar a todo e qualquer esforço de construção conceptual. Pelo contrário, tendo presente a exata utilidade das palavras, meros rótulos colocados nos objetos, será possível visualizá-las em perspectiva teleológica. Esse posicionamento permite um rigor possível para o tempo atual, rigor esse que Norberto Bobbio já qualificara como imperativo à própria consistência do discurso científico e não apenas mera exigência da gramática jurídica. Não se pretende, portanto, tratar da natureza jurídica da licença de construção à luz de palavras. Examinar-se-á a teoria em si mesma considerada, uma vez que é ela que se mostra relevante ou irrelevante dependendo, naturalmente, de seu conteúdo empírico.

No Brasil fez fortuna a tese sustentada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Para ele a licença é um *acertamento constitutivo formal*. Defende sua posição com o seguinte argumento: "*Discute-se se ela é constitutiva de direito, porque esse direito preexistia no seu titular. Realmente, não é constitutiva quanto ao gozo de direito, porém o é quanto ao seu exercício*" (Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, 2ª ed., Rio, 1979, pp. 569-570). A tese é aceita por Celso Antônio Bandeira de Mello, Ato Administrativo e Direitos dos Administrados, São Paulo, 1981, p. 175 e por Lúcia Valle Figueiredo, Disciplina Urbanística da Propriedade, São Paulo, 1980, p. 58).

No que pertine com a nomenclatura utilizada (acertamento constitutivo formal), em atenção ao professor citado, entender-se-á que ela foi cunhada com intuito estipulativo, o que torna despropositada uma eventual crítica.

Nada obstante, no que respeita ao *discrímen* estabelecido, crê-se que ele é equívocado. Com efeito, não se consegue entender onde reside a diferença entre gozo e exercício de um direito. Usar, gozar e dispor são formas de exercício do direito de propriedade. Então, exercício é gênero que tem como espécies o uso, gozo e disposição, pelo que gozar um direito é precisamente exercitá-lo. Em assim sendo, cai por terra a nota individualizante ou divisor de águas arquitetado, uma vez que se a licença é constitutiva relativamente ao gênero (exercício) teria forçosamente de sê-lo com relação a espécie (gozo), sob pena de erro lógico.

Assim, não se pode aceitar que a licença seja constitutiva no que diz com o exercício e não o seja no que pertine com o gozo. A doutrina em foco, por conseguinte, padece do vício da circularidade. Por outras palavras: o defeito do *discrímen* eleito a impede de explicar o que pretendeu fosse explicado. Por assim ser, reputa-se sua utilização inadequada.

Elegendo-se como perspectiva relevante para embasar um possível rótulo ou *nomen juris* para a licença a esfera de ação jurídica do administrado, o que, as abertas, não exclui a adoção de outros critérios, tem-se que ela pode ser havida, em um primeiro momento, como um ato administrativo ampliativo, ou seja, um ato administrativo que se limita a alargar o raio de ação jurídica do administrado (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Elementos...* ob. cit., p.58).

Repare-se: não se está a dizer que esse ato administrativo amplia a própria esfera jurídica do administrado. Diz-se que a ampliação é da ação jurídica. Isto é intuitivo: se a licença remove um óbice ao exercício de um direito, por consequência, permite ao titular desse direito uma maior locomoção, por assim dizer, na medida em que o direito se encontra liberto de entraves. Não houve, portanto, ampliação do direito pois seus contornos já haviam sido traçados pela lei. A remissão precedente feita a Celso Antônio Bandeira de Mello não significa concordância integral com esse autor. Realmente, ele fala em "resultados sobre a esfera jurídica dos

administrados" (ibidem) e exemplifica com a licença e com a autorização.

Ora, ao se pretender individualizar a categoria de atos administrativos representativa da licença não se pode permitir que tais atos convivam debaixo do mesmo rótulo com a autorização, uma vez que têm regime jurídico diverso.

Então o critério do autor em tela é correto para a autorização, pois no caso haverá efetiva ampliação da própria esfera jurídica do administrado por ato administrativo pertencente ao rol dos atos discricionários.

Não assim no respeitante à licença. Tomou-se, então, o rótulo proposto emprestado para utilizá-lo estipulativamente dado o caráter da licença e dado o fato de que ela nada agrega ao direito. Falar-se-á, por conseguinte, em ampliação do raio de ação jurídica do administrado. Nesse sentido é que se propõe, inicialmente, a nomenclatura ato administrativo ampliativo.

Postas as coisas dessa maneira é possível diferenciar a licença da autorização. A licença de construção, como já sublinhado inúmeras vezes, não cria direito. A autorização, pelo contrário, cria direito pois amplia o patrimônio jurídico de quem a recebe. Se licença e autorização são coisas distintas, obviamente não padece dúvida de que não podem ser agrupadas debaixo da mesma rubrica sob pena de se esbarrar na seguinte indagação: se ambas são a mesma coisa, uma vez que são colocadas, pela doutrina em exame, na mesma designação (ato administrativo ampliativo) como podem ter efeitos jurídicos distintos?

Então, quando o autor em foco diz que os atos ampliativos são aqueles "que aumentam a esfera de ação jurídica do destinatário" (ibidem) está, na verdade, falando de licença e não de autorização. Ampliação da esfera de ação jurídica não é a mesma coisa de ampliação da esfera jurídica. Não há, na espécie, sinonímia entre as expressões.

Ainda com relação à natureza jurídica da licença de construção, há quem entenda se tratar de "um ato de controle de um direito

predeterminado quanto ao seu conteúdo". É a tese de José Afonso da Silva (que se apóia em Federico Spantigati) (Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo, 1981, p. 568).

A rigor, porém, essa postura teórica não é conflitante com a que foi proposta provisoriamente: ato administrativo ampliativo. Há apenas diferença relativamente aos aspectos considerados: em um caso considerou-se a esfera de ação jurídica do administrado e no outro valorou-se a natureza da atividade exercida pela Administração Pública, o que não impede sua complementaridade.

Aderindo-se, então, a uma postura eclética, é possível caracterizar a licença de construção, já agora não mais provisoriamente, como ato administrativo controlador-ampliativo. Deveras, ato controlador porque a licença de construção submete-se ao controle da autoridade administrativa que examina a concordância (ou discordância) da atividade a ser licenciada com o ordenamento jurídico. E ampliativo porque elastece a esfera de ação jurídica do administrado. Crê-se, então, que assim entendida a licença de construção, sua fenomenologia jurídica resta integralmente explicada.

#### IV - O Silêncio Administrativo

A atenção dispensada pela doutrina jurídico-administrativa ao tema do silêncio administrativo é praticamente nenhuma. De regra, os autores lhe dispensam breves linhas como se a matéria fosse insignificante e, portanto, não merecesse um tratamento mais acurado. Assim, no Brasil, ao que se saiba, o assunto não é dos mais conspícuos.

Nada obstante, entende-se no presente estudo que o silêncio administrativo quando posto no campo urbanístico tem relevantes conseqüências, mormente no que respeita à licença de construção. A concepção adotada repercutirá de forma imediata nesse tipo de licença.

Com efeito, se se espousa a tese do silêncio administrativo negativo, ter-se-á determinada consequência jurídica; de revés, se a doutrina acolhida for a do silêncio administrativo positivo, é óbvio que as consequências jurídicas serão distintas. Há que se considerar, ainda, a existência de um tipo intermediário de silêncio administrativo que tem repercussões dissemelhantes relativamente às formas anteriores.

### **1. Conceito de silêncio administrativo**

Impende, preliminarmente, sublinhar o caráter excepcional ou atípico do silêncio administrativo. Deveras, já ficou assentado, por ocasião do exame feito relativamente à atuação da Administração Pública, que ao exercer a função administrativa o Estado se vê a braços não com poderes senão que com deveres. Há, portanto, a indeclinável obrigação de a Administração Pública agir, pelo que não parece razoável a hipótese de se creditar a essa Administração o direito de inércia. Bem por isso se averbou que a função administrativa se materializa por meio de atos administrativos. Por outras palavras: havendo um pedido de licença de construção, por exemplo, a Administração Pública, à vista do projeto apresentado, concede ou denega a licença pretendida, dependendo, naturalmente, do ajuste ou desajuste do projeto respectivo ao ordenamento jurídico. E isto é feito por meio de um ato administrativo.

Quando, porém, se considera o silêncio administrativo, a questão se torna diferente. Nessa hipótese não há propriamente ação administrativa senão que há inércia administrativa. A Administração Pública que tinha o dever de agir não agiu.

Pode-se, portanto, conceituar o silêncio administrativo como toda omissão da Administração Pública, no exercício de prerrogativas públicas, ocorrida contra disposição legal que lhe impunha prazo para agir. Do conceito alinhavado exsurgem as seguintes notas:

- a) o silêncio administrativo é comportamento omissivo da Administração Pública;
- b) é comportamento omissivo qualificado pelo fato de a Administração Pública, no momento da prática da omissão, encontrar-se no exercício de prerrogativas públicas. Essa característica é importante por afastar do conceito de silêncio administrativo comportamentos omissivos outros que podem, eventualmente, interessar ao dito conceito lato de ato administrativo ou aos denominados atos da Administração;
- c) o silêncio administrativo, para sua caracterização, necessita de um trato temporal legalmente qualificado, ou seja, de um prazo. Com efeito, somente a partir do momento em que esse prazo é excedido, sem que a Administração Pública se pronuncie, é que se poderá falar de omissão. Antes do escoamento do prazo isso não é possível.

## 2. ESPÉCIES DE SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Doutrinariamente são conhecidas duas espécies de silêncio administrativo: o positivo e o negativo. Estas são, entretanto, espécies puras, por assim dizer, desse silêncio. Lançando-se mão de uma figura para explicar melhor a assertiva feita, pode-se dizer que essas modalidades do silêncio administrativo são como que a estação inicial e a estação final de uma viagem de trem. Conseqüência: o espaço existente entre essas duas estações ferroviárias não é vazio, senão que preenchido por tipos intermediários de silêncio administrativo.

Por silêncio administrativo negativo se entende, no caso da licença de construção, a denegação dessa licença de forma tácita. Vale dizer: apresentado o projeto de construção para ser licenciado e silente a Administração Pública, no prazo legalmente estabelecido para sua manifestação, tem-se que esse projeto foi recusado o que, obviamente, equivale à própria não concessão da licença. O efeito

principal desse tipo de silêncio administrativo é, portanto, a denegação de um pedido de licença de construção.

O silêncio administrativo positivo, pelo contrário, opera a outorga da licença pedida no caso de a Administração não se pronunciar no prazo previsto.

Como a competência para prover sobre a licença de construção, no caso do Brasil, é municipal, através do chamado Código de Edificações, a matéria terá certamente tratamentos díspares. Assim um município poderá estabelecer que não se pronunciando a Administração em tempo hábil, essa não pronúncia redundará em recusa da licença enquanto outro, nas condições mesmas, poderá prever a outorga da licença.

As duas espécies de silêncio administrativo aludidas, entretanto, não satisfazem a alguns doutrinadores enquanto consideradas como espécies puras. José Afonso da Silva, por exemplo, impugna as duas soluções: "*O silêncio negativo lesa o direito que estes (refere-se aos administrados,) têm ao provimento administrativo, ainda que seja em seu desfavor. O silêncio positivo pode importar, por seu turno, em lesão ao interesse público, quando, porventura, implique aprovação de projeto e a conseqüente outorga da respectiva licença em desacordo com as normas edilícias e urbanísticas*" (ob. cit., pp. 571-2).

O município de São Paulo, porém, conseguiu se correr dessas duas fórmulas. Criou o que aqui será estipulativamente havido como silêncio administrativo positivo condicionado.

Deveras, pelo Código de Edificações desse município, o silêncio da Administração Pública autoriza o interessado a iniciar a obra submetida a licença, após comunicação feita à repartição técnica competente, sujeitando-se, porém, aos efeitos de uma possível denegação de licença por desconformidade do projeto com a legislação pertinente. Os efeitos no caso de recusa da licença são: sustação da construção com a conseqüente demolição do que tiver sido construído (José Afonso da Silva, ob. cit., p. 572, que alude ao art. 520, § 3º e Lúcia Valle Figueiredo, *Disciplina ...* ob. cit., p. 60, que faz referência ao art. 520, § 4º).

A fórmula em tela encontra conspícuos simpatizantes: Lúcia Valle Figueiredo que sustenta ser o silêncio administrativo somado à comunicação do interessado equivalente ao ato administrativo de deferimento sob condição resolutória (ob. cit., p. 60) ; Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 168 e José Afonso da Silva, ob. cit., p. 572.

Nem todos, porém, comungam desse entendimento. Celso Antônio Bandeira de Mello, p. ex., apostila em sentido diverso: "*Daí que o administrado, por muito consciente que esteja quanto ao enquadramento de sua pretensão às exigências normativas, não pode exercitar este poder jurídico de construir haurido na lei, sem que a própria Administração efetive o competente exame e libere a atividade pretendida*" ( O Ato Administrativo... ob. cit., pp. 174-5. Grifou-se).

À luz da regulamentação feita pelo município de São Paulo, entretanto, a doutrina supracitada não procede. De fato, já se pôs em destaque a possibilidade de a obra ser iniciada com a conseqüente comunicação na hipótese de silêncio administrativo positivo condicionado. Em sendo assim, o administrado pode exercitar o poder jurídico de construir independentemente de liberação da atividade pretendida pela Administração. Sujeitar-se-á, porém, às possíveis conseqüências em caso de recusa da licença.

O Supremo Tribunal Federal, de seu turno, primeiramente entendeu que se o pedido de licença não fosse despachado no prazo previsto, a licença seria outorgada por silêncio administrativo positivo. Ao depois assentou que a licença somente seria concedida por silêncio administrativo positivo se a legislação pertinente assim dispusesse. Em caso contrário, o escoamento do prazo permitiria apenas o início da obra, pelo que a prefeitura decidiria a final (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 168, nota de rodapé 4).

Consagrou-se, via pretoriana, a solução alvitada pelo município de São Paulo. Então, no que diz com licença de construção outorgada por silêncio administrativo positivo condicionado há um verdadeiro *stare decisis de facto* no sentido de que se a questão bater às portas do Supremo Tribunal Federal a solução já pode ser antevista.

Igualmente no que diz com os outros tribunais posto ser conhecida a influência direta que a chamada "jurisprudência mansa e pacífica" do Supremo Tribunal Federal tem sobre eles.

Na Espanha, como regra, optou-se pelo silêncio administrativo positivo mitigado. Vale dizer: o silêncio da Administração importa em outorga da licença. Entretanto, mister concorram dois requisitos: "*los formales o procedimentales previstos por el art. 9 RSCL y el sustantivo de adecuación del acto pretendido a la normativa urbanística pertinente*" (Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso, ob. cit., p. 718). Os chamados requisitos formais são a solicitação da licença, o transcurso do prazo legalmente fixado, a inatividade da Administração e o não condicionamento da competência municipal por outros atos. O primeiro requisito, a solicitação da licença, é indispensável para caracterizar o não agir administrativo. Com efeito, se não há um pedido de licença de construção ou se este pedido é retirado, por desistência, antes do escoamento do prazo legal para a administração decidir não se pode, evidentemente, pensar em silêncio administrativo. O segundo requisito, transcurso do prazo, é fundamental. Antes disso, consoante o conceito esboçado precedentemente, não há silêncio administrativo. O terceiro requisito, na verdade, somente pode ser entendido com relação ao anterior (transcurso do prazo), uma vez que a inatividade administrativa somente se caracteriza com esse transcurso de prazo. Sem transcurso do prazo previsto não procede cogitar de silêncio administrativo se, por hipótese, não houve inatividade da Administração Pública. Finalmente, o quarto requisito formal diz respeito à exigência, em alguns casos, de outras licenças que não a municipal, licenças essas que se apresentam como condição para que possa haver silêncio administrativo positivo. Por outras palavras: a ausência dessas prévias licenças, por serem consideradas como pressuposto da competência municipal para conceder licenças urbanísticas, obstaculiza a formação do silêncio administrativo positivo.

O chamado requisito substantivo, na verdade, impede que projetos edilícios elaborados em desconformidade com o ordenamento jurídico possam ser aprovados através do silêncio administrativo positivo. Assim, não basta a ocorrência dos quatro requisitos formais examinados. É preciso que a atividade a ser licenciada não atrepele as normas pertinentes (Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso, ob. cit., pp. 718 *usque* 725).

A regra geral, entretanto, admite exceções: as licenças envolvendo atividades na via pública, bens de domínio público ou patrimoniais necessitam de aprovação expressa, pelo que, nesses casos, aplica-se o silêncio administrativo. (idem, p. 715).

No plano jurisprudencial, Antonio Carceller Fernandez arrola algumas decisões: a) "*La autorización por silencio, como ahora dice ya el artículo 178.3 de la LS, no debe constituir un medio para conseguir lo que está prohibido manifiestamente por la ley*"; b) "*No es posible admitir tácitamente concedido lo que era ilegal otorgar expresamente*" (Manual de Disciplina Urbanística, Madrid, 1983, pp. 55-6).

A Itália, de seu turno, apresenta dois momentos em matéria de silêncio administrativo. Por primeiro imperou a tese do silêncio administrativo negativo (*silenzio rifiuto*). Deveras, Italo di Lorenzo, escrevendo no ano de 1973, assevera que essa solução foi dada pela *legge-ponte* de 1967. O legislador italiano houve por bem tomar posição diante do antagonismo existente na jurisprudência antes dessa lei. De fato, decisões podem ser encontradas consagrando o silêncio administrativo negativo enquanto outras o repeliam (ob. cit., pp. 544 *usque* 549).

O segundo momento é caracterizado pela convivência do silêncio administrativo negativo com o silêncio administrativo positivo. Deveras, por modificação legislativa ocorrida no ano de 1978 e posteriormente no ano de 1982 foi estabelecida a bimembridade do silêncio administrativo. Gian Carlo Mengoli, interpretando a legislação italiana, escreveu: "*Il silenzio-rifiuto previsto dalla L.U rimane così ristretto al caso della concessione e*

*dell'autorizzazione che debbono essere rilasciate solo per atto espresso*" (Manuale di Urbanistica, ristampa emendada, Milano, 1982, p. 616).

O silêncio administrativo positivo (*silenzio-assenso*), por sua vez, encontra-se disciplinado de forma analítica: concessão tácita de tipo transitório, concessão tácita com base em certificado de uso do solo, autorização tácita ordinária e autorização tácita breve (Gian Carlo Mengoli, ob. cit., pp. 624 *usque* 633).

Em França, consoante sustenta Lúcia Valle Figueiredo, o Conselho de Estado entendeu que o silêncio administrativo não implicava recusa. Ressalvou, entretanto, a hipótese em que um projeto submetido à licença pudesse ser rejeitado pela Administração por não se conformar às exigências legais bem como a possibilidade de se impugnar uma concessão tácita de licença que se revelasse ilegal. Ao depois a matéria mereceu tratamento legal: havendo silêncio administrativo, este implicaria na concessão da licença pedida (Disciplina ... ob. cit., p. 61).

### 3. NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Gizar a natureza jurídica de algo que se revela significativo para o direito é tarefa das mais ingratas. Realmente, as posições, na maioria das vezes, são inconciliáveis. Então, a polémica doutrinária segue acesa produzindo muitas páginas sobre o assunto responsável pela beligerância teórica. Em matéria de silêncio administrativo a situação não é diferente. De um lado formam os que entendem que o silêncio administrativo origina um ato administrativo; de outro, estão os detratores dessa concepção.

André Gonçalves Pereira, por exemplo, somente empresta caráter de ato administrativo ao denominado ato implícito e ao chamado ato tácito interno. Por ato implícito entende ele que "é o que resulta necessariamente de uma consulta destinada a fim diverso, inferindo-se sem possibilidade de dúvida dos *facta concludentia*". Exemplifica dizendo que se em um pedido de concessão, por

hipótese, a autoridade concede esse serviço em regime de exclusividade a outra pessoa, ter-se-á de entender que o primeiro pedido foi indeferido.

Sustenta ele que no direito português a expressão ato tácito comporta dois significados: ato tácito interno e ato tácito externo. O ato tácito interno ocorre "quando a lei considera concedida a aprovação tutelar passado um determinado prazo sem que o órgão tutelar se tenha manifestado". O ato tácito externo, de seu turno, equivale ao indeferimento administrativo (Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo, Lisboa, 1962, pp. 86-7).

Sua argumentação para não aceitar que o ato tácito externo seja um acto administrativo consiste no seguinte aspecto: " (...) o acto tácito externo não é um ato administrativo, mas sim um pressuposto do recurso contencioso que em casos excepcionais a lei permite substitua o acto administrativo, pressuposto normal do recurso contencioso" (ob. cit., p. 91).

Outros adversários da idéia de que o silêncio administrativo negativo produz um ato administrativo são Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso. Para eles, essa espécie de silêncio administrativo é: "*pura ficción legal de efectos exclusivamente procesales dirigida a la creación de la presunción del cumplimiento del requisito previo del acto administrativo consustancial a la configuración impugnatoria del contencioso-administrativo*" (ob. cit., p. 717).

Parece conveniente, antes de se tentar criticar uma doutrina estrangeira, compreendê-la em seus limites e dentro da sistemática legal onde ela foi formulada. Deveras, é um despautério científico o que se assiste na atualidade: certos autores, ao tratarem da questão envolvendo o ordenamento jurídico brasileiro, apressam-se em dizer, por exemplo, que razão não assiste a um Guido Zanobini ou a um Pietro Virga por proporem soluções indefensáveis no Brasil. Isto, na verdade, é puro desconhecimento da teoria da linguagem de objeto e da metalinguagem.

O exemplo envolvendo os dois autores italianos serve para ilustrar a hipótese que se pretende fixar: quando Zanobini ou Virga

elabora uma teoria, ele tem presente o ordenamento jurídico da Itália, não o do Brasil. E, parece evidente, na Itália o legislador pode dispensar tratamento legal a determinada matéria que, se comparado com outro ordenamento jurídico, poderá se revelar antagônico. Então, diante desse quadro antitético, não se poderá simplesmente afirmar que os autores italianos estão equivocados em tal posição quando tal afirmação tem por marco referencial o ordenamento jurídico brasileiro e não o italiano.

É certo, por outro lado, que o fenômeno da incorporação ocorrente no campo científico poderá, eventualmente, servir de suporte a uma crítica nos moldes supradescritos. Se a Itália e o Brasil apresentam igual regulação normativa de determinado instituto jurídico e se uma interpretação sistemática dessa regulação não denuncia impropriedades de fundo, então poder-se-á utilizar um autor italiano que tenha tratado desse assunto para viabilizar uma concordância ou uma discordância no Brasil diante do mesmo assunto. Resumindo: o que não se pode tolerar é o transplante acrítico para o Brasil de teorias estrangeiras. Pode-se - e deve-se - importar determinadas idéias de outros países, porém com a condição de que elas encontrem solo fértil posto que os fatos não são metidos dentro de esquemas teóricos que a eles não se aplicam. Inexiste em ciência esse tipo de conceptualização cogente.

Em assim sendo, as posições de André Gonçalves Pereira, Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso não se revelam imprestáveis. Com efeito, Portugal e Espanha são países que têm uma dualidade jurisdicional, ou seja, há uma jurisdição comum e uma jurisdição administrativa. Como sabido, nesses países toda a problemática administrativa é de competência da justiça administrativa.

Ora, diante do chamado contencioso administrativo é natural que esses doutrinadores vejam no ato produzido por silêncio administrativo negativo apenas um pressuposto processual de ingresso na via contenciosa. Nesse momento o administrado, então, impugnará essa omissão administrativa. Mais: isto é um efeito

imputado pela legislação desses países ao silêncio administrativo negativo. Então nada há de esdrúxulo nessas concepções se elas forem aplicadas aos ordenamentos jurídicos respectivos.

No Brasil, entretanto, depara-se com situação diferente. Deveras, entre nós não há a mencionada dualidade jurisdicional, senão que reina sobranceiro o princípio de universalidade da jurisdição comum. Por essa razão não parece haver substância teórica para que se tente estabelecer a mesma divisão que os autores examinados estabelecem. Demais, entre nós, tanto a denegação expressa de uma licença quanto a denegação por silêncio administrativo constituem, na verdade, pressuposto de ingresso no judiciário. Por outras palavras: não interessa se a denegação foi por ação (agir administrativo) ou por omissão (inércia administrativa). Ambas possibilitam ao administrado ingressar no judiciário. Se é assim, como dizer que a denegação expressa da licença é ato administrativo e a denegação por silêncio administrativo negativo não é?

Assim sendo, as concepções processuais do silêncio administrativo negativo não servem de sustentáculo para uma tentativa, que se pretenda consequente, de teorização dessa espécie de silêncio administrativo. É necessário, por consequência, buscar outro caminho.

Esse caminho, ao que se entende, conduz ao próprio conceito de ato administrativo. Tradicionalmente se tem por inquestionável que o ato administrativo encontra-se assentado em comportamentos comissivos da Administração Pública, ou seja, naquelas manifestações expressas do querer administrativo. Tome-se como exemplo um pedido de licença para construir: se a Administração se pronuncia, em tempo hábil, sobre esse pedido, seja concedendo, seja negando a licença pretendida, houve um agir que se materializou no ato concessivo ou denegatório da licença. Não se discute a natureza administrativa desse ato.

Para o presente estudo, porém, essa concepção de ato administrativo é reputada insuficiente, uma vez que deixa de fora

outros comportamentos da Administração Pública que têm conseqüências jurídicas.

Assim os comportamentos omissivos. Quando se tratou do conceito de silêncio administrativo deixou-se assentado que se tratava de omissão da Administração Pública. Proceda-se ao exame dessa concepção relativamente ao exemplo do pedido de licença para construir: a Administração Pública deixa transcorrer o prazo fixado sem se manifestar sobre esse pedido, o que caracteriza o comportamento omissivo. Qual a conseqüência jurídica disso? Evidentemente esse ato gerado por omissão não cabe dentro dos chamados atos da Administração: não é regido pelo direito privado, não é ato material nem é ato político. Não cabe também no denominado conceito lato de ato administrativo: nem mesmo pela teoria do absurdo se pode pensar que ele é regulamento ou contrato administrativo. Então, onde enquadrá-lo?

Ainda lançando mão da hipótese de um pedido de licença para construir surge outro tipo de comportamento: o comissivo-omissivo. Esse comportamento permite à autoridade administrativa, por meio da omissão, atingir um resultado diferente do previsto em lei. Se a autoridade administrativa competente para apreciar um pedido de licença, por hipótese feita por um desafeto, deixa escoar o prazo sem decidir tão-somente para prejudicar esse desafeto por meio do silêncio administrativo negativo (admitindo-se que seja a regra), esse agir viciado não tem repercussão jurídica?

Tem. E grave. Sendo a licença de construção um ato vinculado o único comportamento possível da autoridade administrativa, admitindo-se que o projeto edilício do exemplo dado estivesse conforme às exigências legalmente previstas, seria conceder a licença. Este, portanto, o resultado previsto em lei. Todavia, o comportamento comissivo-omissivo dessa autoridade fez nascer outro resultado: a denegação da licença por silêncio administrativo negativo. Então, essa autoridade administrativa, por meio de um não agir, alcançou um resultado lesivo ao administrado que poderia ter

sido impedido mediante o agir. Qual o conceito capaz de abrigar esse ato?

A solução para esses problemas, segundo se entende, consiste em alargar o conceito de ato administrativo a fim de que essas hipóteses possam ser colhidas. Admite-se, portanto, de bom grado o que Sérgio Ferraz chamou de "*desmantelamento conceitual*" (Instrumentos de Defesa dos Administrados, *in* Curso de Direito Administrativo, São Paulo, 1986, pp. 154 *usque* 174). É necessário repensar o conceito de ato administrativo, de modo que o mais importante não seja o instrumental vocabular usado para construí-lo mas sim as realidades que deve abarcar.

Resumindo: tanto é ato administrativo aquele que é produzido por silêncio administrativo positivo quanto o gerado por silêncio administrativo negativo. Ambos são manifestações que produzem efeitos jurídicos (no primeiro caso, a concessão de licença; no segundo caso, a denegação); ambos provêm do Estado (Administração Pública); ambos foram produzidos por autoridade que se encontrava colhida pelo direito público, uma vez que a licença de construção não é disciplinada pelo direito privado.

## V – Esboço de uma Postura Revisionista

Em uma perspectiva formal do direito, pode-se, com tranqüilidade, retomar a idéia averbada anteriormente de que o silêncio administrativo é matéria afeta à competência municipal via Código de Edificações. O corolário de tal assertiva é no sentido de que os municípios podem dispor da forma que lhes aprouver, pelo que podem fixar o silêncio administrativo negativo, o silêncio administrativo positivo ou o silêncio administrativo positivo condicionado.

Tal quadro desemboca no campo da validade da norma jurídica: uma norma que foi produzida validamente, sem vícios, vale. Vincula o administrado às exigências nela contidas. Nessa ótica, inócuas são

argumentações envolvendo injustiças dessa norma, má técnica legislativa e argumentos similares. Uma norma jurídica válida somente é expulsa do sistema jurídico por outra norma de igual ou de superior categoria.

Nada obstante, o mister científico-jurídico, conquanto parta das normas positivadas, não se limita a repetir o enunciado da norma jurídica, uma vez que isto nada tem de científico. Qualquer alfabetizado é capaz de realizar tal operação lingüística.

Assim sendo, embora se reconheça a competência municipal para, em princípio, regular o silêncio administrativo em matéria de licença de construção, tem-se, por outro lado, que essa competência não é ilimitada. Com efeito, ao longo desse estudo se procurou fixar uma premissa básica: a Administração Pública não apenas tem o poder jurídico para dispor sobre licença de construção, senão que tem também, e principalmente, o dever de sobre ela se pronunciar. Então, não parece compatível com o ordenamento jurídico uma consagração da teoria do silêncio administrativo negativo.

Deveras, tal teoria legitima uma omissão da Administração Pública no sentido de que ela pode simplesmente escolher entre o agir e o omitir. Por conseguinte, o provimento administrativo diante de um pedido de licença edilícia não poderia ser caracterizado como direito do administrado pois dependeria da vontade administrativa.

Isto é um descalabro. Italo Di Lorenzo já recolhera jurisprudência no sentido de que *"Nei confronti del sindaco. Egli há l'obbligo e non la facoltà di pronunciarsi sulle demande e di spiegare agli interessati i motivi della decisione adottata; pertanto il silenzio è illegittimo, anche se la domanda non era corredata da tutti gli allegati necessari"* (ob. cit., p. 636).

Provimento concessivo ou denegatório de licença de construção requerida nada tem que ver com o provimento em si mesmo considerado. Por outras palavras: o administrado tem direito a uma manifestação da Administração Pública, seja em que sentido for. A concessão ou denegação da licença diz com a conformidade ou

desconformidade do projeto edilício apresentado e não com o agir administrativo enquanto tal.

Essa linha de raciocínio conduz à conclusão de que o silêncio administrativo negativo deve ser repudiado pelo município, uma vez que não se coaduna com o dever de ação ou manifestação expressa imposto à Administração. A prevalecer tese contrária, estará institucionalizado em plano administrativo o mecanismo do decurso de prazo denegatório para a licença de construção. Nada obstante, a realidade brasileira no campo da produção normativa é simplesmente lamentável. Assiste-se hodiernamente uma agressão contínua aos cânones da técnica legislativa. Quando se pense na esfera municipal, então, a situação é apavorante. Por assim ser, parece conveniente examinar a esdrúxula hipótese de consagração do silêncio administrativo negativo.

Figure-se, então, o seguinte exemplo: um pedido de licença para construir é feito em município onde a regra seja o silêncio administrativo negativo. Admita-se tenha, por esse expediente, havido a denegação dessa licença mesmo que o projeto edilício apresentasse conformidade às exigências legais. Como ficaria essa situação? Dir-se-ia que simplesmente a Administração Pública fez uso de preceptivo legal que lhe permitia se comportar omisivamente?

Tal argumentação é, na melhor das hipóteses, simplória. Com efeito, não parece crível que alguém desconheça os efeitos nefastos produzidos na economia por um processo inflacionário como o que assola o Brasil. Um pedido de licença de construção, admitindo-se que a obra possua significativa expressão econômico-financeira, é algo que implica em dispêndio por parte do pretensor dessa licença e que não pode ser reduzido a nada por pura omissão da autoridade administrativa competente para apreciar o respectivo pedido de licença.

Em situações desse matiz é mister aplicar a teoria da responsabilidade civil do Estado. Deveras, a hipótese consiste em dano causado ao administrado pela Administração Pública sem que

se possa imputar a esse administrado qualquer parcela de culpa. Deverá, portanto, o Estado recompor o patrimônio do administrado que foi por ele lesado e depois responsabilizar, em ação regressiva, o funcionário responsável por essa lesão.

Respeitante ao silêncio administrativo positivo, igualmente não é adequada sua consagração. Realmente, essa postura equivale à aprovação de projetos legalmente defeituosos tão somente pelo decurso do prazo para que a Administração Pública se manifeste. Haverá, então, a juridicização do que não pode ser juridicizado. Mais: é um convite a mais para eventuais conluís envolvendo administrados e Administração. Isto, claro parece, geraria verdadeira proliferação de obras primitivamente ilegais porém inatacáveis a princípio por força de se encontrarem licenciadas com base no silêncio administrativo positivo. É certo que, teoricamente, o poder de autotutela poderia corrigir esse desvio. Todavia, é igualmente certo que isso não é óbice eficaz contra a esperteza que campeia nesse país. Seria apenas um rótulo a mais. Então, é melhor descartar de vez o silêncio administrativo positivo.

Resta o silêncio administrativo positivo condicionado. Neste, a inércia administrativa gera a outorga da licença mediante certos requisitos.

Essa forma de silêncio administrativo, inequivocamente, deve prevalecer sobre as examinadas anteriormente. Com efeito, ela não legitima a inércia administrativa como o silêncio administrativo negativo, senão que a desestimula na medida em que, por decurso de prazo, outorga a licença solicitada. Por outro lado, também não apresenta a inconveniência do silêncio administrativo positivo posto não permitir, pelo menos teoricamente, o atropelamento das normas vigentes em virtude de o sujeito titular da licença de construção concedida por essa espécie de silêncio administrativo estar atrelado a um ônus, ou seja, sujeitar-se, em havendo o não preenchimento dos requisitos legais, a uma paralisação da obra com a conseqüente demolição do que tiver sido construído.

Naturalmente que os requisitos condicionadores da outorga de licença para construção por silêncio administrativo positivo condicionado, por ser matéria, como reiteradamente averbado, de competência municipal, serão discriminados por cada município, o que, à evidência, comporta tratamento diferente.

Nada obstante, julga-se que os seguintes parâmetros deverão balizar a escolha desses critérios: a) vedação expressa da outorga de licença de construção por silêncio administrativo positivo no caso de agressão ao ordenamento jurídico; b) possibilidade de o requerente dessa licença, uma vez escoado o prazo para que a Administração Pública se manifeste, poder dar início às obras pertinentes; c) sanção através da suspensão da obra iniciada nas condições anteriores (item "b") e demolição do construído no caso de o projeto edilício não preencher as exigências legais.

Impende agora cuidar da teoria do desvio de poder relativamente à licença de construção. Em um primeiro momento, poder-se-á qualificar como desarrazoada tal pretensão posto que, comumente, somente se cogita do desvio de poder com relação aos atos administrativos ditos discricionários. Sendo a licença de construção havida como um ato administrativo vinculado, segue-se que, a princípio, ela ficaria fora do círculo conceptual da teoria do desvio de poder.

Todavia, as coisas não se passam bem assim. Percival Júlio Vaz Cerquinho escreveu a respeito: " *O problema do desvio de poder apresenta realce especial no plano da discricionariedade*, embora possa ocorrer também em casos de atos vinculados" (ob. cit., p. 23. Grifouse). Estranhamente, porém, esse autor não desdobrou essa afirmação no correr do trabalho que elaborou.

Com efeito, deixou-se assentado, quando se esboçou os contornos da teoria do desvio de poder, a insuficiência da base dessa teoria. Por outras palavras: rejeitou-se a possibilidade de os atos administrativos comissivos da Administração Pública constituírem, de forma exclusiva, a matriz conceptual do desvio de poder.

Ao depois averbou-se que o conceito de ato administrativo carecia de maior abrangência no que diz com as realidades que nele deveriam ser incrustadas. Em desdobramento, sustentou-se que a categoria ato administrativo era composta dos atos comissivos, atos omissivos e atos comissivos-omissivos.

A consequência desse alargamento conceptual do ato administrativo, por assim dizer, é a reformulação da teoria do desvio de poder. Deveras, o desvio de poder não mais será vício encontrável nos atos administrativos gerados por comportamentos comissivos da Administração Pública, como querem abalizadas opiniões, senão que terá de abarcar os vícios detectáveis nos atos administrativos produzidos via comportamentos comissivos-omissivos.

O exemplo utilizado precedentemente esclarece a questão: na hipótese da denegação da licença para construir por silêncio administrativo negativo, sendo o projeto edilício conforme às exigências legais e sendo o sujeito pretensor dessa licença inimigo pessoal da autoridade administrativa competente para apreciar o respectivo requerimento, acredita-se tenha havido o desvio de poder.

Analise-se a questão. Por primeiro houve um mau uso da competência. Com efeito, competência não é algo que seja outorgado para ser utilizado com base em idiosincrasias. Há de ser exercitada de acordo com a lei. Por segundo, ocorreu uma evidente superposição entre a vontade estatal e a vontade dessa autoridade administrativa, uma vez que não parece sensata a admissão de que a Administração Pública, enquanto tal, possa agir objetivando alcançar fins estranhos à sua própria atividade, ou seja, prejudicar alguém por mero capricho. É claro que comportamentos desse matiz somente podem ser pensados relativamente às autoridades administrativas que, por todas as luzes, não podem utilizar sua competência para praticar atos odiosos contra os administrados. Parece, na hipótese, incontestado o vício desse ato por desvio de poder.

Isto, por evidente, repercutirá gravosamente sobre o administrado. Essa autoridade administrativa, com esse

comportamento comissivo-omissivo, atingiu finalidade diversa da contida na lei. Deveras, a vontade normativa pode ser traduzida na concessão ou denegação da licença de construção conforme o projeto edilício atenda ou não as especificações legais.

Diante disso, não parece razoável que dúvida subsista quanto a possibilidade de haver desvio de poder em atos administrativos vinculados. O exemplo formulado prova que essa possibilidade existe.

*Prima facie*, talvez se pense que essa idéia encontra-se na mesma linha conceptual de alguns autores clássicos do direito administrativo: o *animus* da autoridade administrativa é a matriz, na hipótese aventada, do desvio de poder. Ledo engano. Esse *animus* é utilizado como elemento capaz de denunciar a existência de vício no ato administrativo produzido por silêncio administrativo negativo. É dizer: a vontade individual viciada da autoridade administrativa viciou, igualmente, o ato administrativo denegatório da licença de construção. Então, na verdade, o *animus* corresponde a uma espécie de prova circunstancial.

Tal posição coincide, ainda que por fundamentos diversos, com as posturas de Percival Júlio Vaz Cerquinho e Celso Antonio Bandeira de Mello, uma vez que ambos sustentam que o ato é viciado quando há desacordo entre a finalidade desse ato e a finalidade da competência outorgada à autoridade administrativa. O que cumpre sublinhar é que esses autores, ao que se supõe, põem realce nos atos comissivos praticados pela Administração Pública enquanto o estudo presente agrega também os atos comissivos-omissivos.

Depreende-se, então, que nesse caso cabe ao judiciário anular essa denegação de licença de construção operada por silêncio administrativo negativo com desvio de poder. Mais: se houver resultado danoso para o administrado cabe também a responsabilização do Estado a título de indenização a fim de que o patrimônio desse administrado não seja dilapidado por uma

autoridade administrativa que fez uso inadequado de sua competência.

## VI - Conclusões

1. Não se deve utilizar o silêncio administrativo negativo como regra, em razão de legitimar a inatividade da Administração Pública.
2. Havendo a adoção desse tipo de silêncio administrativo, o município é responsável por eventual denegação da licença para construir, operada por esse mecanismo legal, se o projeto apresentado respondia positivamente às exigências legais e se dessa denegação resultou dano para o requerente.
3. O silêncio administrativo positivo, igualmente, não deve ser adotado, uma vez que abre ensanchas a ilegalidades e conchavos que podem ser praticados sob seu beneplácito.
4. Reputa-se escorreta a fórmula do silêncio administrativo positivo condicionado respeitante à licença de construção.
5. O desvio de poder ocorre tanto nos atos administrativos discricionários quanto no caso dos vinculados. Em se tratando de licença para construir, esse desvio de poder poderá surgir por comportamentos comissivo-omissivos da Administração Pública.
6. A licença de construção é um ato administrativo controlador-ampliativo.
7. O conceito de silêncio administrativo somente é possível a partir da utilização de um lapso de tempo legalmente estabelecido.
8. Silêncio administrativo é toda omissão da Administração Pública, no exercício de prerrogativas públicas, ocorrida contra prazo fixado legalmente para seu agir.
9. O ato gerado por silêncio administrativo, quer negativo, quer positivo, quer positivo condicionado, é ato administrativo.

10. Silêncio administrativo é gênero que tem como espécies o silêncio administrativo negativo, o silêncio administrativo positivo e o silêncio administrativo positivo condicionado.

11. O conceito de ato administrativo entendido como comportando somente os atos comissivos da Administração Pública é insuficiente. Por isso mesmo deverá ser alargado para agasalhar os atos omissivos e os atos comissivos-omissivos.

12. A licença de construção é ato administrativo vinculado.

## ADEQUAÇÃO REMUNERATÓRIA

A Lei nº 8.852/94 reacendeu uma questão das mais polêmicas: a necessidade de se concretizar o mandamento constitucional que dispõe sobre a remuneração.

Ações foram aforadas com o intuito de suprimir do cálculo remuneratório as parcelas apelidadas de vantagem pessoal, incorporadas legalmente. As teses então desenvolvidas diziam com ofensa a direito adquirido, redução salarial, o teto ministerial somente é aplicável aos vencimentos, excluídas as vantagens pessoais e vantagem pessoal nominalmente identificada no caso de o valor da remuneração exceder o teto ministerial.

Relembre-se que antes de essa lei ser editada o STF, de modo sistemático, pulverizava qualquer tentativa de vantagens ditas pessoais serem computadas no cálculo do teto remuneratório. Ocorre que *mesmo as decisões mais recentes do STF ainda não enfrentaram o assunto à luz da citada Lei nº 8.852/94, pelo que os arrestos colecionados no foro dizem com normação anterior.*

Convém, de início, precisar os conceitos de *vantagem pessoal* e de *vantagem de carreira*. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “vantagem pessoal é aquela que o servidor percebe em razão de uma circunstância ligada à sua própria situação individual – e não ligada pura e simplesmente ao cargo.”.

Por vantagem de carreira, ainda com suporte no mesmo autor, deve-se compreender aquelas em que “sua percepção corresponde a um acréscimo que está associado pura e simplesmente ao cargo ou função. Qualquer que neles esteja preposto as receberá pelo só fato de exercê-los, sem que, para tanto, tenha que concorrer alguma circunstância ou incidente associável aos particulares eventos da vida funcional do agente ou às invulgares condições de trabalho em que preste sua atividade”. (Curso de Direito Administrativo, 6ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 130).

Debaixo do rótulo de vantagem pessoal, por exemplo, somente podem conviver parcelas alusivas a adicional por tempo de serviço, adicional pela prestação de serviço extraordinário ou pelo trabalho noturno (*idem, ibidem*).

A primeira questão a ser dilucidada é a relativa ao alcance da expressão *a qualquer título* encontrada no Artigo 37, inciso XI da Constituição Federal. Opina o citado Celso Antônio Bandeira de Mello:

Abrange tudo o que seja devido em razão dele (cargo) propriamente, ainda quando o correspondente pagamento seja feito sob rubricas distintas, como, por exemplo, vencimento-base, mais ‘adicional de representação’, ‘nível universitário’ ou outras fórmulas concebíveis. De outro lado, entretanto, não compreende o que os ocupantes dos sobreditos cargos percebem como vantagem pessoal; ‘*verbi gratia*’, o adicional por tempo de serviço.” (*ob. cit.* p. 130 – grifei)

Argumentou-se que a adequação remuneratória não era viável para aqueles servidores que se encontravam na inatividade. O articulado, entretanto, colide com o disposto no Artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias na medida em que não se excluiu na redação desse artigo a categoria de inativos. Aliás, frise-se que expressamente se diz que os proventos de aposentadoria, inclusive, serão adequados aos limites estabelecidos na Constituição. Isto já espanca a tese dos que pretendiam retirar os inativos da adequação remuneratória determinada por essa regra constitucional transitória.

O recurso ao direito adquirido também não vinga, uma vez que se dispôs, no citado Artigo 17 do ADCT, que não se admitiria a invocação de direito adquirido como óbice jurídico à adequação remuneratória.

Ora, se o próprio constituinte originário assim deliberou, não se pode sustentar a idéia desconhecida atualmente de que há direito adquirido contra a Constituição. As garantias do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido são inseridas na carta maior como limites para o legislador infraconstitucional, não como entraves ao constituinte originário sob pena de se ter no direito constitucional o equivalente *filosófico* da *quadratura do círculo*.

Emprestou-se relevo teórico, nas discussões travadas, a uma diferença entre remuneração e vencimentos, como *gancho científico*, por assim dizer, para sustentar a concepção de que somente os vencimentos seriam abarcados pela regra da adequação remuneratória, excluídas as vantagens pessoais.

A *definição normativa* dos vocábulos vencimentos e remuneração feita pela Lei nº 8.852/94, artigo 1º, incisos II e III foi construída com base no entendimento de que vencimentos traduz o padrão básico acrescido das vantagens permanentes do cargo, emprego, posto ou graduação, enquanto a remuneração

materializava os vencimentos mais os adicionais de caráter individual e demais vantagens.

Normativamente, portanto, vencimentos significa a agregação das vantagens do cargo ao padrão básico, o que corresponde à moldura doutrinária da vantagem de carreira. Assim, *os vencimentos compõem indubitavelmente a carga conceptual da expressão a qualquer título do artigo 37, inciso XI, CF.*

A remuneração, em ângulo normativo, traduz-se em vencimentos mais as vantagens pessoais. Em termos doutrinários: padrão básico, vantagens de carreira e vantagens pessoais.

Havendo diferença normativa entre vencimentos e remuneração é de mister confrontá-la com a exigência do artigo 3º, *caput* da Lei nº 8.852/94: o limite máximo de remuneração para os efeitos do inciso XI, artigo 37, da Constituição Federal, corresponde aos valores percebidos, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Surge, porém, tema interessante à luz do artigo 37, inciso XII, da Constituição federal: não se permitem vencimentos superiores aos pagos pelo Poder Executivo. Tem-se, portanto, o Executivo como paradigma relativamente aos vencimentos.

Forma-se a seguinte situação: no âmbito do Executivo o maior valor de vencimentos corresponderá, no máximo, a noventa por cento da remuneração do Ministro de Estado (Lei nº 9.982/94). A remuneração do Ministro de Estado serve de base para a fixação dos vencimentos, apenas com subtração de dez por cento do total remuneratório.

Não é possível discussão quanto à abrangência da adequação remuneratória posto que tanto vencimentos quanto remuneração são passíveis desse reajuste (artigo 5º, *caput* da Lei nº 8.852/94). O que pode gerar indagação é o inciso II, artigo 5º, da lei citada que foi

mantido pelo Congresso Nacional após ser vetado pelo Presidente da República.

Tal dispositivo determina a transformação em vantagem pessoal, nominalmente identificada, sujeita ao *limite previsto no artigo 3º*, das parcelas que excederem o montante a que se refere o artigo 2º, aplicando-se a essa vantagem os mesmos percentuais de reajuste por ocasião das revisões ou antecipações de vencimentos, soldo ou salário básico.

Houve quem defendesse que esse preceptivo legal permitia que as parcelas representativas das vantagens pessoais se corressem do ajuste remuneratório, bastando que a parte que ultrapasse o teto seja transformada em vantagem pessoal nominalmente identificada.

A premissa desse raciocínio é correta, uma vez que as vantagens pessoais, como dito, não se encontram dentro do círculo conceitual da expressão a *qualquer título* do artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal. As conseqüências daí advindas é que não são defensáveis.

De fato, o que costuma ser apresentado em juízo como vantagem pessoal não passa de vantagem de carreira. Tenta-se, assim, conceituar um admirável adicional de representação ou de nível universitário, por exemplo, como vantagem pessoal a fim de que seus valores não sejam computados no cálculo do teto remuneratório.

Sucede que esses valores, ligados a rótulos administrativamente esotéricos, não são vantagens pessoais. São vantagens de carreira que formam o conceito normativo de vencimentos por serem percebidas em função do cargo e, portanto, encontram-se colhidas pelo conceito embutido na expressão constitucional (artigo 37, inciso XI) a qualquer título.

Admita-se, entretanto, que se tratasse efetivamente de vantagem pessoal e não de vantagem de carreira. Cumpre ter presente, nesse caso, que a vantagem pessoal, nominalmente identificada, submete-se

ao disposto no artigo 3º da Lei nº 8.852/94, ou seja, se os vencimentos percebidos forem superiores a noventa por cento da remuneração devida ao Ministro de Estado, far-se-á a redução prevista (dez por cento, pelo menos) que será havida como vantagem pessoal nominalmente identificada.

Essa parcela individualizada não poderá resultar em remuneração superior à do Ministro de Estado, uma vez que os vencimentos mais essa parcela não poderão ultrapassar o *quantum* remuneratório do Ministro de Estado.

Há claramente duas situações: se os vencimentos não se adequam ao disposto no artigo 2º da Lei nº 8.852/94, eles serão reduzidos até o percentual de noventa por cento da remuneração do Ministro de Estado. Os dez por cento daí resultantes, por hipótese, formarão a vantagem pessoal nominalmente identificada que, se não ultrapassar a remuneração do Ministro de Estado, continuará a ser percebida. Se da adição dos vencimentos e vantagem pessoal nominalmente identificada resultar valor superior ao percebido pelo Ministro de Estado como remuneração haverá a adequação remuneratória nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.852/94.

Não haverá redução salarial se os limites traçados no parágrafo anterior forem observados. E assim é porque a adequação remuneratória determinada pela Constituição não se qualifica como redução salarial.

A fonte normativa da Lei nº 8.852/94 foi o artigo 17 do ADCT. Significa isto que a única forma de compatibilizar os dois momentos deônticos consiste na aceitação de que a transformação em vantagem pessoal, nominalmente identificada, somente será lícita (continuará a ser percebida pelo seu titular) se não houver atropelo à remuneração do Ministro de Estado, isto é, *vencimentos adequados mais vantagem pessoal formam "quantum" superior à remuneração ministerial.*

Se for superior, deverá haver a adequação remuneratória porque o artigo 17 do ADCT não permite a percepção de excesso a qualquer título, o que inviabiliza a defesa do argumento de que o somatório dos vencimentos com a vantagem pessoal nominalmente identificada possa resultar em *quantum* superior à remuneração do Ministro de Estado porque o inciso II do artigo 5º da Lei nº 8.852/94 seria inconstitucional por colisão com o artigo 17 do ADCT.

A adequação remuneratória, portanto, é legítima, salvo a hipótese de transformação do excesso de vencimentos em vantagem pessoal nos limites do artigo 3º da Lei nº 8.852/94 que, por ser possível, permite correção judicial quando desrespeitada, na via ordinária, em razão da necessidade probante incompatível com o mandado de segurança.

## SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA PÚBLICA

I. O direito, enquanto objeto possível de ser conhecido pelo homem, tem suscitado questões de indiscutível relevância. Tais questões, na verdade, são responsáveis pelas discórdias teóricas existentes.

A própria cientificidade do direito não escapou de ataques. Desde Julius Hermann Von Kirchmann que o caráter científico do direito foi posto em dúvida a partir da utilização do conceito aristotélico de ciência (somente haveria ciência do universal ou geral e não do particular). Daí que o direito não poderia ser uma ciência por cuidar de coisas ligadas ao particular.

Franz Jerusalém sustenta tese semelhante na atualidade. Entende ele que não se pode cogitar de uma ciência do direito em razão de ele ter um objeto extremamente mutável que, por isso mesmo, não se submete à cognição humana.

Há problemas também no campo dos seccionamentos didáticos feitos no objeto jurídico (os famosos "ramos" do direito). Tais setores formam uma espécie de *arena teórica* onde os juristas lutam conceitualmente. Escolas são formadas com a intenção de explicar melhor determinado conhecimento jurídico.

Sucedem que essa divisão do objeto jurídico, apesar de atender a uma conveniência de ordem didática, é nociva para o conhecimento adequado das categorias necessárias ao trabalho científico. Geraldo Ataliba, por exemplo, deplora o conhecimento incompleto que os juristas têm. Para ele, "O que falta de modo alarmante é o domínio dos princípios, a facilidade de compreensão e manuseio das categorias, a visão sistemática, global, operacional e funcional do direito como conjunto, como um todo." (Prefácio ao livro de Lourival Vilanova, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais).

Francesco Carnelutti, de seu turno, também já o notara em termos candentes: "La indicada división del Derecho civil, comercial, penal, administrativo, etc, se resuelve desgraciadamente en una restricción arbitraria del material experimental. No hace falta más para entender que si dentro de ciertos límites son inevitables, estas divisiones representan una de las mayores flaquezas de la ciencia." (*Metodología Del Derecho*, Union Tipografica Editorial Hispano-Americana, México, s/d. p. 34).

Interessa, no momento, o Direito Administrativo, apesar dos senões apontados. Tal direito é de elaboração lenta e difícil em razão das complicadas realidades estatais. No Brasil ele vive, basicamente, de textos esparsos e não raro conflitantes, o que faz com que alguns sonhem com sua codificação.

II. Relativamente à personalidade jurídica da empresa pública a doutrina brasileira não apresenta dissenso de interesse maior. As diferenças conceituais são mais de forma que de fundo.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho sustenta que entre nós as empresas públicas são de direito privado e estão submetidas às normas do direito comercial sendo, porém, orientadas pelo direito administrativo. A personalidade jurídica de direito privado "decorre de importantes conseqüências quanto à maneira de conduzir as emprêsas, a situação do pessoal funcionário e a atitude dos organismos de contrôle." (*Organização e Mecânica Administrativa*

das Empresas Públicas, Revista de Direito Administrativo, volume 104, 1971, pp. 61/73).

Themístocles Brandão Cavalcante entende que as empresas públicas têm seu nascimento, por assim dizer, justificado pelo fracasso das empresas de economia mista que não conseguiram atrair a iniciativa privada e pelo funcionamento de certas autarquias. Defende, portanto, que a empresa pública deve se subordinar a um regime administrativo especial, uma vez que na integração do público com o privado é que radica o problema dessa empresa. Esse regime especial seria composto de dois tipos de relações: quanto à estrutura da empresa pública ela seria pública; quanto aos seus negócios e funcionamento, observará as formas de direito privado. (A Empresa Pública no Direito Brasileiro, Revista de Direito Administrativo, volume 91, pp. 4/12).

Celso Antônio Bandeira de Mello, considerando que as empresas públicas são instrumentos personalizados de atuação do poder público, entende que "não se pode tomar 'fetichisticamente' a afirmação normativa de que tais entidades são pessoas de direito privado...". E assim é porque elas sofrem o influxo de princípios publicísticos que têm como tarefa matizar a personalidade de direito privado concedida a essas entidades em razão da relevância da atividade desempenhada.

Para esse autor existem dois tipos de empresas públicas: exploradora de atividade econômica e prestadora de serviços públicos. O primeiro tipo é disciplinado à luz da normação aplicável aos particulares em obséquio ao princípio da isonomia. O segundo tipo, todavia, será colhido por disciplina pública. (Natureza Essencial das Sociedades Mistas e Empresas Públicas: Consequências em seus Regimes, Revista de Direito Administrativo, volume 159, pp. 1/4).

Eros Roberto Grau, escrevendo ainda sob a influência normativa da Emenda Constitucional nº 1/69, também percebeu a existência de empresas públicas que exerciam serviços públicos e outras que exercitavam mister ligado à iniciativa econômica em

caráter suplementar. A tese defendida por Grau, no fundo, não difere daquela que fora sustentada por Bandeira de Mello (Eros Roberto Grau, Elementos de Direito Econômico, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, pp. 103/106).

III. Autores estrangeiros também versaram o tema. Não obstante, convém registrar preliminarmente que o manuseio da doutrina estrangeira é algo que deve ser feito com prudência, uma vez que as construções alienígenas nem sempre se amoldam à realidade jurídica brasileira. Isto impede que se queira transplantar conceitos e institutos jurídicos de outros lugares sem uma avaliação crítica prévia.

Rubens Gomes de Sousa já fizera a mesma advertência no que diz com o campo do direito tributário: "A literatura estrangeira do direito tributário é muito rica, mas deve ser lida com cautela porque está, naturalmente, baseada em legislação diferente da nossa." (Compêndio de Legislação Tributária, São Paulo, Resenha Tributária, 1975, p. 43).

Nicola Balog, professor da Faculdade de Direito de Belgrado, inicia seu relatório com uma afirmação desoladora em termos de Direito Comparado: a própria noção de empresa pública está vinculada a cada ordenamento jurídico. Daí decorre a seguinte consequência: "Não existe conceito comum a todos os países e válido para todas as empresas públicas. Os relatórios nacionais indicam que a variedade dos conceitos é extremamente ampla, tanto que se contradizem uns aos outros."

A situação não é diferente no que diz com a personalidade jurídica da empresa pública: enquanto no Brasil a empresa pública é de direito privado, na Suécia ela também se encontra subordinada ao direito comum; na Tunísia ela possui estatuto de organismo público; na Bélgica ela é uma pessoa moral etc.

Balog traça o seguinte quadro internacional: "as empresas públicas são dotadas de personalidade jurídica, mas o alcance e as modalidades de aplicação desta variam (quer se trate da capacidade de

contratar, dos aspectos financeiros, administrativos etc.) e raras são as empresas públicas que possuem tôdas as características inerentes à personalidade jurídica." (A Organização Administrativa das Empresas Públicas, Revista de Direito Administrativo, volume 88, pp. 34/53).

Ernst Forsthoff leciona que a administração não compreende somente a atuação soberana do Estado, ou seja, aquela atuação dotada do poder de império. Se se entender de modo contrário, o conceito de administração sofreria uma espécie de cisão que lhe estreitaria o alcance.

Forsthoff sustenta, então, que "las formas privatísticas son efectivamente formas jurídicas del obrar administrativo". A utilização dessas formas privadas na consecução de fins administrativos "se basa en el cambio que experimentó la relación entre el Estado y la vida social, especialmente en la economía.". Conclui, portanto, que "la empresa pública es una forma de organización de la Administración Pública, siendo su actividad administración en el sentido funcional." (Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 654/659).

Para o autor citado não existe problema técnico no fato de a administração se utilizar, para atingir os fins que lhe são próprios, de pessoas dotadas de personalidade jurídica de direito privado. E isto se explica pelo fato de a administração soberana - dotada de *jus imperii* - ser diferente de uma empresa. Nesta, como regra, faz-se necessário "un mayor grado de movilidad y capacidad de adaptación frente a circunstancias cambiantes." (ob. cit. p. 662).

IV. Não parece suficiente concluir à luz do direito positivo brasileiro que a empresa pública tem personalidade jurídica de direito privado (Decreto-Lei 200/67, artigo 5º). É necessário questionar se essa personalidade jurídica efetivamente é a melhor *vestimenta jurídica*, por assim dizer, para a empresa pública.

O problema da empresa pública parece estar umbilicalmente ligado ao intervencionismo estatal no campo econômico. De fato, quando presente a concepção do Estado liberal as constituições não se preocupavam em inserir artigos reguladores da chamada Ordem Econômica. Toda a preocupação do Estado liberal assentava no fator segurança, seja interna, seja externa, o que fazia com que o ângulo policialesco preponderasse sobre o econômico.

Paulatinamente, entretanto, a vetusta concepção cede lugar às novas idéias emergentes e que não se filiam mais à doutrina do *Laissez-Faire*, *Laissez-Passer* produzida na esteira do pensamento de Adam Smith.

Alvacir Alfredo Nicz entende que Smith partira do ponto de vista dos fisiocratas quanto à predominância das leis naturais e à livre concorrência, o que o impedira de aceitar a concepção providencial e o levara a eleger como ponto econômico central o trabalho, entendido em composição com o capital, isto é, atividade produtiva e não produtividade agrícola como queriam os fisiocratas. (A Liberdade de Iniciativa na Constituição, 1ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 5).

A tese traria como corolário a manutenção da livre concorrência sem intervenção ou dirigismo estatal (um dos dogmas econômicos que fazia praça à época). Apesar do prestígio dessa doutrina ela foi reformulada para fazer frente a um novo quadro econômico. Nascia, aqui, o intervencionismo do Estado.

Essa transição filosófica, por assim dizer, não ocorreu de forma inopinada. Esclarece Eros Roberto Grau: "a passagem do Estado Liberal para o chamado Estado Social não se deu através de uma só transformação. A seqüência paulatina de tais transformações, todavia, operou, no sistema capitalista, a substituição de um regime por outro. O primeiro regime - liberalismo - no sistema capitalista, assim, foi substituído por outro, que referimos como intervencionismo." (Elementos... cit. pp. 59/60).

O Estado intervencionista trouxe como desdobramento necessário de suas funções o Estado-Empresário que teve de atuar em

condições jurídicas iguais aos particulares, uma vez que o Estado, enquanto considerado politicamente, havia consagrado na constituição a livre iniciativa.

No Brasil a empresa pública, enquanto prestadora de serviços públicos, surgiu para ocupar o que Miguel Reale chamou de *vazios de desinteresse privado*, ou seja, "esferas econômicas essenciais à coletividade, mas desinteressantes do ponto de vista empresarial." (Por uma Constituição Brasileira, 1ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 22).

A existência desses *vazios economicamente relevantes* é explicável pelo fato de a rentabilidade ser a linha mestra que preside a empresa no regime de livre iniciativa. Ora, em tais vazios essa rentabilidade não se faz presente. Conseqüência: ou o Estado os preenche, por serem vitais à comunidade, ou o empresariado, por razões óbvias, não lhes dará atenção.

Hely Lopes Meirelles entende igualmente que cabe à empresa pública essa função de preencher certos claros na economia do país, uma vez que para ele as empresas públicas são destinadas "à prestação de serviços industriais ou atividade econômicas em que o Estado tenha interesse próprio ou considere convenientes à coletividade." (Direito Administrativo Brasileiro, 8ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 336).

O fato, entretanto, é que Nicola Balog já assentara que não somente a noção de empresa pública era variável de país para país, senão que também sua personalidade jurídica variava. Não é de admirar, assim, que no Brasil se tenha uma duplicidade de empresas públicas.

Adotando-se como esquema inicial a linha conceitual de Bandeira de Mello - a empresa pública é auxiliar da Administração - ver-se-á que somente a empresa pública que explora atividade econômica tem um regime jurídico próximo daquele aplicável aos particulares. Não assim a empresa pública prestadora de serviço público em razão da incidência publicística que ocorrerá.

Há, na verdade, uma espécie de *mistura jurídica* envolvendo a empresa pública que exerce atividade econômica, uma vez que o dito regime jurídico de direito privado não é puro, isto é, ocorrerá a fusão de normas pertencentes ao direito privado e de normas pertencentes ao direito administrativo.

Parece que o legislador não conseguiu captar a feição jurídica da empresa pública ao agregar a ela a personalidade jurídica de direito privado. E isto é assim porque as realidades não são metidas dentro de modelos esquemáticos ou de preceitos legais, concebidos arbitrariamente, senão que eles devem se ajustar à factualidade. Quando isto não sucede, tem-se aquilo que o velho Morin denominou de *a revolta dos fatos contra os códigos*.

V. Se o prestar serviço público é um dos misteres do Estado que se encontra introduzido dentro da tipicidade administrativa, não se compreende a razão de o Estado lançar mão de uma empresa para materializar tal cometimento. Não obstante, a doutrina fornece explicação: como a administração dita direta padece de grave emperramento administrativo - excesso de burocracia - não se prestando, portanto, a uma ação rápida e flexível, vê-se o Estado compelido a criar entes que não apresentem os inconvenientes da administração direta a fim de atingir determinados fins públicos.

Cumprido notar, entretanto, que existe uma antítese entre serviço público e empresa organizada sob a forma de direito privado, uma vez que não será tal personalidade que dará ao Estado a agilidade necessária aos seus cometimentos, senão que a qualificação técnica e moral dos seus servidores.

A própria administração indireta fornece exemplo de uma entidade encarregada de executar atividades típicas da administração pública: a autarquia. Ora, se a autarquia tem por missão a execução de serviços tipicamente administrativos que requeiram para seu melhor funcionamento gestão administrativa e financeira descentralizada (artigo 5º, inciso I, do Decreto-Lei 200/67), por que

o Estado necessita de empresas públicas para executar serviços públicos se eles são tipicamente estatais e, portanto, administrativos?

Ontologicamente, portanto, parece não haver diferença entre a atividade pública exercida por uma autarquia e o serviço público prestado por uma empresa pública. Ambas as atividades são cometimentos estatais e têm igual importância para a coletividade. Aliás, essa relevância pública do serviço prestado por uma empresa pública é precisamente a nota dominante capaz de atrair para esse tipo de empresa uma maior carga de preceitos pertencentes ao campo do direito público, o que afasta a regência do direito privado em sua forma pura.

A autarquia pode ser considerada como instrumento administrativo capaz de executar os serviços prestados por uma empresa pública, pelo que absorveria a atuação dessas empresas na área administrativa e faria desaparecer o tormento doutrinário de se tentar traçar o regime jurídico delas. A doutrina apenas consegue atribuir a tais empresas uma carga maior de preceitos públicos, o que é muito pouco para caracterizar um regime jurídico em toda a sua extensão.

Poder-se-á, para tanto, transformar as empresas públicas prestadoras de serviços públicos em autarquias ou, ainda, transferir a execução dos serviços prestados atualmente por essas empresas para as autarquias, com a conseqüente extinção das empresas públicas. Não obstante, a proposta poderá esbarrar em provável objeção: a autarquia, enquanto técnica da administração, não logrou sucesso no cenário brasileiro, sendo considerada como um modelo de ineficiência.

A objeção, entretanto, não procede. O propalado insucesso da autarquia "deveu-se precisamente à exaltação exacerbada de um de seus aspectos - o de entidade pública vinculada à Administração Central - em desvalia de outro elemento, a personalidade, a independência, que suscitariam, à vista de sua individualidade, a peculiaridade de processos de ação de cada qual." (Celso Antônio

Bandeira de Mello, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 64).

Não é o modelo autárquico que merece reparos em si mesmo, senão que a sua efetiva implantação, defeituosa no Brasil por não passar de cópia grotesca da máquina estatal. Percebe-se a razão de "as autarquias brasileiras jamais assumiram a fisionomia peculiar que a peculiaridade dos respectivos serviços reclamara ao tornar exigente suas criações." (idem, *ibidem*).

O legislador supôs que as empresas públicas pudessem substituir, com vantagem, as autarquias tão somente pelo fato de terem uma vestimenta legal diferente. Trata-se da conhecida *fórmula brasileira* de resolver problemas: muda-se o nome e o regime jurídico e acredita-se que o problema real foi resolvido.

Coisa diferente ocorre com a empresa pública que explora atividade econômica. A adoção do modelo privado relativamente a esse tipo de empresa encontra explicação no fato de inexistirem "institutos e normas de direito público aplicáveis ao exercício da atividade comercial e industrial. A função econômica do Estado sendo bastante recente, ainda não pôde criar, na prática, organizações e princípios próprios." (R. Houin, *A Administração das Empresas Públicas e as Normas do Direito Comercial*, Revista de Direito Administrativo, volume 48, p. 27).

O autor citado questiona, ainda, a juridicização dessa realidade nova para o direito: "Até que ponto essas instituições e normas convirão a empresas públicas industriais e comerciais, norteadas, não por finalidade lucrativa, mas pela preocupação em satisfazer os interesses daqueles que delas se vão servir? Desde o princípio, poderia ter sido previsto que não bastava lhes tornar extensível o direito comercial, sendo necessário estudar a forma da sua transposição." (ob. cit. p. 28).

Ao que parece tal transposição não foi questionada. Tem-se um modelo legal de empresa pública que não cabe rigorosamente dentro do figurino do direito privado. Não se discutiu também se o próprio direito privado sofreria algum reflexo ou como diz R. Houin: "A

aparição de novas emprêsas públicas ao lado das emprêsas particulares, poderá influir no direito comercial tradicional, modificando algumas das suas características, imprimindo-lhe cunho acentuadamente público e ampliando a noção de propriedade." (idem, *ibidem*).

Acresce que a empresa pública que se dedica à exploração de atividade econômica é atípica. De fato, a atipicidade decorre do fato de ela apresentar características peculiares a juízo de Lúcia Valle Figueiredo: "O poder de interferência da administração central nas empresas públicas (...), quer a nível federal, estadual ou municipal, é tão abrangente que, a nosso ver, só por esse traço, como também pela fiscalização a que se submetem perante o Tribunal de Contas, escapa a essas sociedades a possibilidade de se constituírem em entidade de direito privado no autêntico sentido." (Adilson Abreu Dallari, *Controle Político das Empresas Públicas*, Revista de Administração de Empresas, Rio de Janeiro, volume 19(3), 1979, p.89).

Existe, assim, uma contradição insanável entre o rótulo e a substância; entre a forma e o fundo. Com efeito, que outra empresa de direito privado se submete à supervisão ministerial (artigo 19 do Decreto-Lei 200/67), a fornecer ao Tribunal de Contas informações relativas à administração financeira e patrimonial, à intervenção por motivo de interesse público (artigo 26, parágrafo único do Decreto-Lei 200/67)?

Parece que tal empresa é uma entidade administrativa de natureza híbrida, ou seja, a sua forma pode ser assemelhada à privada, uma vez que atua no espaço empresarial (destinado preferencialmente à iniciativa privada) mas sua substância é pública na medida em que instituída pelo Estado. Mais: seu funcionamento não escapa à ação estatal.

Tem-se, assim, em um só ente administrativo a junção do elemento público com o elemento privado, de modo que a discutível divisão do direito em público e privado fica ainda mais complicada em razão do aumento das chamadas *zonas nebulosas do direito*, ou

seja, aquelas esferas do jurídico onde os contornos do público e do privado não são definidos.

É preferível, portanto, situar a empresa pública exploradora de atividade econômica nessa zona de interseção entre o público e o privado, com acentuada preponderância do público sobre o privado.

Isto permite que se advogue para esse tipo de empresa um regime jurídico-administrativo especial em razão da notória insuficiência da faceta privada que lhe foi atribuída legalmente, pelo menos no que diz com a pureza do modelo privado.

## VINCULAÇÃO POSTERIOR DO ATO ADMINISTRATIVO

### I - Introdução:

A temática do ato administrativo, por sua riqueza teórica, permite sempre incursões que pretendem explicitar algum aspecto que permanece mais ou menos esquecido.

Mais especificamente: o controle do ato administrativo. Controlar o ato administrativo, desde que produzido no exercício de juízo vinculado, não é matéria atraente, uma vez que a vinculação originária, por assim dizer, não permite que a autoridade o pratique com margem plástica suficiente para encobrir criticáveis idiosincrasias.

O ato administrativo pertencente à esfera da discricionariedade, porém, é uma espécie de *caixa preta* do direito posto que uns poucos eleitos podem abri-la.

Antes da constituição de 1988, por exemplo, era problemático falar de motivação nesse tipo de ato. Argumentava-se, com espantosa loquacidade, que o *mérito administrativo* era intangível a qualquer controle. Foi assim que atos administrativos escandalosos foram

praticados em passado recente que, decididamente, não é de saudosa memória.

É certo que a teoria da tripartição das funções estatais impõe campos de atuação distinta, ainda que para tal utilize a chamada *função predominante*, campos esses que não podem ser invadidos sob pena de esfacelamento do sistema. Usa-se, para evitar o predomínio de uma função estatal sobre as outras, o mecanismo dos freios e contrapesos que foi pensado como fórmula técnica capaz de possibilitar concretamente a problemática independência harmônica ou coabitação pacífica (em nomenclatura do Direito Constitucional Francês).

Mas essa idéia sistematizada por Montesquieu não pode ser manipulada para permitir a sobrevivência de verdadeira *Teoria Brasileira da Discricionariedade Administrativa*, ou seja, uma concepção vaga o suficiente para subtrair atos administrativos de qualquer controle. Bastava apelidar o ato administrativo de discricionário para que se vedasse qualquer controle, ainda que o ato fosse escancaradamente ilegítimo.

## II - O controle do ato administrativo dito discricionário:

A discricionariedade do ato administrativo pode ser entendida como sendo a margem de liberdade jurídica outorgada à autoridade competente para sua prática. Tal margem de liberdade jurídica, na verdade, é o substrato da idéia de *mérito administrativo*, isto é, a conveniência e a oportunidade.

Evoluiu-se relativamente ao controle do ato administrativo denominado de discricionário. Já é possível perquirir sobre a competência para praticar o ato, por exemplo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece: “A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e

verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade: neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.” (Direito Administrativo, 3ª Edição, São Paulo, Atlas, 1992, p. 165).

Não tem sido fácil, porém, ladear o intocável mérito administrativo que, infelizmente, tem sua razão de ser. De fato, permitir-se que o Judiciário possa emitir juízo sobre a conveniência e a oportunidade de um ato administrativo a fim de substituir a vontade da Administração, não se revela viável em razão da clara invasão competencial. Como, então, resolver o impasse?

Encontra-se em curso um trabalho de construção doutrinária com o escopo de fixar critérios eficazes na delimitação do espaço discricionário e, reflexamente, aumentar a área de controle do ato administrativo pelo Judiciário. Tais as teorias do desvio de poder, dos motivos determinantes e dos conceitos jurídicos indeterminados.

As teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes permitem a anulação do ato praticado com base na ilegalidade enquanto o suposto dos conceitos jurídicos indeterminados viabiliza o controle pela porta da moralidade administrativa a fim de que também sejam anulados os atos reputados imorais.

### **III - A vinculação posterior do ato administrativo:**

A doutrina quando trata da possibilidade de anulação do ato administrativo dito discricionário, com base nas concepções do desvio de poder, dos motivos determinantes e dos conceitos indeterminados, obviamente pressupõe que esse ato foi praticado. Daí que o modelo teórico existente está montado na idéia de comissão, de *facere*.

Não obstante, poderá haver hipótese configuradora de agressão à teoria dos motivos determinantes, por exemplo, hipótese essa que

serviu de suporte para um *non facere*, ou seja, para que determinada postulação fosse indeferida.

O que estou a chamar de *non facere* não tem relação com o ato praticado pela autoridade, uma vez que tal ato traduz um querer dessa autoridade. Nesse sentido é um *facere*. O *non facere* relaciona-se com a pretensão ilegitimamente negada.

Tome-se como exemplo, hipoteticamente formulado, o seguinte: determinado professor universitário, após dois anos de serviço, postulou progressão funcional. Seu pedido foi indeferido à consideração de que não cumprira o plano individual de trabalho estipulado por seu departamento.

Admita-se, ainda no terreno do hipotético, que esse professor havia questionado administrativamente o plano de trabalho e lograra sucesso, inclusive com relação à supressão de disciplina para a qual não se habilitara no concurso público feito.

A progressão funcional de um professor universitário pertencente a uma instituição de ensino pública contém uma peculiaridade: é híbrida por conter dois pressupostos (um temporal e outro acadêmico). Assim, se um professor Auxiliar I, por hipótese, pretender progredir horizontalmente- para Auxiliar II- deverá ter, no mínimo, dois anos de serviço e desempenho acadêmico reputado satisfatório.

Há um dado objetivo (o temporal) e outro susceptível de tratamento subjetivo pelo caminho do conceito jurídico indeterminado (desempenho acadêmico satisfatório).

Não se discute que uma comissão composta de professores intelectualmente qualificados, a princípio, será o órgão adequado para avaliar o desempenho acadêmico de um professor que busca progressão funcional.

Daí não se segue, contudo, que ela possa utilizar-se de elementos inexatos para embasar uma conclusão que possibilite o indeferimento desse tipo de progressão. E não poderá porque haverá o óbice representado pela *teoria dos motivos determinantes*: “Os motivos que determinam a vontade do agente, isto é, os fatos que

serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de motivos de fato falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados, vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciado pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 6ª Edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 210).

Retorne-se ao exemplo anteriormente explicitado. O indeferimento da progressão funcional teve como justificativa o fato de o professor não haver aceitado o plano de trabalho proposto pelo seu departamento, o que desatendia aos interesses da universidade.

Constata-se, porém, que esse professor não aceitara o plano de trabalho porque ele incluía disciplina que não era de sua responsabilidade, tendo, inclusive, obtido reconhecimento da universidade, por escrito, de que não era possível obrigar um docente a lecionar disciplina de outro departamento.

Materializa-se, indiscutivelmente, uma incorreta qualificação dos fatos, uma vez que o indeferimento, na verdade, teve como pano de fundo a recusa do professor em ministrar disciplina incompatível e não recusa ao plano de trabalho. Houve, por sem dúvida, a utilização de fato inexistente.

Daí que o ato de indeferimento é inválido, conclusão inferível a partir da aplicação da teoria dos motivos determinantes que submete a validade do ato praticado à exatidão dos motivos que determinaram sua edição.

A não correspondência entre os motivos alegados e os existentes transforma um juízo discricionário (desempenho acadêmico insatisfatório por recusa de plano de trabalho) em vinculado. O ato que era originariamente discricionário, nessa parte, transmuta-se em ato vinculado por ação da teoria dos motivos determinantes: o motivo alegado compõe o quadro de validade do ato.

Nessa hipótese não é suficiente anular o ato de indeferimento. Além da anulação, cumpre ao Judiciário determinar que a pretensão relativa à progressão funcional seja satisfeita, ou seja, que o professor obtenha sua progressão funcional.

E isto é assim porque o professor, em razão da inidoneidade do motivo alegado para o indeferimento, passa a titularizar um direito público subjetivo à promoção, o que possibilita seu atendimento na via judicial.

É a isto que denomino de vinculação posterior do ato administrativo: sua validade dependerá da correção dos motivos utilizados para sua prática. Havendo incorreção desses motivos o ato se torna vinculado, uma vez que não haverá margem de discricionariedade para nortear sua edição. Pelo contrário, a pretensão terá de ser satisfeita ante a ilegalidade de sua recusa. Seu deferimento será, assim, inexorável à luz do caráter vinculado.

## ESTABILIDADE E AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO SERVIDOR PÚBLICO

A Emenda Constitucional n. 19, publicada no Diário Oficial do dia 05 de junho de 1998, Seção 1, p. 1/3, conseguiu realizar a proeza de modificar muita coisa relativa ao servidor público. Deu-se curso à sonhada reforma administrativa que, segundo alguns, é um dos pilares de sustentação da reforma do Estado.

O *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, passa a ter o seguinte teor:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A estabilidade, de seu turno, está regulada pelo artigo 41 da Constituição Federal em sua nova redação. Ademais, o § 4º do novo artigo 169, CF, regula a hipótese de o servidor público estável perder

o cargo, fora das hipóteses contempladas nos incisos I, II e III do artigo 41, CF.

I - O que foi aprovado com o nome de Emenda Constitucional, na verdade, foi o projeto de Reforma Administrativa que o Executivo encaminhou para o Congresso Nacional. A exposição de motivos deste projeto tem uma parte que é interessante:

Não se propugna, portanto, a extinção da estabilidade. Entende-se como suficiente a regulamentação em dois níveis: de forma rígida, para as categorias que desenvolvem funções exclusivas de Estado e de forma flexível para os demais funcionários. A estabilidade rígida permitirá a dispensa do servidor por falta grave ou insuficiência de desempenho, mediante processo administrativo ou judicial. A estabilidade flexível comportará, além das hipóteses anteriores, a possibilidade de desligamento do servidor por necessidade da administração, decorrentes de excesso de quadros ou processos de reestruturação organizacional.”

De fato, a transcrição mostra a filosofia que inspirou a Reforma Administrativa nesta parte: criar mecanismos legais para enxugar a máquina pública quando a Administração Pública ultrapassar um certo limite de gasto com pessoal. Além disso, certamente que se teve em mira, também, o desligamento daqueles servidores que não apresentassem, durante certo tempo, determinado perfil funcional.

No que diz com a adoção do princípio constitucional da eficiência, agora integrando o rol encontrável no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, deve-se louvar a idéia na medida em que o serviço público brasileiro não se inscreve entre aqueles que tenham efetivamente um padrão aceitável.

Todavia, convém dizer que esses problemas encontráveis no serviço público não são setoriais, senão que são estruturais. Falta, na verdade, um sentido de profissionalidade em grande parte dos

servidores públicos, de modo que o serviço prestado carece de qualidade.

Pode-se acrescentar, ainda, o componente fornecido pela própria cultura brasileira: a irresponsabilidade de muitos para com o serviço público. Não é raro observar-se o quadro seguinte: atrasos injustificados; saídas durante o expediente para tratar de interesses particulares; não feitura dos trabalhos distribuídos pelo chefe e conversas inúteis durante o expediente. Inúmeras outras mazelas poderiam ser listadas.

Tal conjuntura, evidentemente, causa preocupação. É preciso fazer alguma coisa antes que seja tarde demais.

II. A exposição de motivos que acompanhou o projeto de Reforma Administrativa consignou expressamente, na parte relacionada com o desempenho do servidor público, que:

"O novo tratamento conferido à estabilidade terá, ainda, como conseqüência, a generalização, nas legislações que vierem a regulamentar os dispositivos modificados, da implantação de mecanismos de avaliação de desempenho dos servidores, contemplando a previsão da hipótese de afastamento do cargo naqueles casos de comprovada e contumaz ineficiência".

Era preciso, efetivamente, acabar com a falsa idéia existente no serviço público de que basta ser aprovado em um concurso público para não ter de fazer mais nada. Sempre me causou estranheza o fato de muitos, quando logram êxito em um concurso público, deixarem de lado os livros como se a aprovação funcionasse como verdadeira *carta de alforria*.

Sucede, porém, que a aprovação é apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para o ingresso no serviço público. Entretanto, não se entenda que uma posição na lista dos aprovados é comparável a um aval inquestionável da competência do futuro

servidor público. Pelo contrário, seu desempenho posterior mostrará o quanto vale realmente uma classificação.

Com efeito, a pedra de toque do serviço público é o desempenho do mister próprio do cargo conquistado via concurso público, uma vez que materializará o valor do servidor e, por via de consequência, do próprio serviço público prestado. Isto faz com que eu simpatize abertamente com a idéia de o servidor público poder ser afastado do cargo em razão de comprovada insuficiência de desempenho funcional.

Ainda na fase do projeto de Reforma Administrativa, critiquei o fato de não se ter consignado, *expressamente*, que o artigo 41 da Constituição Federal, inciso III (notação do Projeto) seria integrado através de lei. Defendi, ainda, que esta lei deveria ser a complementar:

"Concordo com o desligamento do servidor público, por insuficiência de desempenho, desde que a emenda constitucional que certamente será aprovada consigne expressamente que lei complementar disporá sobre a questão para regulamentá-la.

*A exigência de lei complementar repousa na gravidade do desligamento de um servidor público por insuficiência de desempenho. Uma lei ordinária não se mostra adequada para tal tarefa diante da relativa facilidade de sua aprovação, o que poderá mascarar uma verdadeira conspiração contra o servidor público" (Insuficiência de Desempenho, Informativo Dinâmico, IOB, São Paulo, ano XIX, nº 85, edição de 30.11.95, p.1.166)*

Não sei se alguém leu esta crítica. O fato, entretanto, é que o atual artigo 41, inciso III da Constituição federal tem a seguinte redação:

"Art. 41. omissis

I. omissis.

II. omissis.

III. mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa".

Corrigiu-se eventual equívoco do redator do Projeto enviado ao Congresso Nacional, o que é muito bom. De fato, a realidade brasileira não pode ser esquecida em momentos que interessam ao poder formal. Desse modo, haveria o risco de se entender que o dispositivo original do Projeto, sem previsão de lei integradora, seria norma de eficácia plena.

Se esta tivesse sido a realidade normativa aprovada via Emenda Constitucional, o rótulo insuficiência de desempenho poderia se transformar em uma armadilha para o servidor público em razão de se prestar para manipulações conceituais. E isto ocorreria porque o *caput* do artigo 41, CF, não conteria qualquer remissão a uma futura lei, salvo para a hipótese de desligamento do servidor público por necessidade da Administração Pública. Aí, sim, havia previsão de Lei Complementar no Projeto.

A necessidade de Lei complementar realmente é inarredável. Com efeito, como seria possível dizer o que é insuficiência de desempenho? Quando ocorrerá? Quais os critérios que a medirão? A ausência de lei abriria ensanchas para construções subjetivas, idiossincráticas, que naturalmente não suprem o papel normativo. Pelo contrário.

Enquanto essa Lei Complementar não é editada, talvez seja possível especular sobre o tema, de forma estipulativa. Neste sentido, insuficiência de desempenho poderá ser entendida como comportamento funcional do detentor de cargo público, quantitativa e qualitativamente, abaixo de padrões legalmente fixados.

A expressão *comportamento funcional* pretende fechar as possibilidades de investidas idiossincráticas, ou seja, de desafetos do servidor público tentarem utilizar critérios subjetivos como uma espécie de pressuposto não escrito para a caracterização da

insuficiência de desempenho, o que forçosamente ocorrerá se comportamentos outros do servidor público forem tomados como referência para compor o juízo de insuficiência de desempenho.

Os aspectos quantitativo e qualitativo ligados à prestação do serviço público são importantes. Com efeito, não parece ser razoável optar-se por um critério meramente quantitativo em razão do risco de o serviço passar a ser um festival matemático, de modo que apenas o número interessará. É preciso que se tenha a qualidade ao lado da quantidade, uma vez que a segunda, sem a primeira, nada significa. Pense-se, por exemplo, em um juiz que passa seis meses rascunhando uma decisão. Talvez ela apresente um teor elevado de qualidade, mas, sem dúvidas, consumiu um tempo precioso que poderia ser utilizado em outras tarefas jurisdicionais.

Por outro lado, a discriminação legal das hipóteses ensejadoras da insuficiência de desempenho será uma garantia para os servidores públicos no sentido de que outras possibilidades não serão utilizadas a socapa. Convém, portanto, que a Lei Complementar use a técnica do *numerus clausus* e não a do *numerus apertus* sob pena de a própria lei criar uma espécie de *saída de emergência normativa*, por assim dizer, materializada em cláusula permissiva de criação de outros pressupostos não previstos expressamente.

III. O tema da estabilidade foi colorido pela chamada estabilidade flexível, ou seja, pela possibilidade constitucional de servidores públicos serem desligados em razão de necessidade da administração. Contabiliza-se, aqui, obviamente, também os supostos configuradores da estabilidade dita rígida.

A estabilidade rígida é aquela que diz com os servidores que desempenham cargos ligados a setores estratégicos do Estado como, por exemplo, polícia e diplomacia. De modo geral, entretanto, os servidores tornam-se estáveis depois de três anos de efetivo exercício (artigo 41, *caput*, CF) e de juízo favorável da Comissão de Avaliação Especial de Desempenho (§ 4º, artigo 41, CF). Os servidores

acobertados pela estabilidade somente perderão o cargo nas hipóteses previstas no § 1º, artigo 41, CF:

1. em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
2. mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;
3. mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

O § 4º do artigo 41 da Constituição Federal contém regra que poderá se prestar para perseguições pessoais. De fato, a Emenda Constitucional silenciou quanto aos critérios que a Comissão de Avaliação Especial de Desempenho, para efeito de o servidor adquirir a estabilidade, deverá utilizar. Poder-se-á dizer que isto não é matéria constitucional. Certo. Todavia, em obséquio à propalada realidade constitucional brasileira, talvez tivesse sido prudente fazer constar, pelo menos, a necessidade de lei para estabelecer os critérios que devem ser considerados por esta Comissão. Do jeito que está, os amigos irão constituir uma Comissão e os inimigos outra. Resultado: bons servidores, por razões pequenas, poderão não adquirir a estabilidade porque, sequer, saberão quais os critérios que serão utilizados.

A estabilidade flexível surgiu, na verdade, como alternativa de resolução de um velho problema nacional. De fato, há muito tempo que se sabe que Governadores e Prefeitos são responsáveis por contratações irregulares e desnecessárias, principalmente em época pré-eleitoral, mesmo com as proibições formais. Isto fez com que muitos Estados e Municípios não mais pudessem pagar seus servidores ante a insuficiência de recursos. A situação, portanto, era grave.

Todavia, não é possível deixar de dizer que se Estados e Municípios chegaram a esta situação de calamidade, a

responsabilidade não é do povo mas sim daqueles que autorizaram tais contratações.

A propaganda oficial em torno da idéia do excesso de quadros não é totalmente correta. Com efeito, setores há em que a penúria de servidores salta aos olhos. O Instituto Nacional do Seguro Social, por exemplo, chega a provocar lágrimas ante sua gritante deficiência de pessoal.

Se é certo que muitos Estados e Municípios estão com suas receitas comprometidas com o pagamento de pessoal, no âmbito federal parece existir muito mais uma necessidade de gerenciamento, de modo que se redistribua o servidor em excesso em um lugar para outro que necessita de maior número de servidores.

O artigo 169 da Constituição Federal passou a materializar a exigência de Lei Complementar para definir os limites da despesa com pessoal. O § 3º, artigo 169, CF, contém as regras da primeira tentativa de adaptação aos parâmetros que serão traçados pela Lei Complementar:

- I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;
- II - exoneração dos servidores não estáveis.

Se a adoção dessas providências não for suficiente, entra em cena o § 4º do artigo 169, CF: o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. Aqui, sim, tem-se a denominada redução de servidor em razão do excesso de quadros ou por necessidade de reestruturação organizacional.

Previu-se, no § 7º, artigo 169, CF, que Lei Federal disporá sobre normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º, artigo 169, CF. Torço para que esta lei também seja vazada na técnica do *numerus clausus* como forma, mesmo formal, de impedir a eclosão de fatores político-partidários neste assunto.

Criou-se constitucionalmente um modo de resolver problemas que não são da responsabilidade do povo bem como inventou-se uma fórmula jurídica que permitirá a volta da influência política no serviço público, o que é francamente inaceitável.

Como quer que seja, o direito constitucional positivo no Brasil convive hoje com duas realidades no campo da estabilidade do servidor público: a estabilidade rígida e a estabilidade flexível.

Contabiliza, ainda, a introdução do princípio constitucional da eficiência bem como a possibilidade de o servidor público estável perder o cargo na hipótese de não enquadramento nos parâmetros legalmente fixados para medir a eficiência.

IV. Não obstante, convém chamar a atenção para a redação do atual artigo 247 da Constituição Federal:

"Art. 247 - As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas do Estado.

Parágrafo Único - Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa".

Este artigo cria uma situação estranha dentro do direito constitucional. De fato, o artigo 41 da Constituição federal encontra-se localizado dentro das disposições gerais aplicáveis aos servidores públicos civis. Significa, portanto, que suas regras são aplicáveis àqueles regidos pela estabilidade rígida e pela estabilidade flexível. Ora, então as hipóteses de perda do cargo, a princípio, são as mesmas previstas no § 1º, art. 42, CF. A exceção será representada pela estabilidade flexível em razão do § 4º, art. 169, CF.

Estranhamente, porém, o legislador acresceu mais um artigo à Constituição que contém imprecisões que poderão criar dificuldades. A primeira dessas imprecisões diz com a remissão feita às leis previstas no inciso III, § 1º, art. 41 e no § 7º, art. 169, CF.

Com efeito, se a lei prevista no inciso III, § 1º, art. 41, CF, tem a função de disciplinar a perda do cargo mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, assegurada ampla defesa, qual a razão de se consignar que esta lei deverá, também, estabelecer critérios e garantias especiais para a perda do cargo por servidor público que desenvolva atividades exclusivas de Estado?

Ao que parece, a lei citada terá duas partes: uma dedicada ao servidor público que não desempenhe atividades exclusivas de Estado e outra para os que desempenharem tais atividades. Atente-se, porém, para uma diferença: as regras aplicáveis aos servidores públicos que desempenharem funções exclusivas de Estado deverão disciplinar a questão dos critérios e garantias especiais para que estes servidores possam perder o cargo.

A mesma tarefa foi entregue à lei prevista no § 7º, art. 169, CF, o que não deixa de ser espantoso. Sim, porque tal lei disciplinará exatamente a possibilidade de o servidor perder o cargo em razão do excesso de quadros ou por necessidade de reestruturação organizacional. Pergunta-se: o servidor público que desempenhe funções exclusivas de Estado também poderá perder o cargo nestas hipóteses? Se se aceitar a exposição de motivos que acompanhou o projeto, a resposta será negativa, uma vez que, neste caso, estar-se-ia diante da estabilidade rígida, não da estabilidade flexível.

Por outro lado, se o inciso III, art. 41, CF, já assegurou a ampla defesa, parece esquisito que o Parágrafo Único do art. 247, CF, diga expressamente, referindo-se aos servidores que desempenhem atividades exclusivas de Estado que, na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

Abre-se, aqui, uma possibilidade estarrecedora: ao servidor público que não desempenhar atividades exclusivas de Estado, na

hipótese de perda do cargo em razão de desempenho insuficiente, assegurar-se-á a ampla defesa (CF, art. 41 inciso III) enquanto que para aquele que desempenhar as atividades referidas serão assegurados o contraditório e ampla defesa (CF, art. 247, Parágrafo Único).

A divisão da estabilidade em rígida e flexível, pelo visto, tem mais facetas do que aquelas explicitadas na exposição de motivos que acompanhou o projeto de reforma administrativa.

## SOBRE A OBTENÇÃO DE GRAU UNIVERSITÁRIO SEM VESTIBULAR

I. Tem-se observado a recorrência de um fenômeno universitário que não costumava ser difundido anteriormente: a pretensão de se obter o grau acadêmico de Bacharel sem que se tenha logrado êxito em um concurso vestibular.

Essa possibilidade sempre existiu nos Regulamentos e Resoluções universitárias, mormente para aqueles que são portadores de outro curso superior. Nesse caso o postulante a um novo curso universitário, desde que exista vaga, poderá cursá-lo sem que precise novamente enfrentar a paranóia do vestibular. Até aí nada demais.

Não obstante, essa forma de ingresso, isto é, sem vestibular, foi enriquecida por um novo suposto de admissão: a chamada *matrícula especial*, ou seja, aquela que é feita em disciplinas isoladas de determinado curso.

Os beneficiários dessa matrícula especial entendem viável a utilização do mandado de segurança, a partir de um pretense direito adquirido, para lhes proporcionar a colação de grau desejada. Alegam, para tanto, que cursaram a carga horária exigida, inclusive com a feitura do estágio.

Convém precisar, entretanto, que há universidades onde essa denominada matrícula especial não se encontra normatizada. Tem-se, aqui, uma situação factual chancelada por alguns órgãos universitários, o que não deixa de ser perturbador em razão do princípio da legalidade.

Pode-se, portanto, discutir se é juridicamente possível a obtenção do grau de Bacharel em Direito, por exemplo, pela via da matrícula especial enquanto realidade fática.

A direção afirmativa se mostra sedutora para aqueles que têm a seu favor o fato de terem cursado a carga horária exigível para a obtenção do grau citado. De fato, segundo a concepção corrente estar-se-ia diante de uma *situação jurídica consolidada*, inclusive com a participação volitiva da própria universidade, como referido anteriormente.

Não se pode negar, obviamente, que muitas vezes a noção precisa de matrícula tem colaborado decisivamente para que situações desse *jaez* ocorram na medida em que as matrículas são efetivadas de modo seqüenciado. Essa seqüência, inclusive, é utilizada para forrar a tese do direito adquirido.

II. A matrícula universitária é um ato formado por algumas vontades individuais pertencentes a esferas diferentes. Com efeito, necessita-se, em primeiro lugar, da vontade do interessado manifestada através de um requerimento. Posteriormente comparecem as vontades do professor Coordenador do Curso, dos Departamentos envolvidos e do Setor de Registros Acadêmicos. A matrícula, portanto, resultará da *junção válida* dessas vontades aludidas.

Não é suficiente, como se tem pensado, que um professor Coordenador de Curso autorize a matrícula em disciplina avulsa para que se tenha juridicamente uma matrícula. A concordância desse Coordenador é apenas uma *condição necessária*, mas não suficiente.

Aceite-se, entretanto, que essas vontades individuais tenham efetivamente se juntado de forma a legitimar as sucessivas matrículas feitas debaixo do rótulo de matrícula especial. Será que isto é juridicamente válido?

Com o respeito devido às posições contrárias, penso que não. E isto é assim porque não se tem encontrado em algumas Resoluções universitárias examinadas a figura da matrícula especial. Essas Resoluções, ao lado de outras possibilidades de ingresso sem vestibular, costumam contemplar a do ingresso para complementação de estudos e obtenção de nova habilitação e o ingresso de graduados.

O ingresso para complementação de estudos e obtenção de nova habilitação, dentre outros requisitos, costuma exigir um que é de fundamental importância: que a habilitação ou modalidade pretendida seja desdobramento do curso concluído.

Figure-se, hipoteticamente, o seguinte exemplo: alguém que cursou História e Educação pretende cursar Direito. Tal não seria viável nessa modalidade de ingresso, uma vez que o Curso de Direito não é um desdobramento dos cursos citados. Frise-se, além do mais, que outros itens estabelecidos deverão igualmente ser satisfeitos.

Também não se poderia equiparar a matrícula especial à possibilidade de ingresso de graduados na medida em que essa forma de ingresso possui requisitos que não são atendidos pela simples matrícula especial.

Tratando-se, como proposto, de uma situação não normatizada no âmbito da universidade, a matrícula especial é algo que nasceu e se desenvolveu à margem do deôntico. Isto tem permitido a utilização da chamada *teoria da situação consolidada* que em uma formulação lingüística simples pode ser apresentada nos seguintes termos: *isto não era para ter acontecido. Entretanto, se aconteceu, deixa ficar como está.* Trata-se, na verdade, de uma variação hermenêutica do liberalismo que ainda fascina a muitos.

Não me sinto inclinado a aceitar a teoria, pelo menos pelas seguintes razões:

- 1) o princípio da legalidade determina a nulidade de todo e qualquer ato praticado sem sua observância. Logo, tanto maior será o comprometimento se esse ato contar com a participação decisiva da Administração pública;
- 2) impõe-se, nesse caso, o exercício da autotutela para que se tenha a correção da ilegalidade eventualmente praticada;
- 3) se se aplicar a teoria da situação consolidada, prestigiando-se o dado factual, a cadeia deontica, que vai do princípio da legalidade à nulidade do ato, será quebrada;
- 4) tal aplicação, em nome do fato, referenda uma ilegalidade, mesmo que a isto se possa agregar uma nota humanística.

Os atos individuais, que autorizaram a matrícula especial, se ocorrida efetivamente no plano fenomênico, geraram um ato nulo na medida em que desamparado de qualquer norma. Sucede que o nulo não pode esfacelar os domínios do Direito, principalmente o didaticamente chamado direito público.

O servidor público não pode agir fora da esfera de competência que lhe foi explicitamente outorgada. Daí porque o velho Seabra Fagundes já dizia que *administrar é aplicar a lei de ofício*. E, certamente, não se poderá aplicar essa lei para validar situações, ainda que consolidadas no campo factual, carentes de base legal. A vontade da Administração Pública não é idônea para funcionar como instrumento capaz de transcender a legalidade.

Fica difícil, portanto, vislumbrar o alegado direito adquirido, uma vez que não se adquire direito a partir de um quadro factual que não guarda compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Se essas pretensões forem acolhidas haverá necessidade de se admitir também, mesmo que como hipótese especulativa, que uma pessoa alegando falta de tempo pessoal para se submeter ao vestibular poderá obter a colação de grau universitário através de expediente não regulado deonticamente: a matrícula dita especial.

Isto seria a desmoralização, de vez, do já combalido vestibular enquanto modo de ingresso legítimo na universidade em cursos onde

a concorrência é muito significativa. Seria fácil, sem dúvida, cursar algum curso que não apresente grande concorrência para depois, sem atender às condições previstas para outras formas de ingresso, fazer uso do expediente miraculoso da matrícula especial. Muito expedito, sem dúvida.

III. Situações como essa devem ter influenciado alguns Conselhos universitários que passaram a editar Resoluções dispendo expressamente sobre a tal matrícula especial: tem-se permitido um limite máximo de créditos que podem ser cursados em regime de matrícula especial (normalmente de cinquenta créditos).

Isto, a bem da verdade, deveria ter sido feito há muito tempo. Teria evitado a construção – e utilização – do conceito de matrícula especial enquanto situação fática pretensamente viabilizadora de uma colação de grau universitário.

Registre-se, finalmente, que a regulamentação da matrícula especial apenas permite a obtenção de créditos e não a habilitação para a colação de grau. São coisas distintas que geram, obviamente, conseqüências distintas.

## ASPECTOS DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO SETOR PÚBLICO

I. Alguns Estados-membros têm apresentado uma forma de terceirização extremamente discutível: celebram contratos com a iniciativa privada a fim de viabilizar a entrega de correspondência.

Pode-se apontar, de forma mais específica, o caso reiterado de certos concessionários de serviço público que, igualmente, lançam mão de tal expediente contratual.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos foi a juízo para discutir a exeqüibilidade jurídica desse procedimento. A tese defendida é centrada na compreensão de que a entrega das contas de energia elétrica é matéria submetida ao monopólio postal da União, uma vez que o aviso de cobrança do consumo de energia elétrica é enquadrável no *conceito de carta* previsto no art. 47 da Lei nº 6.538/78.

A defesa, quase sempre, é apoiada no Aviso nº 030/80 do então Ministério das Comunicações. O referido aviso pretende conferir lisura jurídica à terceirização aludida.

Entretanto, é difícil imaginar uma construção teórica capaz de afastar a subsunção entre os conceitos de aviso de cobrança do consumo de energia elétrica e de carta.

De fato, o art. 47 da Lei nº 6.538/78 encontra-se assentado na *técnica da definição normativa*. Para ele *carta* é todo "objeto de correspondência com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra que contenha informação de interesse específico do destinatário".

Tirante a polêmica existente sobre a prestabilidade, ou imprestabilidade, das *definições legais*, o certo é que elas têm eficácia normativa. Não podem, portanto, ser afastadas por vontade das pessoas, mesmo utilizando acrobacias hermenêuticas, por assim dizer.

O certo é que o conceito de aviso de cobrança se encaixa perfeitamente no *conceito legal* de carta. Significa dizer, em linha de princípio, que um concessionário de serviço público que lide com a energia elétrica, enquanto produto, não pode fugir dos limites jurídicos impostos pela concessão. Não é possível, por isso mesmo, que o concessionário alargue tais limites impunemente. E isto mesmo na hipótese de um esdrúxulo aviso ministerial ter a pretensão de subverter a pirâmide jurídica. Ainda não se chegou a tanto neste país.

Aliás, frise-se, mesmo na vigência do Decreto nº 85.538/79, art. 17, alínea "n", o aviso de cobrança do consumo de energia elétrica só era excluído do monopólio da União na hipótese de ser entregue pelo próprio concessionário. Ocorre que tal decreto foi expungido do sistema jurídico brasileiro.

Algumas centrais elétricas, com o claro objetivo de contornar eventuais óbices jurídicos, utilizam o expediente da consulta aos Tribunais de Contas Estaduais como forma de legitimar a terceirização. O caminho é engenhoso, porém juridicamente inócuo.

Esquecem essas consulentes do caráter não vinculativo da resposta do Tribunal de Contas a uma consulta. Mais: existe, não raro, uma gritante falta de adequação entre tais consultas e o objetivo da terceirização.

As consultas, na maioria das vezes, dizem com a possibilidade de prorrogação de contrato de terceirização já celebrado mas que, estranhamente, não são apresentados como tal na consulta feita.

Vê-se, à evidência, que a resposta dada a uma consulta formulada em outra direção - sem relação com a terceirização em si mesma considerada - não pode servir como calço jurídico adequado, salvo em mentes tomadas pelo delírio.

Pode-se, entretanto, questionar a recepção da Lei nº 6.538/78 pela carta constitucional vigente. O questionamento, entretanto, não colherá boa messe.

O Art. 21, inciso X, da Constituição Federal entregou à União, de modo exclusivo, a tarefa de manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. Tal manutenção, pelo menos no que diz com o serviço postal, é feita através da técnica da descentralização em razão da criação de uma empresa pública federal: a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Os serviços postais, no nível infraconstitucional, são regulados pela Lei nº 6538/78. Referida lei não colide com a Constituição Federal vigente. Com efeito, está-se diante, neste caso, de um serviço público que deverá ser executado de modo direto (CF, art. 175, *caput*).

A execução do serviço público postal é feita pela citada Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que, como dito, é uma Empresa Pública Federal.

A técnica da descentralização, portanto, não contamina a exigência constitucional no sentido de que a manutenção do serviço postal seja feita pela União. Na verdade, permite tal manutenção na medida exata em que tem apenas a função de viabilizar a execução material desse serviço.

Inexiste qualquer divergência relativamente a recepção da Lei nº 6.538/78 pela nova ordem constitucional, uma vez que a União continuará mantendo o serviço postal, ainda que transfira sua execução para uma pessoa jurídica distinta (uma Empresa Pública Federal).

Exsurge, portanto, a impossibilidade jurídica de os concessionários de serviço público de energia elétrica poderem terceirizar o serviço de entrega dos avisos de cobrança do consumo de energia elétrica, utilizando a figura do contrato.

II. Outro ângulo problemático da terceirização diz com a contratação permanente de advogados. E isto porque tal contratação não se beneficiará da desconcertante realidade jurídica da *notória especialização*. O assunto tem um real interesse em razão dos reflexos no campo licitatório.

Algumas fórmulas têm surgido. Dentre elas cabe destacar a idéia da pré-qualificação que conta, inclusive, com a simpatia do Tribunal de Contas da União.

Após a pré-qualificação dos interessados, seguir-se-ia a distribuição das causas, de modo imparcial. Alice Gonzalez Borges critica tal pretensão teórica por considerá-la *nova modalidade alternativa de licitação*. A autora citada utiliza, ainda, argumentos deontológicos – ligados ao Código de Ética e ao Estatuto da OAB – para afastar esse tipo de fórmula para a terceirização dos serviços advocatícios (Licitação para a contratação de serviços profissionais de advocacia, *in* Revista de Direito Administrativo nº 206, outubro/dezembro de 1996, Rio de Janeiro, pp. 135/141).

O estranho, entretanto, é que essa autora não conseguiu propor um procedimento substituto que, a seu juízo, melhor se afinasse com a Lei nº 8.666/93. Dizer que o fato de advogados aceitarem trabalhar à conta dos honorários de sucumbência é um aviltamento dos honorários, ferindo o art. 41 do Código de Ética, é um argumento com validade formal, porém distante da realidade de grande número de advogados.

De fato, nem todos, por uma série de razões, logram ter uma estrutura intelectual e econômica que lhes permita verdadeiramente fixar honorários. Este país tem advogados, e não são poucos, que pagam a anuidade da OAB com dificuldade. Será que eles estão em condições materiais de olhar para o citado art. 41 do Código de Ética

a fim de cobrar os honorários que entendem adequados à remuneração do seu trabalho? Duvido.

Outra discussão própria do altiplano da forma – desconectada da realidade – é aquela ligada ao art. 34, inciso V do Estatuto da OAB: proibição de que o advogado assine trabalho que não redigiu ou que não tenha colaborado na redação.

Ora, na execução fiscal, por exemplo, a inicial é apenas um formulário onde os dados concretos são inseridos. Admita-se, por hipótese, que um advogado seja contratado por um município que não tenha uma procuradoria organizada. Indaga-se: ele não deverá assinar a inicial citada acima? Percebe-se, assim, que a tese formal quase sempre esbarra na realidade (Veja-se Alice Gonzalez Borges, ob. cit. p. 139).

Talvez a fórmula da pré-qualificação dos interessados não seja efetivamente, do ponto de vista jurídico, a melhor solução. Não obstante, o que se pode apontar como caminho satisfatório? Infelizmente, e com o respeito devido às posições contrárias, ainda não apareceu tal via substitutiva.

Surge, por isso mesmo, um terrível dilema: ruim com a pré-qualificação, pior sem ela porque, aí, a *odiossincrasia* funcionará contra os desafetos do poder enquanto a *idiossincrasia* conduzirá os amigos, mesmo sem qualificação técnica, até o patrocínio das causas.

Por outro lado, convém traçar os limites da contratação de advogados. Alice Gonzalez Borges, a meu juízo com inteira propriedade, rebate a tese de que todos os serviços jurídicos podem ser terceirizados. Diz ela que: "(...) só excepcionalmente, em casos em que o interesse público exija, para seu perfeito atendimento, a contratação eventual de profissionais de notória especialização em certos setores jurídicos, é que a União, Estados e Distrito Federal poderão contratar o exercício de tais funções com pessoas e escritórios estranhos ao seu próprio quadro de procuradores" (ob. cit. p. 137).

Um exemplo recente – e extremamente discutível – é fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Engolida por inúmeras

ações, esta autarquia, pelo menos em algumas localidades, contratou advogados para auxiliar, em pé de igualdade, seus procuradores.

O ponto discutível do exemplo citado reside na nota da *notória especialização*. Pode-se garantir que em muitas regiões simplesmente não se encontra a notória especialização. Se assim é, a contratação é juridicamente defensável? Penso que não.

Com efeito, se se permite a contratação excepcional de advogados, tal contratação, forçosamente, deverá ser atrelada a, pelo menos, dois pressupostos: *real necessidade e notória especialização*. No caso no INSS existe necessidade. Entretanto, suas contratações, considerando-se algumas localidades, não resistem ao exame da notória especialização dos contratados.

O município, entretanto, tem outra feição jurídica, ou seja, se não dispuser de procuradoria estruturada poderá se socorrer da terceirização dos serviços jurídicos. A mesma opinião é adotada por Alice Gonzalez Borges (ob. cit. p. 138).

Aqui, com propriedade, poder-se-á falar de contratação permanente (até que a procuradoria municipal seja estruturada) de advogados, sendo útil, apesar das críticas, a adoção do modelo da *pré-qualificação* dos interessados.

## SOBRE A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

I - Existem muitas realidades constitucionais que, infelizmente, não transcenderam o abismo que existe entre a denominada *folha de papel* e a concretude constitucional. E isto depois de se ter reconhecido que o momento atual do Estado brasileiro reclamava uma carta constitucional que fosse dotada de eficácia normativa.

O hiato existente propicia terreno fértil para uma série de questionamentos judiciais que, quase sempre, têm por *sustentação* uma omissão estatal.

Traga-se a contexto, por hipótese, o caso de boa parte da Região Norte. Trabalhos de demarcação de áreas indígenas caminham vagarosamente, como se alguma força estranha atuasse a fim de diminuir sua velocidade.

O Ministério Público Federal tem atuado, aforando ações civis públicas, com o escopo de combater a inércia pública, de modo que se tenha, pelo menos em escala mínima, uma atuação que justifique a existência útil de certas pessoas jurídicas.

Algumas áreas pretensamente indígenas estão sofrendo a ação devastadora de invasores que, naturalmente, criam problemas de difícil solução. Liquida-se com as florestas, pela retirada de madeira; agride-se a cultura indígena; perpetra-se a dizimação de índios

enquanto a burocracia oficial não consegue, sequer, produzir estudos que possam ser levados a sério.

O estranho em tudo isto é o fato de a Constituição Federal, artigo 231, ter entregue à União a incumbência de promover a demarcação das terras indígenas no prazo fixado pelo artigo 67 do ADCT. Cumpre, explicitar, ainda, que o Decreto nº 22, de 04.02.91, regula a demarcação administrativa de tais terras.

Tendo havido a explicitação de um prazo nas Disposições Constitucionais Transitórias, parece de bom tom que se examine a feição jurídica de uma norma inserta nesta parte da Constituição.

As disposições transitórias de uma Constituição, em termos técnicos, têm a função de fazer a ligação jurídica, por assim dizer, entre o momento constituinte originário e o momento da promulgação do novo texto constitucional, uma vez que aspectos relevantes, de índole transitória, da vida social necessitam se harmonizar com a nova ordem constitucional.

Portanto, tais disposições constitucionais transitórias nunca tiveram por função, pelo menos no espaço doutrinário, compor uma espécie de capítulo constitucional híbrido: formalmente é parte do transitório enquanto substancialmente pertence ao permanente.

O exemplo constitucional do Brasil, infelizmente, não serve como modelo para ninguém. Entre nós a política partidária sempre aproveitou as disposições transitórias para inserir as matérias mais estapafúrdias, de modo a acondicionar os mais disparatados interesses.

Tivemos, na verdade, uma colcha-de-retalhos com o nome de Disposições Constitucionais Transitórias, composta de uma espécie de *amalgama normativo*, representativa, sem dúvida, dos interesses inconfessáveis que campearam na constituinte e ganharam forma através de uma técnica legislativa lastimável.

O certo, entretanto, é que as normas constitucionais transitórias não podem, por definição, se prolongar no tempo, de forma indefinida. Sua eficácia jurídica tem um raio perfeitamente delimitado. Se assim não fosse, o transitório viraria permanente.

Uma norma constitucional pertencente às Disposições Constitucionais Transitórias tem, certamente, eficácia plena, uma vez que é desconcertante admitir que uma regulação transitória possa ser qualificável como sendo de eficácia contida ou limitada. E isto é assim porque no caso das duas últimas hipóteses (eficácia contida e limitada) a matéria não reclamaria, a princípio, um tratamento emergencial ou transitório.

Admite-se, porém, que isto é um perfil técnico da regulação transitória. Não obstante, a ação política, quase sempre, desfigura tal desenho teórico para transformá-lo em simples caricatura. A culpa, entretanto, não será imputável aos juristas mas sim aos políticos.

Quando o artigo 67 do ADCT dispôs que a União deveria concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos, naturalmente que isto não diz com toda e qualquer demarcação mas sim com aquelas que já tinham procedimentos em curso no momento em que a Constituição Federal foi promulgada.

Com efeito, a citada norma não é materialmente constitucional e, pela sua natureza transitória, não se prestará para regulamentar demarcações que à época da promulgação da constituição não tinham, sequer, os elementos técnicos iniciais.

Ora, uma demarcação é um procedimento que reclama um certo tempo para ser concluído, uma vez que não pode prescindir de estudos adequados. O prazo de cinco anos, portanto, não pode ser indistintamente aplicado. Dirá apenas com aquelas demarcações de áreas indígenas que sejam susceptíveis, do ponto de vista técnico, de conclusão em tal prazo.

II - Aceite-se, como exemplo hipotético, a seguinte situação: determinada área indígena foi interditada através de Portaria editada por autoridade competente no ano de 1988, *em data anterior à promulgação da Constituição Federal*, com o confessado objetivo de garantir a segurança e o bem-estar dos índios.

A interdição aludida, ainda no campo especulativo, teve como sustentação um processo de identificação da área indígena iniciado

no ano de 1977, lastreado em estudos técnicos e documentos. A demarcação, porém, continua juridicamente inacabada.

O quadro descrito impressiona. De fato, é problemático explicar a razão de um procedimento inicial de uma demarcação de terras indígenas, de 1977, ainda não ter produzido estudos que viabilizassem a demarcação da área indígena interdita no ano de 1988.

Neste caso é utilizável o artigo 67 do ADCT. Sim, porque quando a Constituição Federal foi promulgada o procedimento preparatório da demarcação estava em curso, inclusive com a ultimização da interdição da área indígena.

Trata-se, evidentemente, de situação que reclamava uma regulação emergencial através das Disposições Constitucionais Transitórias como forma eficaz de fixar um prazo com dignidade constitucional.

A norma constitucional materializada no artigo 67 do ADCT, aliás, afasta a possibilidade de a *teoria brasileira da discricionariedade administrativa* ser utilizada com sucesso.

De fato, as demarcações de áreas indígenas apanhadas temporalmente pelo prazo de cinco anos não abrem ensanchas para a União exercitar sua discricionariedade como um artifício técnico a fim de se correr do prazo referido. Tal ocorre porque se o poder constituinte originário houve por bem fixar o prazo de cinco anos para a conclusão da demarcação de terras indígenas, não é possível que uma realidade normativa constituída - a União - possa dispor de modo contrário.

Se fosse viável aceitar tese oposta, haver-se-ia de sustentar que a criatura - a União - poderia desafiar impunemente o criador - o constituinte originário. Entretanto, ainda não se atingiu tal nível de anarquia constitucional, apesar dos esforços de muitos nesta direção.

A demarcação da área indígena - no caso do exemplo utilizado - deveria ter sido concluída no prazo de cinco anos, contados da promulgação da Constituição Federal. Se assim não ocorreu, pode-se falar de descumprimento de prazo constitucionalmente fixado, o que

gera prejuízo inconcebível aos índios além de configurar omissão juridicamente indefensável.

Presente, aqui, o chamado silêncio administrativo negativo, isto é, o comportamento omissivo que ocasiona lesão jurídica. Tal silêncio administrativo, na espécie, não se afina com o incontornável dever de agir imanente a um agente público, qualquer que seja.

A omissão não é aceitável no âmbito estatal. Afinal o Estado não foi concebido para ser inerte. Isto tampouco se compadece com a idéia de que o Estado é meio e não um fim em si mesmo.

O constituinte originário não estruturou a União para que ela, através de seu material humano, fosse omissa relativamente às suas tarefas constitucionais nem estabeleceu um prazo para ser sumariamente ignorado.

A União, pelo contrário, é forçada a agir por expressa determinação constitucional. Poderá, é certo, dentro do prazo de cinco anos, fazer os estudos que entender necessários para efetivar uma demarcação de terras indígenas. Mas, obviamente, não será lícito ultrapassar o prazo citado.

A omissão relevante nasce no momento em que a União despreza um prazo que tem natureza constitucional. Sim, porque antes de o prazo expirar não há possibilidade de se falar em omissão, uma vez que a demarcação poderia ser concluída no final do prazo.

Entretanto, se o prazo expira enquanto a União, retoricamente, fala sobre a necessidade de fazer novos estudos, enquanto a área indígena interdita é palco de invasões e de construções ilegais, não é possível afastar sua omissão abertamente lesiva à comunidade indígena.

A lesividade advinda da omissão da União se reflete no meio ambiente, agredido pela invasão de indivíduos inescrupulosos. Isto provoca desequilíbrio do ecossistema e compromete a integridade física e cultural dos índios.

O tema, portanto, é relevante à luz da preservação do meio ambiente e do direito dos índios de terem suas terras demarcadas no prazo fixado constitucionalmente. Isto configura indiscutível

patrimônio público e, por conseqüência, integra-se ao conceito de *bens da União*.

Não se pode transigir com uma omissão que provoca prejuízo para a própria União, prejuízo este que atinge bens de dimensão inimaginável. Com efeito, pode-se quantificar, em termos econômicos, uma floresta? Pode-se avaliar uma aldeia de índios? Certamente que não.

III - O comportamento omissivo, porém, não é imputável apenas à União. A Fundação Nacional do Índio - FUNAI - também tem seu quinhão que, frise-se, é respeitável.

Cabe-lhe, por força do Decreto nº 22, de 04/02/91, fazer a demarcação administrativa das terras indígenas. Significa, portanto, que a União criou uma autarquia para desempenhar a tarefa que lhe fora outorgada constitucionalmente.

Sendo assim, não se consegue compreender a razão pela qual aquela demarcação hipotética não teria sido concluída no prazo de cinco anos.

Ademais, a omissão ainda poderia ser estendida para o campo do não impedimento de invasões nas áreas indígenas ainda não demarcadas e da falta de estrutura material adequada às suas finalidades.

Pode-se encontrar na Região Norte do país alguns momentos representativos desta omissão relacionada com as invasões. A área indígena de Karipuna, por exemplo, suscitou uma série de problemas causados por invasões não coibidas adequadamente.

Diz-se, como desculpa, que existe precariedade de recursos materiais. Que seja. Entretanto, cabe à União aparelhar satisfatoriamente sua autarquia a fim de que sua atuação seja considerada, pelo menos, como razoável.

Em outros casos, porém, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA - também se enquadra na categoria jurídica da omissão.

A fiscalização de áreas indígenas pertence ao campo de atribuições da FUNAI. Mas as operações de fiscalização são

realizadas conjuntamente (FUNAI e IBAMA). Infere-se, portanto, que existe uma omissão imputável a ambos, ainda que se utilize a precariedade material como argumento.

IV - É necessário, ainda, tecer comentários sobre os desdobramentos de uma demarcação de área indígena a fim de se evitar certas pretensões exageradas.

A área que será demarcada necessita da aprovação do Ministério da Justiça. A demarcação, então, é posterior a esta aprovação. Não obstante, a demarcação só estará completa quando houver sua homologação através de Decreto do Presidente da República.

Algumas ações civis públicas, utilizando o argumento de que o Decreto citado ainda não foi editado, postulam o acolhimento do pedido à consideração de que a União foi omissa ao não completar o ciclo jurídico, por assim dizer, da demarcação da área indígena.

Não há dúvida quanto a omissão da União. Remanesce, porém, um problema técnico que não encontra solução no primeiro grau de jurisdição.

Com efeito, o pedido cominatório - para que o Presidente da República edite o Decreto homologatório da demarcação da área indígena - é juridicamente possível, uma vez que a Constituição Federal, na hipótese aventada, fixou o prazo de cinco anos, após sua promulgação, para que a demarcação fosse concluída.

Ora, se apenas falta o Decreto homologatório da demarcação, que é uma espécie de final da cadeia jurídica, não parece razoável defender que a edição do Decreto presidencial estaria fora do prazo constitucional de cinco anos na medida em que ele faz parte do procedimento previsto para a demarcação de área indígena.

Entretanto, tal pretensão cominatória haverá de ser deduzida no foro competente, uma vez que o Presidente da República tem foro privilegiado por prerrogativa de função.

Inviável, portanto, que um juiz de primeiro grau assine prazo para que o Presidente da República edite o Decreto homologatório da demarcação da área indígena. Isto transcende sua esfera competencial.

## SOBRE A INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO

I. A denominada incorporação de gratificação tem sido responsável, no serviço público, por uma série de desacertos administrativos. De fato, existem exemplos gritantes de incorporações discutíveis que, entretanto, são protegidas pelos rótulos constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

É certo, por outro lado, que nem todas as incorporações de gratificação são nebulosas. Afinal, se existe uma lei, por mais estaparfúdia que seja, que permite tal incorporação, sem dúvida que ela é legalmente incensurável.

Isto, obviamente, não impede questionamentos envolvendo o valor justiça. Entretanto, não se pode dizer, de forma genérica, que as incorporações de gratificação são injustas. Não é bem assim.

Pode-se, porém, colher exemplos desconcertantes de pretensa incorporação de gratificação. Com efeito, a Lei nº 8.460, de 17 de dezembro de 1992, art. 9º, tem sido utilizada como uma espécie de *cheque em branco da incorporação genérica*.

A tese, obviamente, tem a intenção de viabilizar na justiça a percepção da denominada Gratificação de Dedicção Exclusiva que

muitos servidores públicos recebiam em razão de juízo administrativo.

A supressão desta gratificação tem gerado vários questionamentos judiciais, principalmente à luz do direito adquirido e da proibição de redução de vencimentos.

Cumpra explicitar, ainda, que a premissa utilizada em tais ações é a de que o pedido não tem relação com a percepção de gratificação mas sim com gratificação que foi transformada, posteriormente, em vantagem pessoal. Mesmo assim, a idéia não pode ser aceita em sua inteireza, *pelo menos no que diz com os servidores da Fundação Nacional de Saúde.*

Dê fato, a Lei nº 6.433, de 15 de julho de 1977, foi editada para fixar os valores de retribuição do Grupo Saúde Pública, além de outras providências.

O art. 2º da lei citada discriminou para os integrantes da categoria funcional de SANITARISTA as seguintes vantagens: Gratificação de Atividades, instituída pelo Decreto-Lei nº 1.445, de 13 de fevereiro de 1976 (inciso I), Incentivo Funcional (inciso II) e Gratificação pelo Exercício em Determinadas Zonas ou Locais (inciso III).

O Decreto-Lei nº 2.195/84, de seu turno, dispôs em seu artigo 1º que o incentivo funcional previsto no inciso II, art. 2º, da Lei nº 6.433/77 passaria a corresponder a 80% do valor do vencimento ou salário da referência da categoria funcional de SANITARISTA do Grupo Saúde Pública, e não mais a vinte por cento como originariamente estabelecido.

A Lei nº 7.923, de 12 de dezembro de 1989, determinou, a partir de 1º de novembro de 1989, a absorção, pela remuneração, das gratificações, auxílios, abonos, adicionais, indenizações e quaisquer outras retribuições que estivessem sendo percebidas pelos servidores alcançados pelo art. 2º (§ 2º, art. 2º).

O art. 2º tinha relação com os servidores civis efetivos do Poder Executivo, da Administração Direta, dos extintos territórios, das

autarquias e das instituições federais de ensino beneficiadas pelo art. 3º da Lei nº 7.596/87.

Entretanto, o inciso VIII, § 3º, art. 2º, da Lei nº 7.923/89 não permitia a absorção prevista no § 2º da mesma lei, isto é, incorporação via remuneração no que diz com a gratificação de dedicação exclusiva.

A Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991, que dispôs sobre reajuste da remuneração dos servidores públicos, estabeleceu em seu art. 5º uma extensão da Gratificação de Dedicação Exclusiva para os servidores ocupantes de cargo efetivo de nível superior da Fundação Nacional de Saúde.

Finalmente, a Lei nº 8.460, de 17 de dezembro de 1992, em seu art. 31, revogou expressamente o art. 5º e a alínea "b" do § 2º do art. 13 da Lei nº 8.279/91 e inciso VIII do § 3º do art. 2º da Lei nº 7.923/89.

Impõe-se uma primeira observação: o citado art. 32 da Lei nº 8.460/92 extinguiu, por força de revogação expressa, a denominada Gratificação de Dedicação Exclusiva, tratada originariamente na Lei nº 6.433/77 e disciplinada posteriormente pelo Decreto-Lei nº 2.195/84 e pela Lei nº 8.270/91.

Portanto, o lapso temporal em que a Gratificação de Dedicação Exclusiva foi estendida aos servidores ocupantes de cargo efetivo de nível superior da Fundação Nacional de Saúde vai do dia 17 de dezembro de 1991 (Lei nº 8.270, art. 5º) ao dia 16 de dezembro de 1992 (Lei nº 8.460, art. 31)

O percentual relativo à Gratificação de Dedicação Exclusiva somente poderia ser o de 80% do valor percebido pelo beneficiário a título de vencimento ou salário.

Sim, porque tal gratificação fora prevista, primeiramente, pela Lei nº 6.433/77, no percentual de 20%, e posteriormente pelo Decreto-Lei nº 2.195/84 que elevou tal percentual para os aludidos 80%.

Ora, se a Lei nº 8.270/91 utilizou a técnica da remissão, em seu art. 5º, para viabilizar a extensão da Gratificação de Dedicação

Exclusiva, certamente que se tornava desnecessário que ela fixasse o percentual, uma vez que isto já fora feito pela Lei nº 6.433/77 e pelo Decreto-Lei nº 2.195/84.

Conclusão: do dia 17 de dezembro de 1991 ao dia 16 de dezembro de 1992 o percentual da Gratificação de Dedicção Exclusiva para aqueles que foram colhidos pelo art. 5º da Lei nº 8.270/91, correspondia a 80% sobre o vencimento ou salário.

Há equívoco, entretanto, quando se teoriza sobre suposta incorporação desta gratificação pela remuneração dos servidores, a teor do art. 9º da Lei nº 8.460/92.

De fato, o citado art. 9º da Lei nº 8.460/92 não tem qualquer relação com a Gratificação de Dedicção Exclusiva na medida em que faz remissão ao art. 4º da mesma lei que, igualmente, não diz com esta gratificação.

Ademais, tenha-se em conta que a Gratificação de Dedicção Exclusiva não era susceptível de absorção pela remuneração, como previsto no § 2º da Lei nº 7.923/89, por força do disposto no inciso VIII, § 3º, art. 2º da mesma lei.

Quando a Lei nº 8.460/92, art. 31, acabou com a possibilidade de percepção de Gratificação de Dedicção Exclusiva com base no inciso VIII, § 3º, art. 2º, ela não agrediu o patrimônio jurídico de ninguém. E isto é assim porque inexistia possibilidade legal de a Gratificação de Dedicção Exclusiva ser absorvida pela remuneração e, portanto, a ela ser incorporada.

A vantagem individual nominalmente identificada, prevista no art. 9º da Lei nº 8.460/92, resultaria, tão-somente, da diferença entre o valor dos vencimentos decorrentes do enquadramento feito e a não absorção das vantagens previstas em seu art. 4º.

Prestigiando o fraseado legal:

Caso o valor dos vencimentos decorrentes do enquadramento do servidor nos termos desta lei, não absorva integralmente suas vantagens a que se refere o art. 4º, a diferença será paga a título de vantagem individual nominalmente identificada.

A possibilidade de a vantagem individual nominalmente identificada existir, obviamente, não pode dizer respeito à Gratificação de Dedicção exclusiva.

E isto pela simplória razão de não ser possível a sua absorção e de o art. 9º da Lei nº 8.460/92, bem como o art. 4º da mesma lei, não ter qualquer ligação com este tipo de gratificação.

Tem-se, portanto, uma premissa inexata: a de que o art. 9º da Lei nº 8.460/92 diz respeito à possibilidade de absorção da Gratificação de Dedicção Exclusiva a fim de garantir sua percepção como vantagem individual nominalmente identificada.

Não colhe, igualmente, a tese sustentada em juízos pertencentes à Administração Pública. Com efeito, houve indiscutível equívoco na apreciação do tema incorporação. Sim, porque não se poderia falar em incorporação do percentual alusivo à Gratificação de Dedicção exclusiva, principalmente com base no art. 9º da Lei nº 8.460/92.

Existia um juízo que validava um ato administrativo - percepção discutível de gratificação - contaminado pela ilegalidade, uma vez que tal percepção não seria possível juridicamente.

A supressão da gratificação percebida, na verdade, deveria ter sido feita desde o dia 17 de dezembro de 1992 quando entrou em vigor a Lei nº 8.460, uma vez que obstaculizou, a partir de então, o recebimento da Gratificação de Dedicção Exclusiva nos moldes do inciso VIII, § 3º, art. 2º da Lei nº 7.923/89.

A hipótese, portanto, é de mera anulação de ato administrativo ilegal, não de violação à Constituição Federal. Inviável, por isso mesmo, o recurso ao direito adquirido e à não redução de vencimentos, uma vez que estranhos a esta realidade normativa.

II. Remanesce, entretanto, um ângulo da questão discutida: o percentual de 80% no período que vai do dia 17 de dezembro de 1991 ao dia 16 de dezembro de 1992.

Tal percentual, como já acentuado, era devido em razão da extensão feita legalmente. Sendo assim, a Administração Pública não

poderia reduzi-lo para 48,66%, como se tem notícia, sob o argumento de que a Lei nº 8.270/91 não havia estipulado o percentual aplicável.

A tese, naturalmente, é retórica na medida em que o percentual já fora fixado pelo Decreto-Lei nº 2.195/84. Assim, a Lei nº 8.270/91 apenas utilizou o recurso técnico da remissão a outro dispositivo legal, o que liquida a alegação da falta de fixação legal do percentual.

Devidos, por conseqüência, 31,40% incidentes sobre o vencimento ou salário dos servidores públicos pertencentes à Fundação Nacional de Saúde, por força do Decreto-lei nº 2.195/84, no período compreendido pelo dia 17 de dezembro de 1991 ao dia 16 de dezembro de 1992, *em razão de terem percebido o valor advindo da aplicação do percentual de 48,66% e não de 80%.*

## SOBRE A FIXAÇÃO DA JUSTA INDENIZAÇÃO NA DESAPROPRIAÇÃO

Tem-se constatado, em muitas oportunidades, que a denominada justa indenização em uma expropriação não é tão simples quanto parece. O conceito constitucional, estranhamente, tem sofrido de uma concretude problemática no plano processual.

Pode-se começar apontando o fato corriqueiro do levantamento dos 80% do valor depositado sem observância integral do Decreto-Lei nº 3.365/41, artigo 34. Determina-se, inclusive, a citação de outras pessoas à consideração de que o Parágrafo Único do citado artigo 34 do Decreto-Lei nº 3.365/41 permite tal solução.

Isto não é defensável, uma vez que o parágrafo citado é aplicável apenas à hipótese de o preço permanecer em depósito, havendo dúvida fundada sobre o domínio. Não assim no que diz com o levantamento de 80% do depósito feito sem o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 34, *caput*, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Por outro lado, a inexistência da realização de audiência de instrução e julgamento prevista no artigo 24, *caput*, do Decreto-Lei nº 3.365/41 não compromete a instrução processual em razão de não ter o caráter de inexorabilidade.

Cite-se, a propósito, o seguinte entendimento jurisprudencial:

Dispensável é a realização da audiência de instrução e julgamento, nas ações de desapropriação, quando não há necessidade de serem produzidas novas provas ou não se demonstra prejuízo às partes (STJ - 2ª Turma, Resp 31104-8 - RJ, Relator Min. Hélio Mosimann).  
(Theotonio Negrão, 28ª edição, São Paulo, Saraiva 1997, p. 830, nota 1 ao artigo 24 do Decreto-Lei nº 3.365/41).

Ainda se encontram em curso algumas ações expropriatórias que foram aforadas pelo Ministério Público Federal quando esta instituição tinha a estranha atribuição de, também, advogar para a União. Isto tem gerado discordância entre o representante do Ministério Público Federal, no que diz com o preço inicial da expropriação, e o representante judicial da União que passou a officiar em tais ações.

Certamente que isto não é capaz de viabilizar inconformismo em razão da discordância posterior da União. E isto é assim porque cada advogado da União, tenha ele o rótulo que tiver, tem a liberdade jurídica de defender aquilo que julga ser o mais correto.

Viável, neste sentido, que a União, no curso da ação de desapropriação, postule o reconhecimento judicial de equívoco na fixação do preço oferecido inicialmente.

Sim, porque o dinheiro utilizado em uma desapropriação por utilidade pública é, por definição, pertencente ao erário, o que abre ensanchas para a incidência do princípio da legalidade, isto é, tal dinheiro haverá de ser gasto com parcimônia e à luz de parâmetros mercadológicos aceitáveis.

O fio condutor desta visão doutrinária é o mesmo que permitiu, a partir da teoria da autotutela, a construção pretoriana de que a Administração Pública pode anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade. Sendo assim, também poderá discutir o preço inicial oferecido por um bem a ser desapropriado, bastando que utilize provas satisfatórias envolvendo a ocorrência de equívoco na fixação de tal preço.

Os laudos periciais, não raro, constituem verdadeiro tormento. Tome-se, como *formulação especulativa*, o seguinte quadro : incluiu-se no laudo pericial parcela alusiva a maquinaria e equipamentos pertencentes a um hotel que fora expropriado. O argumento é o de que isto compunha o conjunto hoteleiro. Ademais, ainda se permitiu que o beneficiário da expropriação recebesse uma quantidade apreciável de aparelhos de ar condicionado.

Ocorre, entretanto, ainda no plano hipotético, que a inicial não descrevera, de modo correto, a extensão da expropriação. Traga-se a contexto o seguinte asserto jurisprudencial :

Nas ações expropriatórias, é dever da entidade autora descrever, na inicial, não só os imóveis, mas também as benfeitorias alcançadas pelo ato expropriatório.

(TFR - 6<sup>a</sup> Turma, Ag. 56844 - RJ, Relator Min. Euclides Aguiar).

(Theotonio Negrão, Código de Processo Civil, 28<sup>a</sup> edição, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 827, nota 3 ao artigo 19 do Decreto-Lei n<sup>o</sup> 3.365/41).

Conceda-se, para argumentar, que a inicial é totalmente omissa no que diz com benfeitorias alcançadas pelo ato expropriatório. Dir-se-á, talvez, que tal é irrelevante em razão do conceito constitucional de justa indenização. A tese, se efetivamente formulada, não procede.

Com efeito, o que se entende por justa indenização é a contraprestação devida pelo fato de um bem ser desapropriado. Não obstante, se esta desapropriação puder ser alargada via laudo pericial - incluindo-se benfeitorias não explicitadas na inicial - existirá uma espécie de *indenização elástica* na medida em que a inicial descreve um bem e a indenização compreende tal bem além de benfeitorias que não constam na referida inicial.

Esta *técnica indenizatória*, por assim dizer, obviamente não pode ser aceita sob pena de o erário não suportar indenizações que

originariamente não deveriam ter a extensão econômica materializada pelo caminho pericial.

Se a petição inicial não discriminou as benfeitorias que seriam alcançadas pelo ato expropriatório, é inviável fazê-lo através do laudo pericial a fim de que se tenha uma pretensa justa indenização. Neste caso a indenização, se prevalecesse, não seria justa mas sim injusta na medida em que estaria remunerando benfeitorias que não foram cogitadas no ato expropriatório.

Indenização justa, portanto, será aquela devida em razão da desapropriação do imóvel descrito na inicial, não aquela resultante da adição de valores relativos às benfeitorias não mencionadas na inicial.

Deve-se afastar, portanto, a pretensão de se incluir na indenização, à luz do conceito de conjunto hoteleiro, quaisquer benfeitorias não discriminadas na inicial. Pouco importa que a parte expropriada considere aplicável a idéia de conjunto hoteleiro, compreensível em óptica empresarial mas inaceitável na hipótese de omissão na petição inicial.

Aliás, quase sempre acontece um fato deveras interessante: a parte expropriada requer expressamente a extinção do processo em razão de pretender levantar os 20% restantes do depósito feito pela União. Ora, isto é concordar claramente com o preço oferecido inicialmente. Entretanto, também não é raro que esta mesma parte desista do pedido feito e passe a defender a tese da justa indenização.

Como quer que seja, é necessário verificar o conteúdo do Decreto pertinente. Se ele apenas cuida da desapropriação do terreno e das construções, sem mencionar maquinaria e equipamentos, certamente que esta parte não poderá entrar na justa indenização.

Se se recebeu equipamento diferente, por exemplo: aparelhos de ar condicionado, isto deverá fazer parte de outra relação processual, não de uma ação de desapropriação que, evidentemente, não se presta para indenizar aquilo que não foi objeto de um Decreto de declaração de utilidade pública.

Desconsidere-se, portanto, no laudo pericial as rubricas relativas a benfeitorias e equipamentos. Atenção redobrada deve ser dispensada às desapropriações envolvendo imóveis onde existiam hotéis. Sim, porque aí a pretensão de se incluir na indenização a denominada *vantagem da coisa feita* é extremamente discutível, seja porque o percentual que se pretende é elevado (quase sempre 10% do valor estimado para as benfeitorias), seja porque uma expropriação não se confunde com um contrato de compra e venda.

A fixação da margem de *lucro cessante* também carece de cuidado. Afinal, se o expropriante não sofreu prejuízo no período compreendido entre a desapropriação e a imissão provisória na posse, tendo, inclusive, levantado 80% do preço depositado, como se poderá falar de lucro cessante?

A hipótese aventada - desapropriação envolvendo hotéis - ainda se presta para outras coisas interessantes. É possível encontrar uma defesa comovente envolvendo altas taxas de ocupação do hotel a fim de se justificar uma indenização dissociada da realidade mercadológica onde a desapropriação ocorre. A mesma coisa acontece com os percentuais alusivos a administração e lucro.

O laudo pericial, portanto, não é apenas um amontoado de papel que o juiz, enfadado, deixará de lado. Pelo contrário, ele deverá se debruçar sobre ele, ainda que não tenha conhecimentos especializados, a fim de encontrar as contradições absurdas que costumam freqüentar o domínio da desapropriação.

Um recurso aceitável, mas não acriticamente, é representado pelos estudos feitos pela União. Alguns técnicos têm produzido trabalhos de excelente qualidade técnica, atentos à realidade do mercado local.

Se a fixação do valor da indenização destoar da vala comum, isto é, da aceitação do valor inicialmente oferecido, cumpre ter presente a seguinte orientação:

Se o depósito inicial, corrigido monetariamente, for superior à indenização fixada na sentença, o expropriante fica dispensado

do pagamento de juros compensatórios e de mora, bem como dos ônus da sucumbência.

(Theotonio Negrão, Código de Processo Civil, 28ª edição, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 830, nota 3 ao artigo 24 do Decreto-Lei nº 3.365/41).

O conceito constitucional de justa indenização, portanto, não é apenas mais um rótulo vistoso que o constituinte originário inscreveu no texto para não ser seguido.

A correta fixação da justa indenização impedirá que espertalhões se beneficiem com indenizações absurdas que, em última análise, serão suportadas pelo contribuinte. Servirá de freio, igualmente, à indústria dos juros, compensatórios e de mora, que também elevam os valores indenizatórios para níveis insuportáveis.

Entretanto, se não for este o caso, que a justa indenização reflita efetivamente a composição patrimonial necessária em virtude da perda do bem. E que abranja juros e correção monetária se os contornos do caso concreto justificarem.

Enfim, que se julgue procedente o pedido da expropriante para decretar a desapropriação do imóvel descrito na petição inicial e que ela seja condenada a pagar a justa indenização encontrada pelo juiz, depois de examinar detidamente o laudo pericial produzido e de, se for o caso, retirar as parcelas incompatíveis com a extensão do pedido inicial, isto é, com a descrição feita na petição inicial.

Aí, sim, o conceito constitucional de justa indenização se fará presente sem os percalços observáveis no foro; sem os indescritíveis serpenteios processuais, por assim dizer.

## UMA HIPÓTESE DE PRETENZA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Ministério Público Federal, em alguns lugares, tem ajuizado ações civis públicas com o objetivo de viabilizar a instalação e o funcionamento de Conselho Penitenciário. Pretende, ainda, a condenação do Chefe do Executivo Estadual pela prática de ato de improbidade administrativa com suspensão dos direitos políticos.

A defesa, quase sempre, ataca a legitimidade processual ativa do Ministério Público e a idoneidade jurídica da ação civil pública para tal finalidade.

Ocorre, porém, que é difícil descaracterizar a legitimidade processual ativa do Ministério Público Federal para perseguir a instalação e o funcionamento de um Conselho Penitenciário em razão de sua inegável valia social. Este Conselho não foi criado legalmente para permanecer no papel.

Por outro lado, a alegação de inidoneidade jurídica da ação civil pública tampouco parece procedente. É certo que hoje se fala em um autêntico abuso no ajuizamento de ações civis públicas. Entretanto, é preciso ter presente que nem toda ação civil pública aforada, só por isto, faz parte do leque da abusividade.

Ora, uma ação civil pública que tem como objeto, dentre outros aspectos, a nomeação de Comissão Técnica de Classificação não pode ser sumariamente desqualificada. Suficiente que se leia o artigo 7º da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, para que se vislumbre a importância dessa Comissão, importância esta que traduz indiscutível interesse público que, de seu turno, materializa conceitualmente o interesse coletivo, defensável através de ação civil pública.

Entretanto, cumpre dizer que existe ângulo da questão que não é tão tranqüilo, como pensam alguns. Trata-se de pretender-se caracterizar a prática do ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, artigo 11, inciso II) a partir de ofícios do Ministério Público Federal endereçados ao Chefe do Executivo Estadual. A tese é, sem dúvida, impressionante.

Com efeito, as denominadas *Recomendações* feitas a mancheias pelo Ministério Público Federal não têm força vinculante, razão que não lhes permite se impor deonticamente. São apenas isto: *Recomendações*.

Enquanto recomendações, não podem funcionar como veículo de prazos criados pelo Ministério Público Federal em razão da falta de base legal. Assim, por enquanto, o Ministério Público Federal pode assinar prazo através de *Recomendação*. Entretanto, isto não tem o alcance que muitos imaginam ter.

Pode-se, contudo, considerar que tais recomendações traduzem, em última análise, uma espécie de apelo constitucional, apelo este destinado a provocar a realização de um ato administrativo ou mesmo de um ato legislativo. No caso em apreço, para que o Chefe do Executivo Estadual agisse em razão do artigo 69 da Lei nº 7.210/84.

Surge, neste momento, um complicador na questão representado pela fantástica teoria de que um Governador de Estado não se submeteria à Lei nº 8.429/92. A construção honra, sem dúvida, as tradições de outra teoria ilustre na América do Sul: a do *executivo forte*.

Todavia, por mais que os subservientes de plantão tentem, não conseguirão, sem rasgar publicamente a " folha de papel", subtrair o Chefe do Executivo Estadual à Lei nº 8.429/92, uma vez que ela se aplica a qualquer agente público. E o Governador de Estado ainda é um agente público, pelo menos no plano jurídico, pelo que, querendo ou não, se submete à lei citada.

Convém, entretanto, explicitar que o artigo 69, § 1º da Lei nº 7.210/84 não fixa um prazo para que a nomeação dos membros do Conselho Penitenciário seja feita. A lei, neste ponto, é omissa. A questão, então, pode ser equacionada pelas denominadas *teoria do tempo razoável*.

Com efeito, a falta de um prazo legal impede que se fale em tempo deôntico. Urge, por isso mesmo, encontrar um tempo razoável. Qual seria ele? 90 dias? 120 dias ou outro maior? Não existe concordância quanto a isto.

A partir de que momento se poderá dizer que o tipo *deixar de praticar* foi realizado factualmente? E o tipo *retardamento* ?

A administração dos negócios estaduais não é tarefa do Ministério Público Federal. Portanto, ele não poderá emitir um juízo de valor a fim de contrapô-lo a outro juízo de valor estadual, salvo, evidentemente, se puder provar adequadamente suas teses. Meras especulações não são suficientes para comprovar que um Chefe de Executivo Estadual não age porque não quer agir. As coisas não são bem assim.

Muitas vezes as finanças do Estado estão tão ruins que não é possível construir um belo prédio e contratar profissionais especializados apenas porque um membro do Ministério Público Federal entende que assim deve ser.

Falar do tipo *deixar de praticar* na hipótese de Conselho Penitenciário parece ser uma demasia. Sim, porque é discutível que a criação e a instalação de tal Conselho possam ser qualificadas como *ato de ofício* para efeito de improbidade administrativa.

O tipo *retardamento* é igualmente problemático. Se não há prazo legalmente fixado para a criação e a instalação do Conselho

Penitenciário e se não há um critério seguro para se falar, sem controvérsia, em tempo razoável, como se poderá cogitar de *retardamento* sem um marco temporal inicial confiável ?

Na verdade, a conduta na modalidade de *retardamento* não poderá, no caso, se realizar em razão da inexistência de um início temporal aceitável, uma vez que as *Recomendações* do Ministério Público Federal, como dito, não têm aptidão normativa para funcionar como início de um tempo considerado razoável.

Isto não significa, obviamente, que o Ministério Público Federal não possa ingressar na Justiça a fim de buscar a tutela judicial para a criação e instalação do Conselho Penitenciário, inclusive da própria Comissão Técnica de Classificação.

O que não se mostra viável é a pretensão de introduzir tal matéria no conceito de improbidade administrativa como recurso jurídico capaz de permitir, eventualmente, a suspensão de direitos políticos.

## SOBRE AS INFRAÇÕES EM ÁREAS AZUIS

O município, desde algum tempo, descobriu que poderia ampliar suas receitas através da criação das denominadas "áreas azuis" ou "zonas azuis". Trata-se, fundamentalmente, de uma transformação jurídica operada na natureza formal do bem objeto da exploração.

A criação dessas "áreas azuis", enquanto realidade normativa, não desperta controvérsia digna de nota na medida em que se insere dentro da competência municipal. O procedimento aplicável é o da passagem de um bem de uso comum do povo para a categoria de bem de uso especial.

Talvez isto repugne a muitos, uma vez que, em um primeiro momento, parece inadequado dizer que um bem de uso especial, nestas condições, estaria afetado à consecução de um serviço público. Maria Sylvia Zanella di Pietro, contudo, esclarece o ponto:

"Quando se fala que o bem de uso especial está afetado à realização de um serviço público, como o faz o art. 66, II, do Código Civil, tem-se que entender a expressão "serviço público" em sentido amplo, para abranger toda atividade de interesse geral exercida sob autoridade ou sob fiscalização do poder

público; nem sempre se destina ao uso direto da Administração, podendo ter por objeto o uso por particular, como ocorre com o mercado municipal, o cemitério, o aeroporto, a terra dos silvícolas etc". (Direito Administrativo, 8ª edição, São Paulo, Atlas, 1997, p.428).

O espaço advindo da criação da "zona azul" é destinado à utilização dos que têm veículos. Trata-se, portanto, de algo que apresenta interesse geral, principalmente nos grandes centros onde estacionar é uma atividade lotérica em razão da falta de estacionamentos.

A "zona azul" poderá ser explorada pelo próprio município ou por terceiros. No caso de exploração direta, a contraprestação cobrada terá por suporte jurídico a utilização do bem de uso especial. Configura-se a hipótese de uso anormal do bem, uma vez que, normalmente, logradouros públicos não são locais destinados ao estacionamento de veículos.

Todavia, se a exploração da "zona azul" não for feita pelo município mas sim por terceiros a questão ganha matizes jurídicos distintos. De fato, entrará em cena a figura da permissão de uso que possibilitará ao vencedor do certame explorar a "zona azul". Surge, porém, um elemento importante: o desejo de lucro.

A utilização da "zona azul" por particular passa a ser uma atividade como outra qualquer, no sentido de que a mais-valia será perseguida. Isto, obviamente, é legítimo.

Os problemas começam quando os usuários da "zona azul" não usam os talões pertinentes ou excedem o prazo previsto para cada cartão. Que tipo de infração terá sido cometida?

O primeiro embate aconteceu entre os DETRANS e os usuários de estacionamento, uma vez que deixavam de renovar a licença anual para circulação do veículo se o proprietário fosse devedor do estacionamento. O assunto acabou merecendo apreciação do Conselho Nacional de Trânsito materializada na decisão nº 8/81:

O Conselho Nacional de trânsito, em sua reunião do dia 04-07-81, aprovou por unanimidade o parecer do Relator, DECIDINDO o colegiado:

1; Que os débitos de proprietários de veículos, por falta de pagamento de Taxas de Estacionamento, não constituem infrações de trânsito.

2. Que os DETRANS não podem deixar de renovar a licença anual para circulação do veículo, cujo proprietário seja devedor de instituições públicas ou privadas que exploram estacionamentos estabelecidos em vias e logradouros públicos ou em áreas provadas.

Esta decisão do Conselho Nacional de Trânsito, por ser específica, não conseguiu inibir o espírito criativo brasileiro. Surgiram em muitos lugares estranhos convênios entre municípios e Estados a fim de introduzir a polícia militar na problemática da "zona azul".

Tais convênios, por mais absurdo que isto possa parecer, eram firmados entre municípios e Estados, estes representados pelas polícias militares. Mais: os convênios recebiam a assinatura do prefeito municipal e do comandante do batalhão policial militar sediado na cidade, além de preverem a participação da polícia militar no valor auferido pelo município, no percentual de 15%.

A construção jurídica é espantosa. Com efeito, se a polícia militar é mero órgão do Estado, sem personalidade jurídica, ela não poderá representar o Estado, salvo se houver expressa delegação do Chefe do Executivo Estadual para o comandante geral da corporação.

Por outro lado, o comandante de um batalhão policial militar, excepto a hipótese de delegação legítima, também não poderia se obrigar através de convênio que tinha a pretensão jurídica de ter sido celebrado entre municípios e Estados.

Entretanto, as coisas não param por aí. A relevância desses convênios consiste na possibilidade jurídica de a polícia militar

poder multar os usuários da "zona azul" que desrespeitarem as normas municipais de utilização deste sistema rotativo.

É certo que as infrações ocorridas no interior da "zona azul" deverão ter resposta na legislação municipal. Aqui, porém, reside o grande problema: pretende-se equiparar este tipo de infração a uma infração de trânsito. Ora, essa tese não encontra eco no Código Nacional de Trânsito – o vigente e o revogado, não sendo viável concluir-se que uma infração derivada da utilização de uma "zona azul" seja também uma infração de trânsito. A equiparação normativa é, para dizer o mínimo, absurda.

Portanto, se a polícia militar aplicar uma multa em razão de infração ligada à utilização de "zona azul", ela não terá nenhuma validade jurídica por força da ausência de uma infração de trânsito.

Ter-se-á, na verdade, um comportamento ilegal na medida em que a polícia militar tem uma missão que não se relaciona com a repressão, através de multas, dos infratores de "zona azul".

A atuação da polícia militar, nesta hipótese, é inconstitucional ante a flagrante descaracterização de sua tarefa primordial e a inaceitável equiparação entre infração por uso de "zona azul" e infração de trânsito. As multas que forem aplicadas, tendo por suporte tal equiparação, não poderão ser validamente cobradas.

O município, obviamente, poderá fiscalizar a área da "zona azul", seja usando seus servidores, seja contando com o concurso da polícia militar porque isto configura policiamento ostensivo.

Daí não se segue que possa celebrar convênios de duvidosa legalidade a fim de equiparar infração de "zona azul" à infração de trânsito e com isto utilizar a polícia militar para multar aqueles que não se submetem às regras da "zona azul".

O quadro será mais deplorável se a "zona azul" estiver sendo explorada por particular. Sim, porque neste caso a polícia militar estará ajudando o permissionário a ganhar seu dinheiro: multará os recalcitrantes. Isto, obviamente, não é o papel da polícia militar.

## **SOBRE A ATUAÇÃO ESTATAL NAS COMUNIDADES INDÍGENAS**

Tem-se detectado, há muito tempo, uma insuficiência de atuação da órbita estatal representada por realidades jurídicas do tipo Fundação Nacional do Índio, Fundação Nacional de Saúde e Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, o que tem lhes garantido críticas acerbas.

A Fundação Nacional do Índio deveria, por definição legal, cuidar adequadamente do patrimônio indígena. Isto, entretanto, tem sido feito de uma maneira francamente insatisfatória. Pode-se, é certo, admitir que o orçamento destinado para tais atividades não é suficiente. Que seja. Entretanto, não é possível creditar a atuação claudicante de tal fundação apenas à insuficiência de recursos. Alguma coisa suplementar está acontecendo.

O dado suplementar talvez possa ser materializado em inúmeros problemas encontráveis nas comunidades indígenas, problemas estes que passam, inclusive, pela derrubada ilegal da madeira e pelo garimpo praticado à socapa.

Eventual participação das lideranças indígenas no comércio ilegal de madeira certamente é um complicador e mais para que a atuação da FUNAI seja eficaz. Entretanto, deve-se dizer que se esta

participação existe é porque a fiscalização realizada pela FUNAI é insuficiente. Por outras palavras: existe, claramente, uma deficiência de fiscalização que, por sua vez, possibilita a atuação de índios e não índios em um concurso inescrupuloso: derrubada indiscriminada de madeira a ponto de quase comprometer o ecossistema.

Talvez não se possa, no caso da FUNAI, da FNS e do IBAMA, falar de omissão total. Todavia existe, indubitavelmente, uma realidade estranhamente difusa, isto é, uma mistura de falta de recursos materiais aliada a uma ausência física que, como dito, não pode encontrar explicação exclusiva no plano orçamentário.

A FUNAI, a FNS e o IBAMA, ao que tudo indica, encontram-se em um momento-limite de sua atuação: atuam de modo precário porque não têm orçamento adequado, bem como porque as áreas indígenas a serem fiscalizadas têm uma considerável extensão. O quadro é, realmente, preocupante.

Com efeito, se se considerar que o administrador público tem o indeclinável dever de agir, que este agir necessita de recursos materiais e de pessoal adequado e que a comunidade indígena forma um patrimônio cultural submetido à responsabilidade do poder público, fica difícil aceitar que este poder público não tenha condições de distribuir adequadamente os recursos orçamentários. Deve haver, com certeza, outra explicação.

Entretanto, mesmo que esta outra explicação exista, ela não será capaz de tornar menos grave o deplorável quadro de saúde encontrável nas comunidades indígenas, quadro este, aliás, comprovado por depoimentos de indivíduos que tiveram a oportunidade de visitar as comunidades citadas.

Na verdade, não é apenas a saúde do índio que está sendo solapada. A lesão é bem mais ampla na medida em que também se agride um tesouro da natureza que não pode ser medido apenas em termos econômicos: a madeira-de-lei. Mais: a cultura indígena é desvirtuada em razão do conúbio, quase sempre maléfico, com a cultura não-índia.

Surge, assim, uma problemática que está longe de ser localizada. Parece que a omissão estatal é estrutural, uma vez que seus efeitos danosos atingem, concomitantemente, várias facetas importantes do patrimônio indígena: saúde, recursos naturais e cultura.

O ângulo saúde, por exemplo, constitui uma demonstração inequívoca de como o poder público, se mantivesse coerência com os princípios constitucionais, não deveria agir. De fato, os programas de atendimento à comunidade indígena são apenas arremedos manejados, talvez com boa vontade, com o intuito de suprir o que não pode ser suprido: instrumentos confiáveis, medicamentos adequados e pessoal qualificado.

A utilização de agentes de saúde, recrutados na própria comunidade indígena, é uma idéia louvável que, naturalmente, tem eficácia reduzida, uma vez que tais agentes necessitam de reciclagem permanente. Novamente se tem o problema da falta de orçamento. Conseqüência: as boas intenções e as boas ações voltam todas ao mesmo ponto em uma circularidade gritante: falta dinheiro.

A preservação ambiental, de seu turno, também não escapa à ação perversa da falta de recursos. O planeta não pode se dar ao luxo, se quiser continuar habitável, de ver o ecossistema sendo diariamente despedaçado. Os discursos públicos, inclusive internacionais, assentam-se em uma risível bimestridade: inflação nominal e deflação factual.

Com efeito, se fosse possível contabilizar adequadamente todos os pronunciamentos feitos em defesa do meio ambiente, ter-se-ia um número absolutamente fantástico. Isto permite uma conclusão parcial: realmente fala-se muito de meio ambiente.

Estranhamente, porém, a concretude não consegue a mesma riqueza aritmética. Enquanto os ouvidos não mais aguentam o *discurso verde*, veiculado por aparelhos fonadores trêmulos de emoção, a realidade esvai-se em lágrimas pelo fato de existir uma omissão alarmante: não foi possível construir uma ponte que possibilitasse a passagem do discurso para a prática.

Convive-se, portanto, com uma realidade paradoxal: excesso de falas defensoras do meio ambiente e falta de ações dirigidas para o mesmo fim. O orçamento é elástico o suficiente para atender solicitações outras, mas não consegue se multiplicar para se fazer presente no comportamento público de defesa ambiental.

Enquanto isso, o planeta vai sendo liquidado a passos largos. Percebeu-se, talvez tarde demais, que a criação de um *sistema de captação de pontos em razão da não-poluição*, recentemente ultimado, talvez não seja a melhor solução para obstaculizar a morte da terra, mas é, certamente, uma fórmula viável de retardar o apocalipse.

A cultura indígena, outrora fonte de estudos sérios, hoje tem um tom nostálgico. Os índios já não conseguem defender seu patrimônio cultural da ação predatória do não-índio, de modo que se pode vislumbrar um amálgama de valores e não mais uma *axiologia verdadeiramente indígena*.

Existe, infelizmente, um lado profundamente triste da cultura indígena atual: algumas comunidades indígenas pintam-se apenas para ganhar dinheiro. Perceberam que o não-índio gosta de ver tais espetáculos e os paga regamente. O resultado imediato disto é que alguns índios já não têm uma motivação culturalmente correta no momento em que se pintam. Na verdade, já são movidos por interesses mercantis.

Tudo isto aponta para uma espécie de corrupção da cultura indígena pela cultura não-índia. Resta saber até quando o patrimônio indígena resistirá a esta ação predatória. A corrosão cultural não é lenta, mas sim acelerada. Onde estão os recursos necessários ao desenvolvimento de ações capazes de minimizar tal quadro? Eis uma pergunta que talvez não obtenha uma resposta satisfatória, seja do ponto de vista temporal, seja do ângulo orçamentário.

Consideradas as coisas do ponto de vista exposto, deve-se louvar a insatisfação que o Ministério Público Federal tem demonstrado em algumas oportunidades. De fato, existe o quadro preocupante representado pela combalida saúde de certas comunidades indígenas, pela devastação das florestas indígenas e pela subversão dos valores

indígenas, inclusive com a constatação de casos envolvendo alcoolismo e prostituição.

Entretanto, não é exequível o caminho jurídico que se tem proposto: condenação da União, da FUNAI, da FNS e do IBAMA em autêntica obrigação de fazer consistente na destinação de recursos adequados e no desenvolvimento de ações ligadas à preservação das comunidades indígenas.

Com efeito, a União criou duas fundações e uma autarquia com uma finalidade básica. Cabe a tais pessoas jurídicas, portanto, a atuação tendente ao atingimento dos fins legalmente previstos. As personalidades jurídicas das fundações e da autarquia, obviamente, as credenciam a uma vida jurídica distinta da União.

Por outro lado, a questão orçamentária, por mais grave que seja, não é susceptível de ser equacionada através de uma condenação judicial. E isto é assim porque a feitura do orçamento da união - e das pessoas jurídicas federais - obedece a regras próprias que não podem ser violentadas sem que se caia no campo da ilegalidade.

Significa que cabe às fundações e à autarquia citadas cuidarem da inclusão de suas postulações no orçamento, de modo que possam desempenhar suas missões estabelecidas legalmente. O que não é possível é que o Ministério Público Federal faça pedidos genéricos sem atentar para o procedimento aplicável à feitura de um orçamento ou à aplicação dos recursos orçamentários já destinados.

Certamente que a situação seria diferente se se comprovasse que os recursos orçamentários existiam. Sim, porque neste caso ter-se-ia a aplicação incorreta de verba pública, o que permitiria, inclusive, a responsabilização dos dirigentes. Entretanto, se o problema se localiza na dotação orçamentária insuficiente, a feição jurídica muda e com ela a solução possível.

Ninguém melhor que as fundações e a autarquia citadas para saber o que significa "orçamento adequado". Por isso mesmo cabe a elas envidarem esforços para que isto se materialize no mundo dos fatos. Se tal não ocorre efetivamente, a questão se desloca para o

poder de pressão exigível no momento em que o orçamento é montado.

E isto, por evidente, é matéria *interna corporis* que não deve merecer a intromissão judicial, ainda que esta intromissão venha adornada pela vontade louvável de contribuir para minimizar os terríveis problemas por que passam as comunidades indígenas.

A causa é justa, sem dúvida. Todavia sua justeza não pode servir de esteio para um comportamento judicial de matiz emocional sob pena de se ter o técnico sendo empurrado pela emoção, o que esfacelaria o próprio direito enquanto conjunto de normas jurídicas.

## A INDENIZAÇÃO ADVINDA DE ANISTIA CONSTITUCIONAL

O campo tributável se oferece aos estudiosos como um verdadeiro paraíso gnosiológico, ou seja, como algo susceptível dos mais tresloucados planos econômicos e dos mais delirantes estudos fiscais. Se tais estudos tivessem a oportunidade de efetivamente serem postos em prática, em sua inteireza, certamente que a subsistência de grande parte da população estaria seriamente comprometida.

Assiste-se, apesar disso, uma insolúvel tensão entre a voracidade fiscal e a propensão do contribuinte em se esquivar daquilo que considera abusivo. Os claros da lei surgem como fórmula nem sempre aceitável de economia de imposto. Neste sentido talvez se possa dizer que o planejamento tributário constitui hoje autêntica *legítima defesa tributária*, por assim dizer, do contribuinte.

Conceitos constitucionais são distorcidos pela mente daqueles que se batem por um aumento indiscriminado de arrecadação. Pouco importa que a velha *folha de papel* tenha que ser pisoteada. Afinal, isto no Brasil não chega a ser propriamente uma novidade. Temos um excelente conhecimento na arte de desrespeitar o sacrossanto texto constitucional.

Relembre-se que em determinado momento histórico a concepção de que seria possível legislar através de Portaria do Ministro da Fazenda ganhou foros de legitimidade. Apareceu por esta época o instrumento da *super Portaria ministerial*. Aplausos certamente foram ouvidos, principalmente por pessoas que não detinham conhecimento jurídico mas que, por razões de oportunidade histórica, foram entronizadas em cargos de importância estratégica.

O certo, entretanto, é que os contribuintes têm movido uma verdadeira guerra santa contra o fiscalismo do Estado que avança sem cerimônia, movido por falas irresponsáveis de indivíduos que ainda praticam a filosofia da economia experimental ou do erro e acerto.

Filosoficamente tal teoria não é criticável. É apenas mais uma teoria. O problema maior surge quando ela é introduzida em um campo sensível como o econômico e gera mudanças de padrão social e financeiro. Sim, porque os experimentos que nunca deram bons frutos, exceção feita ao real, até agora, não logram merecer do setor público uma recomposição que reflita no setor privado.

Os tribunais estão repletos de ações que discutem a lisura jurídica da supressão de inúmeros índices. Os servidores públicos questionam a falta de aumento em sua remuneração. Novos tipos tributários invadem o mercado como se fossem produtos importados desfilando em uma feira de amostras internacionais.

No meio de tudo isto surge uma pretensão fiscal nada ortodoxa: tributar através do Imposto de Renda a percepção de valores advindos de indenização por força de anistia constitucional.

As reações, como era de se esperar, não tardaram. Tem-se defendido que tais valores se qualificam como verba indenizatória e que, por isto mesmo, não podem ser tributados através de Imposto de Renda.

A linguagem utilizada pelo § 5º, artigo 8º do ADCT, por exemplo, retoma a velha distinção doutrinária entre reintegração e readmissão: na reintegração são devidos todos os valores atrasados

enquanto na readmissão, pelo contrário, tais valores somente serão devidos a partir do momento em que ela ocorra.

De fato, no parágrafo citado o constituinte lançou mão do vocábulo *readmissão*, o que se revela congruente com o início dos efeitos financeiros previstos no § 1º do mesmo artigo. O *caput* do artigo 8º, ADCT, por sua vez, determina a observância dos respectivos regimes jurídicos dos anistiados.

Admita-se, em terreno puramente especulativo, a seguinte hipótese: determinado ex-servidor público foi anistiado com base no artigo 8º, § 5º do ADCT. Deverá receber, portanto, determinado valor. Conceda-se, ainda, que este servidor readmitido pertence aos quadros funcionais de uma autarquia federal.

Surge, de imediato, uma realidade normativa dúplice, ou seja, uma espécie de *bifurcação jurídica*: do dia 05 de outubro de 1988 (data da promulgação da Constituição Federal) ao dia 10 de dezembro de 1990 este servidor seria celetista, por hipótese.

Haveria, neste caso, uma ruptura imotivada do contrato de trabalho, pouco importando que isto tivesse ocorrido por razões ligadas ao desvario ideológico de determinado momento histórico. Para muitos seria aplicável a Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, artigo 6º, inciso V, principalmente na parte em que fala da *isenção até o limite garantido por lei*.

Este suporte normativo, por assim dizer, tem servido para a construção da seguinte tese: é verdade que o artigo 7º, inciso I da Constituição Federal prevê a edição de uma Lei Complementar que regulará o pagamento de indenização compensatória nos casos de despedida arbitrária ou sem justa causa. Entretanto, como tal Lei Complementar ainda não foi editada, tem aplicação o artigo 10, inciso I do ADCT. A teoria é, sem dúvida, engenhosa, apesar de também ser inexata.

Eduardo Gabriel Saad considera que o citado artigo 7º, inciso I da Constituição Federal tem a seguinte feição:

Essa norma deita por terra o instituto da estabilidade como era concebido pela Consolidação das Leis do Trabalho, isto é, o direito de o empregado ser despedido só por motivo de falta grave, depois de completar dez anos de serviços prestados à mesma empresa.

A relação empregatícia, agora, é protegida, tão somente, pela indenização compensatória.

(CLT Comentada, 28<sup>o</sup> edição, São Paulo, Editora LTR, 1995, p. 344).

O artigo 7<sup>o</sup>, inciso I da Constituição Federal contém duas realidades distintas: proteção da relação de emprego e instituição de indenização compensatória, dentre outros direitos, para o caso de tal relação ser afetada por despedida arbitrária ou sem justa causa.

A regra inserta no artigo 10, inciso I da Constituição Federal, ADCT, naturalmente só se faz presente para os casos ocorridos após sua promulgação, não no que diz com aqueles que se verificaram anteriormente.

Ora, aqueles que foram anistiados pelo constituinte originário de 1988 forçosamente foram desligados do serviço em data anterior. Logo, não podem ser alcançados por uma regra transitória que se conecta a um artigo da parte permanente da Constituição, sem explicitação de retroação.

Os efeitos financeiros da readmissão têm início em 05 de outubro de 1988, o que deve ter contribuído para tornar atraente a concepção apoiada no artigo 10, inciso I do ADCT.

Sucedem, porém, que tais efeitos estão ligados a um fato ocorrido em data anterior à promulgação da Constituição Federal. Não se pode, certamente, aplicar uma regra que não tem aptidão jurídica para retroagir.

A indenização compensatória que pretende proteger a relação de emprego contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa ingressou no sistema normativo com a promulgação da Constituição. Não serve, portanto, como argumento para validar sua aplicação a fatos

pretéritos. E isto é assim porque os efeitos financeiros da readmissão, como dito, dizem respeito a uma ruptura contratual efetivada em um tempo passado.

Torna-se inviável utilizar a Lei nº 7.713/88, artigo 6º, inciso V para impor um limite legal à isenção prevista. Tal ocorre pelo fato de o preceptivo legal citado não se destinar à regulação de indenização percebida em razão de anistia constitucional. Sua função normativa diz com indenizações oriundas de desfazimento contratual sem o rótulo de anistia constitucional.

Mesmo respeitando o regime celetista que prevaleceu até o dia 10 de dezembro de 1990, não é possível enquadrar o assunto à luz da isenção aludida na medida em que a indenização advinda de uma readmissão, por força de anistia constitucional, não tem a mesma natureza daquela encontrável em uma indenização trabalhista desprovida de tal característica constitucional.

O período compreendido entre o dia 11 de dezembro de 1990 e o dia em que a readmissão se operou passa a ser regido por regras estatutárias. Ainda assim a natureza indenizatória dos valores percebidos não permite sua tributação através do Imposto de Renda.

De fato, valores relacionados com indenização nunca foram considerados aptos à configuração do fato gerador do Imposto de Renda. E isto porque o caráter compensatório de tais valores não se afina com as idéias de disponibilidade econômica ou disponibilidade jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza.

Recentemente o STJ, no recurso especial nº 57319-0/Rio Grande do Sul, Relator o Ministro Garcia Vieira, assentou a seguinte orientação:

#### Ementa

Incentivo à Demissão Voluntária - Ajuda de Custo - Indenização - Imposto de Renda - Não Incidência.

A importância paga ao servidor público como incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do Imposto de

Renda porque não é renda e nem representa acréscimo patrimonial.

Ora, se a tributação destes valores foi afastada sob o argumento de que não traduziam renda nem acréscimo patrimonial, igualmente se haverá de obstaculizar a tributação sobre valores percebidos em razão de readmissão por anistia constitucional.

A indenização, neste caso, será havida como “(...) *um pagamento realizado pelo empregador ao empregado quando este é demitido sem justa causa, visando recompensá-lo da perda do emprego e devendo corresponder ao tempo de serviço prestado ao empregador.*” (Sergio Pinto Martins, *Direito do Trabalho*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 343).

Tem-se, portanto, uma hipótese de não incidência (tanto no período celetista quanto no estatutário), isto é, de um suposto que não interessa para o direito tributário no nível da tributação via Imposto de Renda.

Não será por outra razão que o Regulamento do Imposto de Renda, veiculado pelo Decreto nº 1041/94, artigo 40, inciso XVIII, previu que as indenizações por rescisão de contrato de trabalho e FGTS não entrarão no cômputo do rendimento bruto.

É que a percepção de valores indenizatórios, na verdade, não se caracteriza como suporte fático do tipo tributário previsto no artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Ademais, se a indenização não ingressa no conceito de fato gerador do Imposto de Renda não há razão plausível para que ela componha o *quantum* relativo ao rendimento bruto.

Não obstante, o argumento centrado no valor mensal da indenização não procede. Com efeito, a indenização percebida em razão de readmissão determinada constitucionalmente não se traduz em um valor que possa ser desmembrado, mês a mês, a fim de que o beneficiado possa ser favorecido por eventual faixa isencional de rendimentos.

Este tipo de indenização representa um valor único, insusceptível do desmembramento citado. Isto somente é possível quando se tratar de pagamento atrasado na medida em que aí se terá o concurso do empregador determinando o atraso.

No caso de indenização por motivação constitucional inexistente tal atraso, uma vez que o não pagamento derivou do fato de o liame empregatício ter sido rompido.

Pode-se concluir, portanto, pela não tributação, via Imposto de Renda retido na fonte, dos valores representativos de indenização advinda de readmissão operada por determinação constitucional bem como pelo direito à devolução na hipótese de já terem sofrido a tributação citada.

## SOBRE O DESMATAMENTO DE ÁREAS INDÍGENAS

As comunidades indígenas sempre serviram de apoio semântico para uma série de ações, estatais ou não, que poderiam produzir muitas coisas, menos o bem-estar do índio. Os aborígenes, portanto, viveram - e vivem - dentro de uma realidade ambígua.

A ambigüidade comportamental se faz sentir, por exemplo, na atividade pouco visível de certos missionários estrangeiros que passaram a vivenciar a realidade indígena. Aparentemente tais missionários tinham como tarefa primordial a evangelização dos gentios e sua própria educação relativamente a cuidados básicos envolvendo a higiene corporal. Este trabalho sempre foi exposto na mídia.

Todavia, outros projetos menos conhecidos parece que eram cuidadosamente conduzidos. Suspeita-se que entre eles está o de repasse de informações valiosas sobre as riquezas da região norte, riquezas estas que começam a sofrer um início de exaurimento em razão do descaso oficial.

Ainda se pode contabilizar a difusão de doenças que não são das regiões indígenas. O não índio, na verdade, vem contaminando a saúde do índio e violentando sua cultura. Hoje, infelizmente, há índios espertos que fazem viagens internacionais, têm carros vistosos

enquanto o restante vive miseravelmente. Pelo visto alguns aprenderam muito bem as mazelas encontráveis na cultura não indígena. Isto, porém, é apenas a ponta do *iceberg* representativo dos problemas que cercam a continuidade da cultura indígena e ameaçam sua própria manutenção física.

O mais notável em tudo isto é que a União, pretextando engajar os índios à sociedade não índia, produziu um discurso de respeito às tradições indígenas e de incentivo à subsistência dos aborígenes a partir da produção de bens de consumo, com utilização da sacrossanta terra.

Ter o usufruto da terra significa, obviamente, poder utilizá-la bem como usufruir, de modo exclusivo, as riquezas do solo, dos rios e lagos existentes (Constituição Federal, artigo 231, § 2º).

Historicamente, porém, não se tem um quadro social que respeite a posse imemorial do índio sobre a terra. Pelo contrário, existem conflitos violentos na região norte envolvendo índios e possuidores de terras. O expediente da demarcação de reservas indígenas não tem rendido os dividendos esperados, seja pela pretensa falta de recursos dos envolvidos no processo, seja pela misteriosa ação da "mão invisível" de Adam Smith.

No meio desta ebulição social surge a Fundação Nacional do Índio, criada pela Lei nº 5.371/67, com a ambiciosa tarefa de gerir o patrimônio indígena e promover a assistência educacional, incentivar a evolução sócio-econômica bem como cuidar da saúde do índio. Era, sem dúvida, uma boa idéia em termos de papel. Os fatos, contudo, não parecem ter exatamente a conformação pretendida pela citada lei.

Deixando-se de lado o insuficiente desempenho real da FUNAI, público e notório, interessa anotar que a idéia de *usufruto indígena* mereceu regulação na Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio), principalmente no artigo 24.

Parecia, em última análise, que pelo menos do ponto de vista jurídico as comunidades indígenas não teriam com o que se

preocupar. Tudo estava devidamente estruturado; não haveria razão para sobressaltos.

O clima de segurança jurídica, entretanto, foi abalado em razão de um fato que, à primeira vista, não deveria ter causado maiores problemas: a derrubada de árvores pertencentes a áreas indígenas em razão de contratos celebrados entre a FUNAI e algumas empresas do setor madeireiro.

Uma provável explicação pode ser encontrada na própria finalidade da FUNAI: gerir o patrimônio indígena. Ora, como gerente deste patrimônio a FUNAI teria de ajudar as comunidades indígenas no que diz com o aproveitamento dos recursos naturais de suas áreas, principalmente se houvesse pedido indígena nesta direção.

E, ao que tudo indica, tal pedido foi feito, o que proporcionou a oportunidade contratual com o escopo de auferir rendimentos capazes de financiarem projetos de aproveitamento das áreas indígenas que, de seu turno, trariam benefícios para todos, índios e não índios.

Não obstante, surgiram contestações. Afirmou-se, por exemplo, que os contratos eram lesivos à floresta pertencente a áreas indígenas, uma vez que permitia a derrubada indiscriminada de árvores e, por isso mesmo, configurava desequilíbrio entre os benefícios que os índios poderiam auferir e o volume de madeira que seria retirado. Sustentou-se, à vista disto, a nulidade dos contratos.

Argumentou-se, em contrapartida, que os contratos celebrados não levariam a uma depredação da floresta indígena porque havia uma bimembridade: nem todos eram para a derrubada de árvores; havia alguns relacionados com a mera retirada de árvores desvitalizadas. Sobremais, o patrimônio indígena não se qualificava como bem da União.

O primeiro argumento efetivamente tem procedência, uma vez que a retirada de árvores desvitalizadas (caídas, derrubadas) não é caracterizável como derrubada indiscriminada, comprometedora do ecossistema. Neste sentido, e apenas neste, não haveria reparo jurídico de maior importância a ser feito salvo, evidentemente,

necessidade de comprovação de que as comunidades indígenas realmente solicitaram a FUNAI para celebrar os contratos aludidos.

O problema, entretanto, surge com os contratos que permitiriam a derrubada da madeira. Com efeito, a madeira em tela pertence a área de preservação indígena, o que qualifica as florestas envolvidas nos contratos de derrubada de árvores como sendo de *preservação permanente* (Lei nº 4.771/65, artigo 3º, § 2º).

O fato de tais florestas serem consideradas de preservação permanente, naturalmente não impede o corte da madeira. Isto, porém, deverá ser feito de acordo com determinados requisitos: interesse da comunidade indígena e projeto de aproveitamento da terra nua devidamente aprovado (Lei nº 6.001/73, artigo 46).

O interesse da comunidade indígena, claro está, não pode se resumir a uma alegação genérica dos contratantes. À luz dos artigos 37 e 42 da Lei nº 6.001/73, pode-se dizer que tal interesse deverá ser traduzido na participação contratual da comunidade indígena ou pelo menos em seu consentimento, devidamente comprovado.

Essa necessidade de *participação real* da comunidade indígena encontra-se ligada à condição jurídica do índio no âmbito civil: ele é apenas assistido, não representado (Código Civil, artigo 6º, inciso III). Ora, se é assim, a FUNAI não tem aptidão jurídica para representar a comunidade indígena em contratos que têm por objeto a derrubada de árvores pertencentes a florestas de preservação permanente. Seu papel, a bem da verdade, não vai além da assistência. Se se prestigiar tese contrária, estar-se-á afastando a vigência do artigo 6º do Código Civil via *acrobacia hermenêutica*, o que ainda não é possível.

A deficiência jurídica de muitos desses contratos ainda se fazia sentir, malgrado as inevitáveis argumentações nominiais, principalmente na ausência de prévia - e *adequada* - avaliação da madeira indígena, dos bens, obras e serviços que seriam recebidos em troca; inexistência de plano de manejo florestal - desnecessário para a retirada de árvores desvitalizadas; inexistência de inventário florestal (desnecessário no caso de retirada de árvores desvitalizadas).

A falta de tais requisitos - ou pelo menos sua existência juridicamente discutível - não permite que se possa falar de derrubada de árvores, em floresta indígena, em ângulo escorrito.

Poder-se-á, pelo contrário, entender que uma derrubada de árvores, nesses moldes, será capaz de gerar indiscutível desequilíbrio ambiental. Isto, por solar, não é tolerável.

Diga-se, ainda, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União (Constituição Federal, artigo 20, inciso XI), o que espanca falas defensoras dos contratos celebrados para que se fizesse a derrubada das árvores aludidas.

É possível concluir-se na direção seguinte: são nulos os contratos celebrados para a derrubada de madeira indígena se não obedecerem às seguintes exigências:

- participação real da comunidade indígena;
- mera assistência da FUNAI;
- prévia e adequada avaliação da madeira indígena, dos bens, obras e serviços a serem recebidos;
- plano de manejo florestal;
- inventário florestal;
- cadastramento das empresas junto ao IBAMA.

É preciso ter muita atenção para evitar a possibilidade - sempre presente em algumas regiões do país - de desequilíbrio entre o valor da madeira retirada e o valor atribuído aos bens, obras e serviços que serão entregues pelas empresas contratantes.

Tal é vital porque certos contratos ostentam a vestimenta formal de *contratos de permuta* embora, no fundo, sejam autênticos contratos de compra e venda de madeira indígena.

Finalmente, convém registrar que o artigo 232 da Constituição Federal conferiu legitimidade ao mundo indígena para defender, em juízo, seus direitos e interesses, cabendo a intervenção obrigatória do Ministério Público.

## MORTE LEGAL DO NIRVANA ADMINISTRATIVO

Ainda não foi possível escrever um livro completo sobre a patologia jurídico-administrativa brasileira, o que não deixa de ser lamentável. De fato, esta lacuna bibliográfica sonega aos leitores o conhecimento sobre os porões da nossa história naquilo que tem de mais sensível, ou seja, o serviço público.

A mídia, paga ou não, ultimamente tem divulgado um pretenso trabalho que, a juízo do seu propagandista maior, merece o qualificativo de hercúleo. Trata-se, sem dúvida, de exagero creditado à necessidade subjetiva de inflar o ego.

Todavia, não se pode dizer que a introdução explícita, no plano constitucional, do princípio da eficiência seja algo sem importância. Não é bem assim. A eficiência deve realmente ser encarada como imanente ao serviço público, uma vez que não é possível supor que o Estado deve gastar somas apreciáveis na manutenção de servidores carentes de um padrão técnico adequado. O risco, infelizmente, consiste no fato de a idéia ser desvirtuada em sua concretude a fim de servir como canal de perseguições. A realidade brasileira abona esta preocupação, por mais triste que isto possa parecer. Como quer que seja, é um avanço que deve ser louvado e não repudiado apressadamente.

O tópicos eficiência, entretanto, não é exclusivo do servidor público organizado em carreira, com vínculo estatutário ou celetista. Servidores eficientes são matéria-prima desejada nos cargos providos mediante concurso público ou em confiança. O rótulo jurídico, neste caso, é o menos importante. Busca-se, na verdade, a qualidade intelectual e o comprometimento do servidor com um trabalho de padrão técnico elogiável.

A captação de servidores públicos pela via do concurso público, com todos os defeitos que possa ter, ainda se revela o caminho menos susceptível à interferência de fatores idiossincráticos, salvo a prova oral onde há quebra do anonimato e espaço para manobras antipáticas - ou simpáticas - envolvendo um ou vários candidatos. Surgem, nestes momentos, os primeiros colocados por ação de um elevador denominado comissão examinadora. São coisas do ser humano, infelizmente.

O aprovado em um certame público, até prova em contrário, detém um padrão técnico mínimo, sendo de registrar que muitos possuem um perfil técnico muito elevado. Portanto encontra-se apto, com a ajuda de um treinamento prévio, para desempenhar o cargo conquistado. Estranhamente, porém, o servidor de carreira sofre um certo boicote profissional, por assim dizer, quando surge a oportunidade de prover um cargo atraente, principalmente do ponto de vista econômico.

Com efeito, o dia-a-dia administrativo revela situações absurdas, para dizer o mínimo. Razões de política partidária fazem com que um incompetente passe a exercitar um cargo enquanto um técnico de carreira, por mais brilhante que seja, é afastado. Poucas vezes este técnico qualificado terá oportunidade de ascender ao olimpo administrativo se contar apenas com sua competência profissional. Os cargos denominados de confiança, porém, não se prestam apenas para casos ridículos como este apontado. Constituem, na verdade, a válvula de escape mais confortável para resolver problemas de emprego.

O hábito de empregar pessoas, parentes ou não, talvez seja tão antigo quanto o próprio homem. Ao que tudo indica, os detentores do poder sempre mostraram um conhecimento não contestável da filosofia ensinada a Mateus: o de que os dele deveriam vir primeiro. Passaram, portanto, a fazer uso desta abençoada idéia sem qualquer sentimento de culpa, o que lhes permitiu resolver os problemas de amigos e de pessoas da própria família.

Houve, recentemente, a elaboração de uma interessante teoria para justificar contratação de parentes para cargos de confiança: a *teoria da necessidade orçamentária*. Sustentou-se que era necessário aumentar o orçamento doméstico, o que seria viável se se empregassem filhos, cunhados, genros, noras e outros. Aí, então, o problema orçamentário estaria resolvido.

À luz da fórmula dada a Mateus e da *teoria da necessidade orçamentária*, os que podem passaram a ver na coisa pública um modo de acomodar interesses privados, o que configura, sem dúvida, uma *contraditio in terminis* na medida em que não é possível perder de vista dois grandes referenciais do direito administrativo: supremacia do interesse público sobre o interesse particular e indisponibilidade dos interesses públicos.

Tais princípios, é bem de ver, só nominalmente foram considerados ao longo da concretude jurídica brasileira. Substancialmente, porém, são pisoteados sem cerimônia, como se não tivessem nenhuma utilidade. O fato é inacreditável mas é verdadeiro.

Melhor sorte não tem merecido o princípio constitucional da moralidade. A moral também tem apresentado um perfil elástico, o que facilita sua adaptação a qualquer contexto, ainda que esta adaptação seja feita com uma dose elevada de cinismo.

Não interessa se o constituinte originário erigiu a moralidade a categoria de princípio constitucional nem se permitiu a utilização da ação popular para desconstituir ato lesivo à moralidade administrativa. As nomeações de parentes para cargos interessantes,

em comissão, continuaram freqüentando o salão das coisas juridicamente esotéricas.

Ocorre que se tivesse havido a conjugação do princípio constitucional da moralidade e da idéia de moralidade administrativa, enquanto suposto autorizador de questionamento de atos, talvez essas nomeações pudessem ter sido bloqueadas sem necessidade de edição de regulação infraconstitucional.

Com efeito, o rótulo de cargo em confiança não é uma chave mágica que abre todas as portas a fim de permitir uma indiferença total aos princípios constitucionais. Cargo em confiança significa apenas que se pode escolher livremente alguém para exercê-lo, obedecendo-se, porém, a Constituição Federal.

A nomeação de filhos, genros, noras, sogros, por exemplo, não se afina com a moralidade. Isto, por si só, já seria suficiente para condená-las constitucionalmente. Entretanto, como dito, esta concepção não logrou se impor, principalmente por força da realidade de algumas instituições brasileiras.

O legislador infraconstitucional, sacudido por algum espírito iluminado, despertou de seu sono legiferante e decidiu cumprir sua missão constitucional: legislar. Veio a lume regulamentação que objetivou tolher as nomeações citadas no âmbito dos tribunais.

A Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996, dispôs em seu art. 10 que:

No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou juízo é vedada a nomeação ou designação, para os cargos em comissão e para as funções comissionadas de que trata o artigo 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao magistrado determinante da incompatibilidade.

O art. 9º da lei citada trata, inicialmente, das funções comissionadas que compreendem as atividades de Direção, Chefia, Assessoramento e Assistência.

Apesar de não se vislumbrar, à primeira vista, problemas hermenêuticos, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu editar a Resolução nº 388/97 fixando os seguintes pontos ligados à aplicação do art. 10 da Lei nº 9.421/96:

I - os órgãos da justiça do trabalho deverão seguir a exata observância da vedação, com efeitos a contar de 26 de dezembro de 1996, preservando-se apenas os atos jurídicos perfeitos de nomeação ou designação constituídos antes de sua vigência;

II - nas regiões judiciárias em que vigoravam preceitos semelhantes em leis específicas, impõe-se sua observância a partir da data de vigência, não se convalidando por esta Resolução eventuais atos de nomeação praticados em desconformidade com tais preceitos legais;

III - o termo jurisdição circunscreve-se à competência administrativa do órgão, nos termos dos arts. 96, inciso I, alínea "a" e 99 da Constituição Federal, assim a vedação atinge, no caso do Tribunal Superior do Trabalho, as funções comissionadas do seu quadro de pessoal e, no caso dos Tribunais Regionais do Trabalho, as respectivas funções comissionadas de seu quadro de pessoal, incluindo-se as Juntas de Conciliação e Julgamento da região.

IV - esta Resolução poderá ser revista e alterada se houver orientação uniformizada, nos termos do art. 19, inciso II, da Lei nº 9.421/96, emanada do Supremo Tribunal Federal, diversa da aqui estabelecida.

Tal Resolução, a bem da verdade, é mera repetição, ainda que com outras palavras, da própria Lei nº 9.421/96. Além disto contém equívocos tão grandes que chega a causar espécie. De fato, se existe uma lei legitimamente editada não se consegue entender a razão de o

TST precisar, via Resolução, dizer que ela deve ser obedecida. Por outro lado, se a lei não disse expressamente que retroagiria é porque prevalece a vetusta regra de que a lei dispõe para o futuro. Realmente não é fácil atinar com explicação razoável para tais coisas.

O certo, porém, é que a partir da Lei nº 9.421/96 não mais é possível fazer-se nomeação ou designação em desacordo com seu art. 10. Figure-se, a título especulativo, o seguinte exemplo: depois da lei citada, um tribunal de jurisdição federal, continua convivendo com nomeações de parentes de juizes do tribunal, *sem que os nomeados sejam servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias*, para cargos em comissão e funções comissionadas. Isto é juridicamente defensável? A resposta é negativa.

As nomeações - e designações - imaginadas são ilegais, uma vez que proibidas pelo art. 10. da Lei nº 9.421/96. De nada adiantará argumentar com o fato de os nomeados exercerem bem o cargo e de não se encontrarem sob as ordens diretas do magistrado determinante da incompatibilidade. A última argumentação só seria cabível se o nomeado para o cargo em comissão fosse servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias. Nesta hipótese, sim, o nomeado em tais condições apenas não poderia atuar junto ao juiz determinante da incompatibilidade mas poderia trabalhar em outro local, para efeito de subordinação.

Finalmente aconteceu o ocaso legal das nomeações e designações esotéricas. E isto demorou muito. Não se pode aceitar que um tribunal se constitua em uma grande família para efeito de distribuição de cargos em comissão e funções comissionadas para parentes de magistrados vinculados ao tribunal.

Deve-se dizer, entretanto, que se um parente de juiz vinculado a um tribunal qualquer ingressou no serviço público através de concurso e se é competente, certamente merece a chance de desempenhar um cargo em comissão ou uma função comissionada

desde que, efetivamente, não fique diretamente subordinado ao parente magistrado.

O que a lei veda não é o aproveitamento de servidores de carreira que tenham qualificação técnica, ainda que sejam parentes de juizes do tribunal até o terceiro grau, inclusive. Obstaculizou-se a continuidade do clima de festa familiar no serviço público. Que os cônjuges, companheiros e parentes de magistrados mostrem seu preparo intelectual logrando êxito nos concursos públicos. Aí, sim, terão legitimidade para exercer o cargo que ambicionam.

A outrora porta larga do cargo em comissão e da função comissionada encolheu bastante. É necessário fazer uma dieta intelectual rigorosa a fim de obter o peso ideal para se pesar na balança do concurso público. A regra sempre deveria ser esta, não o contorno discutível do certame público.

## **II - TEMA DE DIREITO URBANÍSTICO:**

- A Expropriação no Loteamento

## A EXPROPRIAÇÃO NO LOTEAMENTO

1. A Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, tem merecido encômios da parte de uns e sérios ataques da parte de outros. A literatura pertinente registra essa polêmica.

Há um aspecto dessa problemática, entretanto, que estranhamente não logrou suscitar maiores debates: trata-se do artigo 22 da citada lei. Com efeito, adotou-se para a realidade jurídica veiculada por esse artigo a confortável nomenclatura de "concurso voluntário".

A explicação é simples: o pretense loteador, ao solicitar à Prefeitura Municipal um Plano de Diretrizes relativo ao uso do solo, não estará por isso vinculado a um lotear concreto. Por outras palavras: esse pretense loteador, de posse dessas diretrizes, avaliará a oportunidade ou inoportunidade de proceder ao loteamento. Em o efetivando encontrar-se-á colhido pelo artigo anotado.

Conseqüência: feito o registro do loteamento, o Município incorpora ao seu patrimônio as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo. Há, por conseguinte, o destaque de uma parcela do imóvel loteado para o

Município. Esse assenhoreamento municipal é que doutrinariamente se qualifica como "concurso voluntário".

Ver-se-á, a breve trecho, que essa figura jurídica não é susceptível de conviver com alguns rótulos já consagrados na linguagem jurídica. Talvez por isso mesmo se tenha cunhado a esdrúxula terminologia apontada. Ao primeiro súbito de vista esse esforço doutrinário é elogiável. Entretanto, crê-se que ele padece de acentuada insuficiência teórica, razão pela qual se buscará sua substituição por outra reputada mais consentânea com as exigências científicas.

Em assim sendo, no presente estudo, tem-se como escopo introduzir a realidade incrustada no artigo 22 da Lei nº 6.766/79 dentro do círculo conceptual da expropriação.

Os juristas, não raro, cometem dois pecados contra a Ciência: de primeiro, insistem em agasalhar conceitos vetustos em realidades novas; de segundo, são obcecados por terminologias julgadas revolucionárias sem, entretanto, atentarem para a consequência teórica dessa nomenclatura.

As duas posições, enquanto categorias puras, são passíveis de objeções: o primeiro suposto perde de vista o caráter dinâmico do direito que força novas construções teóricas, ainda que se utilize uma nomenclatura já consagrada, se for o caso. Mas uma definição nesses moldes há de atender às exigências do momento histórico na qual se insere relativamente à sua elaboração. A segunda postura, igualmente, prestigia o verbalismo na Ciência do Direito, o que redundará em as palavras serem mais importantes que as teorias.

Esse quadro, entretanto, não inviabiliza uma espécie de "desmantelamento conceitual" que objetive alargar alguns conceitos considerados como inelásticos pela doutrina. Na verdade, esse dinamitar de conceitos é tarefa urgente e impostergável, notadamente no chamado campo do direito público.

2. Entende-se por "concurso voluntário" essa retirada legal de parte da propriedade a fim de incorporá-la ao patrimônio municipal. O que a doutrina buscou denominar foi precisamente essa forma de aquisição compulsória de propriedade pelo Município ocorrente no loteamento. Ela, por certo, não seria qualificável como mera limitação administrativa. Deveras, Adilson Abreu Dallari apostila a respeito:

(...) neste caso é o próprio particular que vai se utilizar de sua propriedade obedecendo aos contornos delineados genericamente pelo ordenamento normativo, não havendo, portanto, qualquer sacrifício de direito e, por conseguinte, nenhuma indenização".

(Desapropriações para Fins Urbanísticos, Rio de Janeiro, 1981, p.45).

A espécie em exame tem feição jurídica diversa: há um sacrifício de direito no que pertine com a fatia que o Município agrega ao seu patrimônio, uma vez que o loteador não mais tem disponibilidade sobre ela.

Não há que se tentar denominar o "concurso voluntário" de requisição pois neste caso "... a administração pretende obter o uso temporário do bem, quando premida por circunstâncias excepcionais e mediante indenização posterior". Ora, tendo a propriedade se incorporado ao patrimônio do Município, parece evidente a todas as luzes que não se trata de mero uso temporário.

Também não se mostra viável uma eventual confusão com a servidão administrativa "pois aqui o poder público não adquire o bem, o qual permanece no domínio do particular que apenas deve suportar um uso público, e que será indenizado apenas se desse uso lhe advier algum prejuízo". (Adilson Abreu Dallari, ob. cit., p.44).

Depreende-se, de conseguinte, que essa categoria jurídica é refratária às definições de servidão administrativa, limitação administrativa e requisição.

O substrato teórico da tese do "concurso voluntário", ao que parece, é o mesmo que atormenta o direito tributário relativamente à compulsoriedade como nota individualizante do tributo. Deveras, sustentam alguns que o tributo é compulsório no sentido de que o contribuinte não se pode correr de pagá-lo. Outros, pelo contrário, negam que essa compulsoriedade seja da essência do tributo.

Pedro Soares Martínez, doutor português da maior suposição, lavrou o seguinte asserto:

Na generalidade dos casos, porém, só é tributado quem, por um acto voluntário, se situa no plano da incidência legal, comprando, vendendo, aceitando uma herança, exercendo uma actividade, importando uma mercadoria etc.

Diante desse pressuposto o autor citado conclui que "Não será voluntária a sujeição ao imposto; mas são geralmente voluntários os factos de que aquele resulta". (Manual de Direito Fiscal, Coimbra, 1984, p.32).

Sustenta-se que na hipótese do loteamento o loteador somente sofre a incidência do preceptivo legal se efetivamente lotear. E mesmo assim depois de inscrever esse loteamento no registro de imóveis. Então, sofrer ou não sofrer essa incidência legal é decisão confinada à vontade do pretenso loteador. Basta sua abstenção para que a aludida incidência não ocorra.

Sucedede que esse argumento de índole volitiva relativamente ao loteador nem sequer pertence ao mundo do jurídico sendo, pelo contrário, metajurídico. Com efeito, esse mundo do mental interiorizado não é capaz de permitir a incidência de norma jurídica nenhuma. O ato de lotear é que realiza o descritor da norma jurídica contida no artigo 22 da Lei nº 6.766/79 e permite a existência do material jurídico pertinente, isto é, aumento do patrimônio municipal por força de lei.

Não parece crível que uma postura prejurídica sirva de sustentáculo a uma teoria jurídica. A se aceitar semelhante coisa por

sem dúvida que se estará incorrendo em confusão metodológica quanto aos planos do conhecimento. Uma coisa é uma perspectiva metajurídica. Coisa diversa é uma angulação jurídica. Isto nada mais é do que a aplicação do princípio da identidade: uma coisa é o que é.

Aparentemente esse princípio é um truísmo. Afinal algo não deixará de ser o que é. Infelizmente, porém, as coisas da Ciência não apresentam esse grau de simplicidade. Basta que se recorde o exemplo corriqueiro de doutrinadores que ao longo de seus trabalhos esquecem as premissas cravadas no princípio e concluem de modo absolutamente contraditório. Mais: desde que Hans Kelsen logrou oferecer dignidade de Ciência ao direito que não se pode aceitar o concubinato malévolos do metajurídico com o jurídico. Há que se separar as realidades. Assim, a base da teoria do "concurso voluntário" não se revela instrumento hábil para sustentar referida concepção. Há de se perquirir o momento normativo para se construir uma teoria jurídica.

3. A propriedade não mais possui hodiernamente os mesmos elásticos atributos com que foi adornada na concepção revolucionária francesa. Com efeito, a tese de que o direito de propriedade era um direito absoluto capaz de forçar seu titular contra qualquer imissão do poder público para constrangê-lo não mais subsiste.

Deveras, já um autor de tomo como Georges Ripert combatia candentemente esse conceito exclusivista: "o direito não pode ser absoluto, visto que o absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano da sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo". (citado por Hely Lopes Meirelles, *Direito de Construir*, 5ª edição, São Paulo, 1987, p. 10).

Essa tese do direito de propriedade como direito relativo, conquanto seja um avanço teórico relativamente à velha teoria do direito absoluto, ainda se ressentia de insuficiência conceptual. Realmente, a relativização proposta por Ripert tinha por escopo tão

somente abrandar o caráter absoluto da propriedade, uma vez que ela atropelava toda e qualquer consideração de índole social. Não obstante esse aspecto positivo, há um defeito grave nessa tese: confunde-se propriedade com direito de propriedade.

Esse equívoco conceptual é encontradiço em boa parte da doutrina que não se apercebeu da diferença existente. Renato Alessi foi quem desfez o engano:

La nozione di libertà individuale è concetto essenzialmente metagiuridico; la nozione di libertà entra invece nem campo giuridico, come diritto di libertà, sotto il profilo della tutela che l'ordinamento giuridico accorda all'individuo nello svolgimento delle predette attività, al fine di garantirlo da attentati da parte di ogni altro soggetto... (Principi di Diritto Amministrativo, quarta edizione, volume II, Milano, 1978, p.587).

A doutrina de Alessi pode, sem contra-indicação, ser aplicada às noções de propriedade e direito de propriedade. Com efeito, propriedade, como liberdade, é realidade metajurídica que pode ser focada sob diversos aspectos. Direito de propriedade, pelo contrário, é conceito jurídico traçado pelo próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras: a propriedade é juridicizada no momento em que o ordenamento jurídico retraça seus limites. Esses limites deônticos formam precisamente o conceito de direito de propriedade.

Ora, se direito de propriedade é aquele que tem os contornos que cada ordenamento jurídico fixa, então não se consegue entender como esses contornos conceptuais possam ser relativos. Relativista será a concepção política do legislador no momento em que faz a ponência de normas jurídicas relativas ao direito de propriedade, não o direito em si mesmo considerado.

Assim sendo, a doutrina sustentada por Ripert, embora avançada para a época em que foi elaborada, atropela o mister de ordem científica sendo, por conseguinte, inexata.

Percebendo esse descaminho teórico a doutrina mais avisada buscou aprimorar a postura relativa à problemática do direito de propriedade. Evoluiu-se para a concepção do direito de propriedade atrelado à função social da propriedade.

Impende, preliminarmente, retraçar o círculo conceptual do vocábulo princípio. Tal é necessário pelo fato de a nomenclatura jurídica registrar o uso corrente desse termo. Não obstante, ainda há quem pense que os princípios do direito somente interessam em uma perspectiva deontológica do direito. Nada mais falso.

Todo ordenamento jurídico consagra, implícita ou explicitamente, alguns desses princípios que, por isso mesmo, são reputados fundamentais ao trabalho interpretativo do jurista. Para que se aquilate a conseqüência do afirmado, é suficiente tirar a lume escólio de Jesus Gonzales Perez no pertinente aos princípios gerais do direito: "...informan la labor interpretativa y constituyen decisivo instrumento de integración". (El Principio General de la Buena Fé en el Derecho Administrativo, Madrid, 1983, pp. 19/20).

Celso Antônio Bandeira de Mello, de seu turno, deixou averbado que princípio:

É, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência... (Elementos de Direito Administrativo, 1ª edição, 6ª tiragem, São Paulo, 1987, p.230).

Dentre os vários princípios agasalhados pelo ordenamento jurídico brasileiro ressalta o chamado princípio da função social da propriedade. Esse princípio, durante algum tempo, foi entendido pela doutrina apenas como matriz de imposições negativas ao exercício do direito de propriedade. Quer-se dizer: o princípio da função social da propriedade obrigaria o proprietário a não usar a

propriedade de forma contrária a uma utilidade pública. Essa teorização sofre impugnação de Eros Roberto Grau. Para ele:

O princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade, de modo a determinar – repita-se – profundas alterações estruturais na sua interioridade. Por isso que, embora sem autorizar a supressão da propriedade privada, transforma-a em um dever. (Direito Urbanístico, São Paulo, 1983, p.67).

Passou-se, portanto, de um concepção meramente passiva respeitante ao exercício do direito de propriedade para uma postura dinâmica traduzida no dever imposto ao proprietário de dar uma função social à sua propriedade.

Esse dever ínsito à utilização da propriedade em consonância com o princípio aludido serviu de suporte teórico para que Adilson Abreu Dallari lavrasse o seguinte asserto: "De acordo com a formulação constitucional, o sistema jurídico brasileiro somente consagra, comporta e ampara o direito de propriedade enquanto e na medida em que ele estiver cumprindo uma função social". (ob. cit., p. 37).

Por sem dúvida que se está diante de uma reviravolta no que pertine com o exercício do direito de propriedade. Em momentos como esse é comum que a doutrina experimente um certo euforismo que, não raro, descamba para posições extremadas. Deveras, para prevenir comportamentos desse matiz, Carlos Ari Sundfeld sustenta que o princípio da função social da propriedade "... não justifica a violação do direito de propriedade titularizado, em concreto, por um particular. Por isto não se pode, sem desapropriação, esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo". (Função Social da Propriedade, *in*: Temas de Direito Urbanístico 1, São Paulo, 1987, p. 14).

Com efeito, se o legislador suprimisse a propriedade privada em nome do princípio da função social da propriedade, o próprio

princípio perderia sua razão de ser posto que não mais haveria sobre o que incidir. Por outras palavras: sendo a propriedade pública, por definição ela teria que ser exercitada atendendo a uma finalidade social, pelo que não se necessitaria inscrever esse princípio na constituição.

Cai a lança, portanto, averbar que a supressão a que se refere o autor citado é a total, ou seja, aquela que aniquila toda a propriedade privada. O ponto tem realce teórico.

A propriedade, como visto, teve uma escala evolutiva respeitante à sua faceta deôntica, ou seja, o direito de propriedade teorizou-se em espaço bastante estreito relativamente ao seu exercício com o auxílio prestado pelo princípio da função social da propriedade. Nada obstante, resta indiscutível que o ordenamento jurídico garante a propriedade privada. Garante-a como regra, porém permite a destruição de seus atributos *por exceção*.

O fato não deve causar espécie. Deveras, pertence à técnica legislativa esse proceder: como regra geral algo merece proteção normativa e, concomitantemente, essa proteção é retirada naquelas hipóteses julgadas relevantes pelo legislador. É precisamente o que ocorre com o direito de propriedade. Ele pode ser pulverizado de duas maneiras, segundo escólio de Adilson Abreu Dallari: ordinária e extraordinária. A primeira compreende as hipóteses de necessidade ou utilidade públicas e interesse social e a segunda corresponde àquela expropriação feita por interesse social para fins de reforma agrária (ob. cit., pp. 50/1).

Essa tipologia não é pacífica. Autores há que se batem em nome de pretensas diferenças existentes entre a expropriação por necessidade pública e a expropriação por utilidade pública. Defendem, conseqüentemente, uma diferença substancial entre esses dois tipos de expropriação. A tese não procede.

Com efeito, ao problematizar a questão, poder-se-á, ao primeiro súbito de vista, supor que se trata de diferentes realidades jurídicas considerando tão somente o ângulo semântico. Isto é um equívoco

teórico grave, uma vez que o decisivo não são os rótulos mas sim as consequências jurídicas, isto é, o regime jurídico.

Bem por isso Celso Antonio Bandeira de Mello tratou de por às claras que:

Se o que importa ao jurista é determinar em todas as hipóteses concretas o sistema de princípios e regras aplicáveis – quer seja a lei clara, obscura ou omissa – todos os conceitos e categorias que formule se justificam tão só na medida em que através deles aprisione logicamente uma determinada unidade orgânica, sistemática, de normas e princípios. A razão de ser destes conceitos é precisamente captar uma parcela de regras jurídicas e postulados que se articulam de maneira a formar uma individualidade. (Elementos ... ob.cit., p. 26).

A não individualidade que alguns autores entendem existente entre a expropriação por necessidade ou por utilidade pública é resultado de apressada exegese. Basta trazer a lume o regime jurídico dessas pretensas realidades para que se conclua ser ele único e não dicotômico. Por isso Adilson Abreu Dallari sustenta que: “qualquer distinção entre utilidade e necessidade pública é inútil, pois são tomadas como sinônimas pelo sistema jurídico” (ob. cit., p. 49).

Ordinariamente o direito de propriedade é destruído mediante a expropriação por necessidade ou utilidade pública e por interesse social. Qualquer uma dessas espécies é instrumento jurídico hábil para que o poder público adquira originariamente uma propriedade.

Extraordinariamente a expropriação é feita tendo como pano de fundo o interesse social qualificado pelo fim que se afeta ao bem desapropriado: reforma agrária.

4. Retraçar os âmbitos conceptuais de determinada figura jurídica não é tarefa das mais cômodas. Deveras, toda definição procura apanhar sempre aqueles aspectos reputados relevantes pelo seu elaborador. Daí que dependendo de convicções políticas,

filosóficas etc, ter-se-á um cipoal de definições que buscam explicar o mesmo objeto.

Nada obstante, o conceito doutrinário de expropriação ganhou foros de estabilidade. Sem outros torneios doutrinários, anote-se o seguinte escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) desapropriação é o procedimento administrativo através do qual o poder público compulsoriamente despoja alguém de uma propriedade e a adquire para si, mediante indenização fundada em um interesse público. (Elementos ... ob.cit., p. 188).

Do conceito anotado exsurgem dois pontos reputados fundamentais: compulsoriedade e indenização. A nota de compulsoriedade diz respeito à forma que o poder público lança mão para atingir a propriedade que deseja, em sua perpetuidade. Liquida, portanto, com os atributos inerentes ao direito de propriedade. A indenização tem por escopo recompor, na medida do possível, o patrimônio do expropriado. É requisito conspícuo para a doutrina, mormente na forma de dinheiro.

Conceitos como esse, entretanto, estão afinados com um tipo tradicional de expropriação. Atingem tão-somente a expropriação tipicamente administrativa. A chamada desapropriação urbanística não se enquadra dentro dessa definição. Vem a talho asserto de Federico Spantigat:

La expropiación es hoy el instrumento fundamental dirigido a obtener determinadas utilizaciones positivas de los bienes, más bien que la transmisión de los bienes de un sujeto a outro (Manual de Derecho Urbanístico, madrid, 1973, p. 375).

Na desapropriação urbanística, o que figura em linha de evidência não é pura e simplesmente a transferência para o patrimônio do poder público expropriante da propriedade expropriada, senão que uma compatibilização imposterável do

interesse particular com o interesse urbanístico “ para obtener una determinada utilización positiva de los bienes, predeterminada por el ordenamiento”. (Federico Spantigati, ob. cit., ibidem).

Há ainda uma outra nota distintiva entre a expropriação tradicional e a urbanística segundo doutrina de José Afonso da Silva:

a desapropriação tradicional é de caráter casuístico e individualizado, no sentido de que atinge bens isolados para transferi-los, em cada caso, definitivamente, para o poder expropriante ou seus delegados. A desapropriação urbanística, ao contrário, é compreensiva e generalizável ... (Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo, 1981, p. 538).

Infelizmente a doutrina brasileira, ao que parece, ainda não despertou para essa problemática. Talvez isso explique, em boa medida, porque se cunhou a nefasta expressão “concurso voluntário”. É certo que tal atende à lei do menor esforço. Mas é igualmente certo que a doutrina não deve “ceder por debilidad en los esquemas conceptuales ante el atractivo de unas posturas que se denominan políticamente avanzadas y que en realidad son científicamente ultraconservadoras”. (Federico Spantigati, ob. cit., p. 203).

Parece conveniente, por conseguinte, que se coloque às claras a realidade semântica do vocábulo expropriação, de tal modo que se entenda que ele não é unívoco. Pelo contrário, ele alberga duas realidades bem distintas: expropriação tradicional e expropriação urbanística. Nessa linha não se reputa, para efeito do presente estudo, como tendo substância teórica o conceito de expropriação tradicional. Somente apresenta interesse o conceito de expropriação urbanística, uma vez que o loteamento está dentro do chamado Direito Urbanístico.

5. Preliminarmente cumpre delimitar o conteúdo semântico do vocábulo *loteamento* presentemente utilizado. Por sem dúvida que não se fará uma análise pormenorizada do loteamento, pois isso implicaria em desbordar dos limites reputados convenientes para esse estudo. Tratar-se-á primacialmente dos aspectos urbanísticos do loteamento no sentido de se tomar em linha de evidência os requisitos que visam conformar o loteamento à Política Urbanística materializada na Lei nº 6.766/79.

O loteamento comporta primeiramente uma dimensão econômica. Deveras, ele sempre está conectado a uma aspiração de lucro por parte do loteador. Parece impensável a hipótese de alguém promover um loteamento completamente alheio ao fator lucro. Esse aspecto é, por assim dizer, a mola propulsora do loteamento enquanto categoria econômico-financeira.

Sucedo, entretanto, que não se pode admitir essa faceta do loteamento sem que ela esteja retraçada deonticamente. Por outras palavras: o particular poderá exercitar livremente essa pretensão de mais valia, porém deverá fazê-lo sem agressões aos valores considerados fundamentais para o Direito Urbanístico.

Assim, um loteamento não é feito a talante do loteador. Bem por isso há a exigência de ele, previamente, ser calçado com as diretrizes emanadas da Prefeitura Municipal. Os planos de arruamento e de loteamento, ao depois, serão analisados pela Prefeitura a fim de se evitar que os interesses do loteador colidam com os interesses normativos. Esclarece José Afonso da Silva: "É função, pois, do órgão de planejamento municipal examinar o traçado das vias de circulação do plano de arruamento, para verificar se se conforma com o plano da cidade". (ob. cit., p. 387).

O loteamento, de seu turno, também se submete a esse controle prévio de conformação à normativa urbanística. Declarando o órgão competente que o plano de loteamento não agride essa normativa, a Prefeitura, então, o aprovará.

Espraia-se por toda a lei citada uma preocupação fundamental do legislador: impedir que loteamentos desordenados, nocivos ao

espaço urbano, tenham existência. Aquela dimensão econômico-financeira do loteamento precedentemente aludida cede passo aos superiores interesses qualificados como urbanísticos. Com efeito, doutrina Hely Lopes Meirelles:

Esta nova lei, conquanto defeituosa em alguns de seus conceitos e falha em muitos de seus dispositivos, representa um considerável avanço na regência urbanística do parcelamento do solo para loteamentos e desmembramentos urbanos, dando orientação técnica para sua efetivação e meios eficazes para se coibir a conduta abusiva dos loteadores". (Direito de Construir, 5ª edição, São Paulo, 1987, p. 114).

Calha à fiveleta averbar que o ordenamento jurídico-urbanístico ao dispor que, no caso do loteamento, haverá o chamado "concurso voluntário", ele o faz não por ter interesse direto nesse acréscimo patrimonial do município, senão que exsurge como razão primeira a compatibilização desse espaço com as normas do plano diretor municipal. É portanto uma razão de índole urbanística.

Cai a lançar consignar que se não houvesse essa compatibilização a zona urbana, ou de expansão urbana, cresceria atabalhoadamente e geraria inúmeros, e na maioria das vezes insolúveis, problemas para o poder público, atropelando, conseqüentemente, os valores urbanísticos incrustados legalmente.

6. Estimular o crescimento urbano e confiná-lo a regras técnicas previamente estabelecidas, eis um dos angustiosos problemas que o poder público enfrenta. Por um lado é necessário otimizar a disposição relativa ao espaço urbano, de modo que o nível de vida se veja melhorado; de outro ângulo, essa operação necessita permanentemente de vigilância, uma vez que o particular sempre pretende se correr de determinadas restrições urbanísticas. A problemática do loteamento não escapa desses parâmetros. Toda ela se encontra informada por essa preocupação urbanística.

Esses valores urbanísticos, por conseguinte, se constituem na matriz conceptual do denominado "concurso voluntário", isto é, não se discute que a transferência compulsória de parte do imóvel loteado para o poder municipal tenha outra razão que não o interesse urbanístico. Isto, segundo se sabe, é ponto pacífico.

Nada obstante, quando se tenta qualificar essa transferência de "concurso voluntário" com respaldo em realidade metajurídica, por sem dúvida que o caminho escolhido se revela inconsistente. Nesse aspecto a tese do "concurso voluntário" é falha e merece ser reelaborada.

Acresce notar que esse assunto não constitui nenhuma novidade na doutrina alienígena. Na Espanha se fala em "cessão gratuita do solo" e na Itália há quem defenda uma "expropriação de valor". Portanto, não há nada de novo debaixo do sol. O problema todo se concentra em uma postura teórica que mumifica determinados conceitos e não admite seu dilargamento. Vale dizer: alguns retraçam certos contornos conceptuais e pretendem conformar os fatos cogentemente, como se isso fosse possível. Ocorre que tal "doutrina vinculante" inexistente.

Conveniente, por isso mesmo, colher escólio de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Como as palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas, nenhum jurista pode reivindicar para si o direito de formular uma noção que seja "a verdadeira", excludente de quaisquer outras, pois isto equivaleria a irrogar-se a qualidade de legislador, ou seja, a inculcar-se o poder (auto-atribuído) de delimitar o âmbito de abrangência de uma expressão que a lei não circunscreveu de modo unívoco.

(Elementos ... ob.cit., p. 36).

Deveras, onde está escrito na Lei nº 6.766/79 que a realidade jurídica contemplada em seu artigo 22 se chama "concurso voluntário" ? Em lugar nenhum. Por conseqüência, nenhum

doutrinador avisado pode agasalhar a pretensão absurda de ter elaborado a teoria ou a nomenclatura "certa". Isto não existe em ciência, principalmente nas complicadas Ciências Sociais.

Na doutrina estrangeira, consoante notícia Lúcia Valle Figueiredo, o ilustre Brewer-Carias, examinando o mesmo pressuposto do "concurso voluntário" brasileiro, conclui que se trata de *"verdadeiras limitações legais ao direito de propriedade, não sujeitas a indenização, apesar de seu caráter aparentemente exorbitante, porque derivam de normas gerais e abstratas, que não afetam, em concreto, nenhum direito subjetivo (...)"* (Disciplina Urbanística da Propriedade, São Paulo 1980, p. 41).

Em que pese a autoridade do autor citado, sua formulação é defeituosa: a um porque o "concurso voluntário" não se confunde com a mera limitação administrativa, o que já seria suficiente para invalidar a tese de Brewer-Carias; a dois porque não há limitação ao direito de propriedade, senão que limitação deôntica à propriedade; a três porque, ao contrário do que supõe esse autor, há a afetação de um direito subjetivo representada pelo sacrifício de direito do loteador no que diz com a área incorporada ao patrimônio municipal.

Em um primeiro giro conceptual, portanto, tem-se que o "concurso voluntário" é uma expropriação com matizes próprios. Deveras, por sem dúvida que essa expropriação cabe dentro da chamada expropriação urbanística e não na expropriação tradicional. Bem por isso doutrina José Luiz Laso Martinez:

(...) la expropiación por razón de urbanismo tiene un sentido singular, toda vez que, a diferencia de la expropiación común, la actuación de la Administración, sin salvando el pretendido principio de la subsidiariedad, tiene lugar en circunstancias muy diferentes a aquélla, puesto que no se trata de la realización de una obra pública, respecto de la cual existe una posición absolutamente única de la Administración, sino de adquirir suelo, urbanizarlo y volverlo al mercado, lo que constituye una

actividad perfectamente realizable por los particulares. (Derecho Urbanístico, tomo III, Madrid, 1982, p. 127/8).

O que caracteriza a expropriação no loteamento, em um primeiro momento, é inequivocamente a aquisição originária, pelo Município, de propriedade. Está presente, portanto, a nota de compulsoriedade, uma vez que essa aquisição é feita *ex vi legis*. Aqui termina, porém, a similitude dessa expropriação com as outras expropriações.

Um primeiro ponto divergente entre a expropriação no loteamento e as outras expropriações diz respeito à supressão da propriedade. Já se sustentou, e com acerto, que o princípio da função social da propriedade não autoriza a supressão da propriedade privada. Por isso mesmo o poder público lança mão da expropriação quando quer pulverizar essa propriedade.

Sucede, entretanto, que a expropriação incide sobre um determinado bem, de tal modo que esse bem, compulsoriamente, passa para o domínio do poder público. Isto não ocorre na expropriação existente no loteamento. O que se expropria não é o imóvel que foi loteado, senão que parte desse imóvel reputada imprescindível por razões urbanísticas. Assim, tem-se expropriação parcial, o que não ocorre com as outras expropriações. Essa parcialidade, porém, não descaracteriza a compulsoriedade da aquisição municipal e, por conseguinte, não descaracteriza a própria noção de expropriação.

O princípio da função social da propriedade, conquanto não sirva de justificação para a supressão total da propriedade privada, parece incidir na eliminação parcial dessa propriedade. Deveras, quando se faz um loteamento os interesses da comunidade na qual ele se insere têm de ser respeitados. Por outras palavras: a função social da propriedade impede que se pense em um loteamento maléfico para essa comunidade.

Mais: esse princípio reclama utilização do imóvel conforme a ordenação urbanística, ou seja, de modo a ressaltar o equilíbrio

urbanístico. Esse equilíbrio é mantido precisamente pela expropriação daquele pedaço do imóvel loteado para as finalidades previstas no artigo 22 da Lei nº 6.766/79. Quer-se dizer: o próprio princípio da função social da propriedade autoriza essa expropriação parcial, uma vez que, pelo menos no que diz com os espaços livres, não há negar o acerto do escólio de Fernando López Ramón:

Esa digna calidad de la vida conduce a afirmar que debe de conservarse la naturaleza para el hombre, aunque muy probablemente, llevaría también a desear que la intervención administrativa previera un uso selectivo de los espacios naturales. (La conservación de la Naturaleza: Los Espacios naturales Protegidos, Bolonia, 1980, p. 106).

Põe-se a descoberto mais uma aplicação do princípio da função social da propriedade no campo do Direito Urbanístico: legitimar a expropriação no loteamento.

Um segundo ponto não convergente é aquele representado pelo procedimento expropriatório. Esse procedimento somente tem existência nas outras formas de expropriação, mas não na ocorrente no loteamento. As outras expropriações reclamam duas fases para que sejam escorreitas juridicamente: uma fase declaratória, que é representada pela declaração de utilidade pública do bem a ser expropriado e outra fase de execução das providências para efetivar a expropriação pretendida. Tenha-se presente, entretanto, que esse item procedimental é anterior à Constituição Federal de 1988.

A nova Constituição Federal regulou a matéria da forma seguinte: segundo o artigo 5º, inciso XXIV, a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. Ter-se-á, então, que aguardar a nova sistemática legal para saber qual o procedimento adotado. A desapropriação para fins de reforma agrária encontra-se colhida pelo artigo 184 da nova Constituição.

A expropriação no loteamento independe desse procedimento. Faz-se tão somente pela incidência da lei. O fato não deve causar espécie pois não se trata de expropriar determinado bem.

Não há, por conseguinte, necessidade de individualizar o bem objeto da expropriação nos moldes tradicionais. Basta a previsão legal, posto que uma vez feito um loteamento a lei incidirá e ter-se-á a expropriação de parte do imóvel loteado. Isto evidentemente jamais poderia ocorrer com relação às outras expropriações, uma vez que não seria exequível lei que dispusesse que o poder público poderia desapropriar indiscriminadamente. A ocorrer semelhante absurdo, estar-se-ia diante de verdadeiro "cheque em branco" a favor do poder público o que, sem dúvida, não se compadece com os postulados do Estado de Direito. A hipótese do loteamento, entretanto, é restrita, isto é, somente haverá expropriação em havendo loteamento.

Uma terceira singularidade da expropriação feita no loteamento é relativa ao momento em que ela se consuma. Relativamente às outras expropriações, tem-se defendido que elas estarão consumadas no momento em que o poder público paga a indenização devida. Esse, portanto, o momento consumativo dessas expropriações.

Como a expropriação ocorrente no loteamento não é indenizável nos moldes tradicionais, por evidente que não será esse o momento em que ela estará consumada. Com efeito, o próprio artigo 22 da Lei nº 6.766/79 resolve a questão: esse tipo de expropriação se consumará com o registro do loteamento. Vale dizer: inscrito o loteamento no registro de imóveis o Município terá incorporado ao seu patrimônio a parte prevista no artigo citado. E isto independe de quaisquer outras providências.

O quarto ponto divergencial é materializado no delicado tema da indenização. Esse aspecto da expropriação é indubitavelmente dos mais conspícuos. Com efeito, embora essa indenização nem sempre seja feita em dinheiro, ela existe. Nem mesmo a expropriação urbanística consegue se correr dessa exigência. Bem por isso a doutrina a põe em relevo.

Cabe averbar, contudo, que a constituição federal de 1988, em seu artigo 243, *caput*, introduziu uma novidade em termos de indenização na desapropriação: as glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas sem qualquer indenização ao proprietário. Tem-se hipótese de desapropriação sem indenização contemplada em nível constitucional. Isto obrigará a doutrina a refazer suas teses no tocante à indenização como requisito inarredável na expropriação.

A forma de expropriação que se presencia no loteamento não atende a esse requisito indenizatório. Não atende, pelo menos, direta ou tradicionalmente. Assim sendo, não se reputa inteiramente acertada a assertiva de que ela não é indenizável. Há uma indenização recebida pelo loteador expropriado, embora ela fuja aos padrões ortodoxos.

Deveras, quando o particular leva a cabo um loteamento ele tem em mira o lucro que esse empreendimento gerará para ele. E esse escopo lucrativo não advém tão somente do negócio em si mesmo considerado, senão que também dos benefícios recebidos da parte pública, seja realizando obras, seja prestando serviços urbanos.

O fato é que essa atuação do poder público é responsável pelo aumento na valorização do imóvel loteado, gerando, com isso, maior perspectiva de lucro para o loteador. Nada mais justo, portanto, que diretamente o poder público não se veja constrangido a indenizar a parcela de propriedade que se destacou do imóvel loteado e ingressou em seu patrimônio.

Indiretamente, portanto, o loteador é indenizado por esse sacrifício de direito. Essa indenização é representada pela possibilidade de mais valia auferida pelo loteador em virtude da execução de obras ou prestação de serviços feita pelo poder público. A maior rentabilidade econômica do loteamento daí decorrente poderá ser qualificada como indenização da expropriação procedida.

## 7. Conclusões

I. É inadequada a nomenclatura "concurso voluntário" para designar a figura jurídica prevista no artigo 22 da Lei nº 6.766/79.

II. Essa inadequação decorre do fato de o elemento tomado em consideração pela doutrina (vontade do loteador) ser metajurídico e, portanto, não servir de sustentáculo a uma teoria jurídica.

III. O destaque de parte do imóvel loteado para ser incorporado ao patrimônio municipal é expropriação de cunho urbanístico.

IV. Essa expropriação diverge, em um primeiro momento, das outras formas de expropriação pelo fato de somente parte da propriedade privada ser expropriada.

V. Diverge ainda por independer de um procedimento expropriatório. A expropriação se opera em virtude de lei somente.

VI. O momento em que essa expropriação se consuma não é o representado pela justa e prévia indenização, mas sim pela inscrição do loteamento no registro de imóveis.

VII. A expropriação no loteamento é indenizável de forma indireta, ou seja, pelo aumento do lucro do loteador em virtude da realização de obras ou prestação de serviços pelo poder público.

VIII. O princípio da função social da propriedade legitima a expropriação ocorrente no loteamento.

### **III – TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL**

- Eficácia das Normas Constitucionais.
- Fixação de Subsídio (Emenda Constitucional Nº 19/98)
- O Conceito Ideológico de Constituição.
- Por um Tribunal Constitucional.
- Sobre a Utilidade do Preâmbulo nas Constituições.

## EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

O tema das normas constitucionais sempre ocupou os mais destacados juristas. Posições diversas surgiram no correr dos tempos, culminando com a doutrina norte americana das normas constitucionais *self-executing e no-self-executing*, sem dúvida uma das correntes teóricas de maior prestígio da teoria constitucional.

Os estudos relativos às normas constitucionais começaram a tomar corpo a partir da Revolução Francesa. Os franceses sustentaram que uma Constituição se fazia imprescindível não somente para regular o chamado poder estatal mas também para, através de verdadeiros catálogos de direitos, proteger o indivíduo contra o Estado.

Trata-se de uma noção negativa dos denominados direitos fundamentais do homem, ou seja, esses direitos foram pensados como forma de impedir que o Estado invadisse limites reputados intransponíveis relativamente à esfera de liberdade humana. Bem por isso a doutrina alemã os qualifica como *direitos negativos*.

Essa concepção evoluiria para outra de matiz positiva, no sentido de que os direitos fundamentais não mais seriam visualizados como entraves ao poder estatal, mas sim como fonte de poder jurídico de seus titulares, poder jurídico esse que dotava o indivíduo

de instrumento capaz de exigir do Estado determinados comportamentos positivos ( ou se se quiser, determinadas ações) materializados em um *facere* e não apenas em um *non facere* como sucedia com a tese dos direitos negativos.

Claro está que essa passagem de uma para outra idéia não se fez sem retrocessos e resistências. É sabido que os Estados não querem ver diminuído o poder de se imiscuir na vida daqueles que estão debaixo de seu ordenamento jurídico.

Os problemas de hermenêutica constitucional se fizeram presentes quando se buscou a aplicação desses direitos. Engendrou-se, então, uma teoria que permitia ao Estado considerar como eficaz somente aquela parte da Constituição que lhe interessasse, negando, assim, à outra parte qualquer eficácia. Não se teve a audácia, entretanto, de dizer que essa parte não eficaz da Constituição não era vigente, o que certamente seria qualificado como entendimento insano.

Nascia, então, a tese das normas constitucionais *formais* e *materiais*. Normas constitucionais formais seriam aquelas que não diriam respeito ao Estado, considerado em sua estrutura política, sendo constitucionais apenas por força de sua topologia, isto é, por figurarem no texto constitucional. As normas constitucionais materiais, pelo contrário, eram constitucionais porque veiculavam matéria de interesse estatal. Sem elas não se teria um Estado em termos jurídicos.

Essa teoria legitimou o entendimento de que as normas constitucionais materiais seriam de logo aplicáveis embora necessitassem de legislação infraconstitucional, a fim de que os necessários desdobramentos normativos fossem feitos. As normas constitucionais formais, de sua parte, foram entendidas como *normas suspensas*, isto é, caberia ao legislador ordinário tirá-las da inércia em que se encontravam a fim de integrá-las ao universo jurídico.

A tese das normas constitucionais materiais e formais encontrou sua refutação pela pena de Francisco Campos. Sustentou ele que se

se aceitasse tal concepção, estar-se-ia negando eficácia às normas constitucionais formais. Ou seja: essas normas constitucionais não seriam verdadeiras normas jurídicas. E se não tinham tal *status* jurídico, como explicar o fato perturbador de elas se encontrarem na Constituição?

A Itália, com sua florescente escola de direito constitucional, tomou outro caminho. Procurando contornar esses óbices postos a descoberto pela argumentação de Francisco Campos, a doutrina italiana delimitou os contornos da chamada *tipificação do caso concreto*. Não mais se entendia que existissem normas constitucionais materiais e formais, independentemente da experiência. Pretendia-se que somente à luz do caso concreto era possível, com base na obscura e fluída *vontade da lei*, determinar o preceito constitucional que necessitaria, ou não, de integração infraconstitucional. Adotou-se, portanto, um *procedimento tópico* na aplicação da Constituição.

É certo que essa fórmula italiana é bem mais refinada que a anterior. Mas é igualmente certo que o problema de se ter em uma Constituição normas impedidas de serem aplicadas sem o concurso do legislador ordinário, continuava em aberto.

As concepções expostas nada mais são do que corolários da famosa teoria norte americana das normas constitucionais *self-executing* e *no-self-executing*. Inverti a ordem de apresentação dessas idéias, de modo deliberado, para mostrar como uma teoria nefasta como esta ainda continua a influenciar alguns.

Isto tem uma explicação de fundo histórico. O grande Rui Barbosa, apesar de inegáveis acertos doutrinários, cometeu alguns equívocos. Talvez o maior deles tenha sido a transposição, sem uma prévia *cirurgia corretiva*, da realidade constitucional dos Estados Unidos para o Brasil, o que redundou em um Estado Federal às avessas, criado primeiro no papel sem apoio na realidade.

O que causa espécie, entretanto, é que ainda hoje se continue prestigiando uma doutrina atacada por todos os lados e que se mostrou incapaz de fornecer resposta satisfatória, fora de seu *habitat*,

para essas objeções. Talvez uma razão de índole política sirva de pano de fundo para isso: não se ignora que a nebulosa *razão de Estado* é, por assim dizer, a matriz conceptual de certos procedimentos ininteligíveis em termos jurídicos.

Felizmente a doutrina jurídico-constitucional reagiu. E essa reação veio da pena de José Afonso da Silva que em obra clássica desferiu o golpe de morte nas esdrúxulas teses precedentemente citadas. Defendeu esse autor a tese de que as normas constitucionais, inegavelmente, comportavam uma certa gradação no que diz com sua eficácia jurídica, não no que diz com sua eficácia social. Assim, era necessário elaborar uma tipologia que deixasse isso claro. Surgiu, então, a concepção das normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada. As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que não necessitam de integração infraconstitucional. As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, através da legislação infraconstitucional, sofrerão uma redução, por assim dizer, no círculo eficaz. Finalmente as normas constitucionais de eficácia limitada são as que necessitam de certa integração infraconstitucional.

O ponto louvável na doutrina de José Afonso da Silva consiste em que desapareceram as normas sem eficácia. Todas são eficazes. Variará tão-somente o grau dessa eficácia e não a própria eficácia em si mesma considerada.

Celso Antônio Bandeira de Mello, a partir das elaborações teóricas do citado José Afonso da Silva e de Celso Bastos, buscou, tomando como referencial de seu estudo *os direitos argüíveis pelos administrados*, refinar a elaboração teórica sobre a eficácia das normas constitucionais. Atendo-me ao aspecto que me interessa no momento, destaco que esse professor paulista logrou pôr a descoberto que as denominadas *normas programáticas* (expressão infeliz que serviu de suporte teórico à idéia muito difundida de que o legislador constituinte incrustava *bons conselhos* na Constituição) têm uma função jurídica relevante: conferem, de imediato, ao administrado direito a:

opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou a prática de comportamentos que os atinjam, se forem contrários ao sentido do preceito constitucional;

obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no sentido e direção preconizados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesse constitucionais protegidos por tais regras. (Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, RDP, 57/58, p.253).

Observe-se que a conclusão de Celso Antônio Bandeira de Mello tinha por suporte teórico a Emenda Constitucional nº 1/69, onde não se falava de mandado de injunção nem de inconstitucionalidade por omissão. Sua doutrina era, então, avançada para a época.

Bania-se de vez a velha e surrada tese de que a Constituição abrigava normas programáticas, uma vez que restara claro que essa postura teórica objetivava calçar a pretensão do poder público de negar eficácia a certas normas constitucionais.

Cito opinião de Rolando E. Pina: "*Estamos en contra de esta calificación de ciertas cláusulas constitucionales porque entendemos que es una estrategia de no vigencia de cláusulas constitucionales mal expresada...*" (Cláusulas Constitucionais Operativas y Programáticas, Buenos Aires, 1973, p. 25) (grifei).

Cumprir não esquecer que a aversão pelas chamadas normas constitucionais programáticas já estava cristalizada em famoso julgamento do Tribunal Federal Constitucional, da República Federal da Alemanha, que data de 29 de janeiro de 1969. O tribunal alemão, diante de um caso concreto, aplicou dispositivo constitucional julgado programático, afastando a doutrina de não aplicabilidade imediata das normas programáticas. Em 1969 essa doutrina não prosperava mais na Europa.

Não obstante, no Brasil de 1988, com a nova Carta Constitucional, assistiu-se a uma defesa impensável das normas programáticas: Parecer do Consultor Geral da República, onde se

sustentou não ser o tabelamento de juros, fixado em 12% ao ano, dispositivo constitucional de eficácia plena (artigo 192, § 3º, CF), Parecer esse difundido no final do ano de 1988.

Contra toda uma respeitável doutrina e um lendário acórdão do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, que correu mundo e vivificou os estudos sobre eficácia das normas constitucionais, ergueu-se o entendimento de um membro do Executivo Federal.

Pode-se indagar como fica o disposto no artigo 5º, inciso LXXI e no § 1º desse artigo. Quer-se dizer: para que serve o mandado de injunção previsto na Constituição? Exatamente para permitir o exercício de direitos e liberdades constitucionais negadas sob a argumentação de que inexistente norma regulamentadora. Qual a utilidade prática de se ter declarado peremptoriamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata?

Ora, ter um tabelamento de juros compatível com a capacidade econômica é direito impostergável do cidadão que não pode continuar sendo espoliado pelas instituições de crédito. Se o princípio da capacidade contributiva ganhou dignidade constitucional para regular precisamente a tributação, por que esse mesmo princípio não regularia o tabelamento de juros? Em uma economia como a brasileira, onde os índices de inflação, apesar de devidamente *expurgados*, são instáveis, por certo que não se pode esquecer das garantias devidas a essas instituições creditícias. Mas também não se deve permitir que a Constituição Federal seja atropelada.

A praga da regulamentação infraconstitucional de normas constitucionais ainda se faz sentir em outro ângulo: alguns pensam que o mandado de injunção não pode ser utilizado por falta de norma regulamentar. Diante do previsto no citado artigo 5º, § 1º, CF, a idéia é risível. De fato, se as normas que veiculam direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis, como se explica que um instrumento jurídico que tem por função assegurar o

exercício dos direitos e garantias existentes nessas normas não possa ser aplicado por falta de regulamentação?

Pretende-se, na verdade, esvaziar o mandado de injunção. A técnica é por demais conhecida: equipara-se esse mandado a uma norma constitucional dita programática e com isso ele se vê jogado no rol das *boas intenções* do legislador constituinte.

Ainda hoje a lei que deveria regulamentar os juros fixados constitucionalmente não foi votada na Câmara dos Deputados, apesar de aprovada pelo Senado Federal.

Os pretórios liquidaram o mandado de injunção na medida em que sua finalidade constitucional jamais foi alcançada.

É preciso que se diga com todas as letras: não existem normas constitucionais programáticas ou bons conselhos do constituinte. Existem verdadeiras normas jurídicas pertencentes a um texto jurídico. Com apoio na realidade normativa brasileira é forçoso concluir que os preceitos constitucionais tipo *goma* (nomenclatura francesa), além de constituírem um limite negativo à ação do legislador ordinário, limite esse capaz de inquinar de inconstitucional qualquer tentativa de ignorá-los, também dotam seus titulares de verdadeiro poder jurídico exercitável via mandado de injunção.

Urge liquidar essa tese das normas constitucionais no-self-executing. Não há mais lugar para a pretensão estatal de seccionar a Constituição Federal em partes aplicáveis e partes não aplicáveis. Não se cinde o incindível sob pena de se atropelar a lógica e, portanto, cometer erro crasso.

## FIXAÇÃO DE SUBSÍDIO (EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98)

I - A questão da remuneração no país é uma daquelas que talvez ainda mereçam a qualificação de *aporia financeira*, por assim dizer, uma vez que parece impossível, mesmo com regras expressas, fazer-se qualquer tipo de adequação responsável.

De fato, apesar de o Executivo figurar como paradigma remuneratório nas Constituições, a exemplo do artigo 37, inciso XII (antes das modificações advindas da Emenda Constitucional nº 19), o certo é que tal posição era apenas nominal diante de inexplicáveis distorções remuneratórias que freqüentavam a folha de pagamento de muitos setores públicos.

Antes da edição da Lei nº 8.852/94 o STF, sistematicamente, impedia o cômputo de vantagens pessoais no cálculo do teto remuneratório. Ao que saiba ainda não se publicou acórdão do STF que tenha enfrentado, diretamente, esta questão à luz da lei citada.

Manejava-se com absoluto sucesso uma espécie de confusão conceitual envolvendo as figuras da vantagem pessoal e da vantagem de carreira, o que rendeu bons frutos, inclusive na esfera judicial. Entretanto, convém dizer que tal confusão não tinha razão de ser na

medida em que essas vantagens surgiam em razão de supostos distintos.

Pode-se, sem prejuízo de outras visões doutrinárias, dizer, com Celso Antônio Bandeira de Mello, que “vantagem pessoal é aquela que o servidor percebe em razão de uma circunstância ligada à sua própria situação individual - e não ligada pura e simplesmente ao cargo.”

As denominadas vantagens de carreira, segundo o mesmo autor, são aquelas em que “sua percepção corresponde a um acréscimo que está associado pura e simplesmente ao cargo ou função. Qualquer que neles esteja preposto as receberá pelo só fato de exercê-los, sem que, para tanto, tenha que concorrer alguma circunstância ou incidente associável aos particulares eventos da vida funcional do agente ou às invulgares condições de trabalho em que preste sua atividade.” (Curso de Direito Administrativo, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 130).

Qual o reflexo desses conceitos no artigo 37, inciso XI (em redação anterior à Emenda Constitucional nº 19) principalmente na expressão *a qualquer título*? Certamente que isto se encontra atrelado à idéia de vantagem de carreira, ou seja, àquilo que é percebido em razão do cargo exercido. Não alcança, por consequência, a vantagem pessoal.

A Lei nº 8.852/94, entre outras coisas, construiu normativamente os conceitos de vencimentos e de remuneração (artigo 1º, incisos II e III), construção esta que permitia a conclusão seguinte: combinando-se o artigo 3º, *caput*, da lei citada com o artigo 37, inciso XII da Constituição Federal (em redação anterior à Emenda Constitucional nº 19), tem-se que no âmbito do Executivo o maior valor de vencimentos corresponderá, no máximo, a noventa por cento da remuneração do Ministro de Estado. A remuneração do Ministro de Estado serve para a fixação dos vencimentos, com subtração de dez por cento do total remuneratório.

A adequação remuneratória citada era perfeitamente possível, uma vez que os vencimentos e a remuneração eram passíveis de tal adequação (artigo 5º, *caput*, da Lei nº 8.852/94).

Não obstante, surgiram discussões judiciais em razão de o artigo 5º, inciso II da Lei nº 8.852/94, vetado pelo Presidente da República e mantido pelo Congresso Nacional, determinar a transformação em vantagem pessoal, nominalmente identificada, sujeita ao limite previsto no artigo 3º, das parcelas que excederem o montante referido no artigo 2º, aplicando-se a essa vantagem os mesmos percentuais de reajuste por ocasião das revisões ou antecipações de vencimentos, soldo ou salário básico.

Muitos defenderam a tese de que esse preceptivo legal permitia que as parcelas representativas das vantagens pessoais não se submetessem ao ajuste remuneratório, bastando que a parte que ultrapassasse o teto fosse transformada em vantagem pessoal nominalmente identificada.

A tese, claro está, apoiava-se na confusão conceitual referida precedentemente: confundia-se, de fato ou por malícia, vantagens pessoais com vantagens de carreira e vice-versa. Daí que vantagens de carreira eram utilizadas como vantagem pessoal a fim de que seus valores não fossem computados no teto remuneratório.

Sucedee, porém, que isto não chegaria a bom termo na medida em que os valores mencionados, por traduzirem vantagens de carreira, comporiam o conceito normativo de vencimentos em razão de serem percebidos em função do cargo. Eram, portanto, colhidos pelo conceito embutido na expressão constitucional *a qualquer título*.

Todavia, se se tratasse realmente de vantagem pessoal, não de vantagem de carreira, aplicar-se-ia o artigo 3º da Lei nº 8.852/94, isto é, se os vencimentos percebidos fossem superiores a noventa por cento da remuneração devida ao Ministro de Estado, far-se-ia a redução prevista (dez por cento, pelo menos), redução esta que seria considerada como vantagem pessoal nominalmente identificada.

A parcela individualizada não poderia resultar em remuneração superior a do Ministro de Estado, uma vez que os vencimentos

acrescidos desta parcela não poderiam ultrapassar o *quantum* remuneratório do Ministro de Estado.

O tema, entretanto, continuou a ser sensível, a ponto de opiniões desencontradas serem emitidas de modo *interna corporis*. Reinava, ao que parece, a confusão, real ou fabricada.

II - A Emenda Constitucional nº 19, neste sentido, foi benéfica porque optou por uma fórmula que, talvez, produza bons resultados: a da fixação de subsídio.

Com efeito, a atual redação do artigo 37, inciso XI da Constituição Federal não deixa margem para dúvidas:

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

Inúmeras conseqüências advêm deste inciso. A primeira delas diz com a mudança de paradigma remuneratório: passa a ser o Ministro do Supremo Tribunal Federal. Seu subsídio mensal, em espécie, passa a ser o teto remuneratório.

A segunda conseqüência é mais drástica, uma vez que provocará problemas judiciais. De fato, o valor do subsídio mensal do Ministro do Supremo Tribunal Federal fará com que inúmeras pessoas que recebem espécies remuneratórias de forma cumulativa tenham prejuízo real, uma vez que a somatória não poderá ultrapassar o teto. Aqui, com certeza, haverá discussão envolvendo a possibilidade de Emenda Constitucional poder, ou não, modificar situações já

consolidadas juridicamente, ou seja, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

A terceira consequência relaciona-se com a absorção das esotéricas vantagens pessoais e vantagens de carreira, uma vez que elas também não poderão ser acrescidas para efeito de ultrapassar o teto remuneratório.

Poder-se-á, então, indagar se o artigo 5º, inciso II da Lei nº 8.852/94 continua em vigor. A resposta é negativa. A parte final do atual inciso XI, artigo 37, CF é taxativa: incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. Ora, a parcela nominalmente identificada cabe dentro da categoria vantagens pessoais, não de carreira (esta última muitas vezes incorporada à remuneração do servidor com rótulos administrativos que não revelavam sua natureza jurídica), o que determina sua inclusão no cálculo do teto remuneratório.

Aliás, convém dizer que a nova sistemática remuneratória fará com que algumas fontes de renda sejam fechadas. Tome-se como exemplo o conhecido *jeton* que os membros dos Tribunais Regionais Eleitorais percebem. Os membros do Judiciário e do Ministério Público Federal não mais poderão percebê-lo em razão de ele ser absorvido pela fixação do subsídio.

O mesmo raciocínio pode ser estendido para a parcela recebida por Procuradores da República que atuam em determinadas localidades do território nacional: *auxílio-moradia*. Sim, porque a natureza jurídica desta parcela é de vantagem pessoal e, como tal, também comporá o valor do subsídio mensal.

O atual § 4º, artigo 39 da Constituição Federal tem a seguinte redação:

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra

espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Volte-se aos exemplos do *jeton* e do *auxílio-moradia*. No momento em que os subsídios dos juizes e membros do Ministério Público Federal forem fixados, os que atuarem nos Tribunais Regionais Eleitorais não poderão adicionar ao seu subsídio a parcela representativa do *jeton* porque estarão impedidos pelo § 4º, artigo 39 da Constituição Federal. O mesmo preceptivo constitucional funcionará como obstáculo à percepção do *auxílio-moradia* (pelo Procurador da República) em razão de ser considerado vantagem pessoal e, neste caso, esbarrar na cláusula *outra espécie remuneratória*.

O modificado artigo 48, inciso XV da Constituição Federal encerrou uma prática antiga em solo brasileiro, em razão de sua redação, *verbis*:

XV. fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõe os arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, 1.

De fato, cortou-se a possibilidade de os Tribunais, por Resolução, disporem sobre aumentos de remuneração. Agora somente a lei, formalmente compreendida, poderá tratar deste assunto. Entretanto, cabe advertir para perigos que poderão nascer desta disposição constitucional. Imagine-se, por hipótese, que o relacionamento entre as pessoas nominadas no inciso XV, artigo 48, CF, não seja dos melhores. Quando esta lei de iniciativa deles será editada? Nunca. Isto, infelizmente, em termos de Brasil, não é cerebrino.

O artigo 29 da Emenda Constitucional nº 19 tem o seguinte teor:

Art. 29. Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos de aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título.

A redação deste artigo criou uma dificuldade técnica incontornável. De fato, não é possível pensar-se em adequação aos limites constitucionais do valor correspondente ao subsídio, a partir da promulgação da Emenda, simplesmente porque tal valor ainda não foi fixado.

Ora, se o inciso XV, artigo 48, CF, reclama a edição de uma lei para fixar os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e se esta lei não foi editada, como tais subsídios poderão adequar-se aos limites constitucionais antes de serem fixados? Eis uma tarefa que se parece com a quadratura do círculo. Tal como ela não chegará a bom termo.

A adequação referida no artigo 29 da Emenda Constitucional nº 19 não será feita a partir da promulgação desta Emenda, como se pretendeu, mas sim a partir do momento em que os subsídios forem fixados por lei para os Ministros do Supremo Federal que, como dito precedentemente, foram transformados em paradigma.

III - A Emenda Constitucional nº 19 inaugurou uma nova forma de remuneração chamada subsídio. Subsídio, portanto, é a remuneração daqueles nominados no artigo 39, § 4º da Constituição Federal, em parcela única, sem estar adornada por penduricalhos.

O subsídio deverá ter como referencial aquele estabelecido para os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Significa dizer: até que a lei prevista no artigo 48, inciso XV, da Constituição Federal, fixe tais subsídios (para os Ministros do STF) não será possível qualquer ação.

Isto é importante porque pretendeu-se agir antes que a lei citada fosse efetivamente editada. Com efeito, consultou-se o STF sobre o maior salário pago por ele para seus Ministros, tendo-se respondido

que o valor era de 10.800,00. Acontece que este valor não levou em consideração que dois Ministros percebem *jeton* no Tribunal Superior Eleitoral, o que elevaria o valor informado.

Imaginou-se que seria possível, de posse da informação fornecida pelo STF, reduzir aquelas remunerações superiores a 10.800,00 alegando-se que elas estariam contrariando a própria Constituição Federal. A manobra, entretanto, foi abortada porque o STF decidiu, por maioria, que o artigo 29 da Emenda Constitucional n° 19 não era norma de eficácia plena (na verdade, o STF utilizou a equivocada nomenclatura norma não auto-aplicável), conclusão a que se chegou depois de se considerar que os artigos 37, inciso XI e 39, § 4º, CF, também não tinham eficácia plena.

Portanto, até este momento (21 de julho de 1998) o subsídio só existe no texto da Emenda Constitucional n° 19, uma vez que, como dito, não se editou a lei necessária à fixação dos subsídios dos Ministros do STF.

A percepção de subsídio poderá, ainda, provocar alguma discussão jurídica nos pontos seguintes: 1/3 sobre as férias e o 13º salário. Ficará difícil explicar a razão de os que continuarem a perceber remuneração também continuarem percebendo 1/3 sobre as férias e 13º salário enquanto aqueles que serão contemplados com a regra do subsídio poderão enfrentar problemas para a percepção destes dois valores. Se houver esta discriminação, talvez haja espaço constitucional para alegar ofensa ao princípio da isonomia.

E isto é assim porque não haverá inclusão desses valores na parcela única, mensal, relativa ao subsídio, o que evita a proibição contida no § 4º, artigo 39 da Constituição Federal. Ao que parece, os que forem remunerados através de subsídio poderão continuar a perceber 1/3 sobre as férias e o 13º salário.

Explicita-se, por fim, que o artigo 29 da Emenda Constitucional n° 19 é mera repetição do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, embora com palavras ligeiramente alteradas.

Ora, se o artigo 17 do ADCT já havia consignado, para efeito de adequação remuneratória, que não se admitiria a invocação de direito adquirido ou *percepção de excesso a qualquer título*, qual a razão de o artigo 29 da Emenda Constitucional nº 19 repetir, servilmente, que *não se admitirá a percepção de excesso a qualquer título*? Será que foi para melhor fixar a idéia? São equívocos como este que contribuem para desmoralizar a já combalida técnica legislativa brasileira.

Pode-se, portanto, resumir os seguintes pontos:

1. As categorias nominadas no artigo 39, § 4º, CF serão remuneradas através de subsídio mensal, em parcela única, sem acréscimo de qualquer natureza;
2. A remuneração e o subsídio das categorias discriminadas no artigo 37, inciso XI, CF não poderão exceder o valor dos subsídios fixados para os Ministros do STF;
3. A fixação dos subsídios dos Ministros do STF será feita através de lei de iniciativa dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal;
4. O artigo 29 da Emenda Constitucional nº 19 necessita, para ser implementado, da fixação dos subsídios dos Ministros do STF.

## O CONCEITO IDEOLÓGICO DE CONSTITUIÇÃO

### 1. Considerações Introdutórias

Na doutrina constitucional o termo Constituição é tradicionalmente havido como sendo designativo da lei fundamental de um determinado Estado, ou seja, a lei mais elevada de um dado ordenamento jurídico. Diante de tal entendimento poder-se-á, *prima facie*, supor que a problemática conceitual esteja razoavelmente pacificada. Nada mais falso. O termo Constituição é um daqueles termos que hoje se costuma chamar de multifacetado, ambíguo.

Com efeito, juristas de todos os quadrantes trouxeram a lume contribuições sobre o assunto. Isto levou Paulo Sarasate a anotar vinte e cinco definições dadas ao termo Constituição, o que, evidentemente, não esgota a lista de todas as definições existentes (A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1967, p.5).

A diversidade conceitual é, sem dúvida, atestado do labor intelectual dos estudiosos, o que poderia ser ressaltado como sendo o lado positivo de toda e qualquer investigação científica. No entanto, há também o lado negativo: a multiplicidade dos conceitos deixa a descoberto não somente os diversos aspectos em que se pode estudar

uma Constituição, mas principalmente a profunda divergência reinante nesse campo, o que, sobremaneira, deixa perplexos àqueles que se iniciam no estudo da matéria constitucional.

Tirante tal inconveniente, é possível o estudo da Constituição, sem prejuízo de essência, em seus diversos ângulos ou facetas. Como ponto de partida passaremos em revista, de modo rápido, os conceitos existentes sobre tais ângulos da Constituição. No particular, parece que a doutrina é acorde em emprestar ao termo Constituição três significações distintas: a sociológica, a política e a jurídica.

## I. O CONCEITO SOCIOLÓGICO DE CONSTITUIÇÃO:

Ferdinand Lassalle, cuja obra famosa, *Que es una Constitución*, trouxe uma nova contribuição para a doutrina constitucional, é apontado por todos como sendo o corifeu dessa vertente doutrinária. Em conferência pronunciada em Berlim, em abril de 1862, começa Lassalle por perguntar onde reside a natureza de uma Constituição. Depois de discorrer sobre vários aspectos da questão, no item destinado às conclusões práticas, responde que "*la verdadera constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en esse país rigem*" (ob. cit., p. 41).

José Afonso da Silva, em monografia já clássica, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed., Revista dos tribunais, São Paulo, 1982, p.10, sustenta que "Ressalvadas as posições particulares, o sociologismo constitucional fundamenta-se nas seguintes afirmações:

- a) a Constituição é primordialmente uma forma de ser, e não de dever ser;
- b) a Constituição é imanência das situações e estruturas sociais do presente, que, para uma grande parte do pensamento do

século XIX – e não somente para Marx – se identificam com situações a relações econômicas (sic);

c) a Constituição não se sustenta numa norma transcendente, pois a sociedade tem sua própria "legalidade", que é rebelde à pura normatividade e não se deixa dominar por ela; o ser tem sua própria estrutura, da qual emerge ou à qual deve adaptar-se o dever ser;

d) enfim, se, no que respeita ao direito, a concepção da Constituição gira sobre o momento de validade, a concepção sociológica o faz sobre a vigência, considerada esta como praticidade e efetividade das normas, na verdade como eficácia social da regra jurídica".

A transcrição, conquanto longa, se me afigurou como indispensável, uma vez que fornece um retrato bem feito, por assim dizer, do sociologismo constitucional.

## II. O CONCEITO POLÍTICO DE CONSTITUIÇÃO:

Aqui prepondera o pensamento de Carl Schmitt, exposto em sua clássica Teoría de la Constitución, Ed. Nacional, México, 1961. Sustenta esse autor que *"sólo es posible un concepto de constitución cuando se distinguen constitución y ley constitucional"* (p. 23). Tal premissa levou Michel Temer a doutrinar que: "Aquela (a Constituição) é a decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política (...) tudo como fruto da decisão política que é tomada em certo momento" (Elementos de Direito Constitucional, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, p.6).

Assim, o que não diga respeito à forma de Estado, à forma de governo, aos órgãos governamentais e aos direitos individuais, embora escrito na Constituição, é simplesmente Lei Constitucional.

### III. O CONCEITO JURÍDICO DE CONSTITUIÇÃO:

Sob a ótica estritamente jurídica, José Afonso da Silva encarece o conceito de Garcia Pelayo: "Um complexo normativo estabelecido de uma só vez, na qual, de uma maneira total, exaustiva e sistemática se estabelecem as funções fundamentais do Estado e se regulam os órgãos, o âmbito de suas competências e as relações entre eles. A Constituição é, pois, um sistema de normas" (citado por José Afonso da Silva, ob. cit., p. 18).

Deve-se a Hans Kelsen o ter levado tal conceito a ocupar o lugar de destaque que hoje tem na literatura jurídica. Com efeito, o ilustre Chefe da Escola de Viena, quando da elaboração de sua doutrina, elegeu como procedimento metodológico o chamado positivismo. O positivismo kelseniano, entretanto, não nega a importância da Sociologia Jurídica ou da Filosofia do Direito como pregam alguns críticos desavisados, mas tão-somente opta por uma demarcação rigorosa do campo pertencente ao jurídico, expurgando dele, elementos tidos como metajurídicos, incabíveis, portanto, na perspectiva estritamente jurídica. Isto, porém, não lhes retira o valor científico que possam ter – e efetivamente têm – como estudos em ótica diversa do fenômeno jurídico.

Kelsen, ao tratar da Constituição, a concebeu de modo bidimensional, vale dizer: em sentido lógico-jurídico e em sentido jurídico-positivo. No primeiro sentido tem-se a Constituição como sendo a norma fundamental hipotética. No segundo sentido, como a norma suprema do ordenamento jurídico-positivo.

Estas são, de modo geral, as notas relativas aos três conceitos de Constituição encontrados na doutrina constitucional. Fique claro, entretanto, que ao se ter feito menção apenas a esses três conceitos não se quer dizer que somente esses sejam os existentes em doutrina. Não. Outros conceitos podem ser encontrados. Todavia, como se teve em mira apenas um ponto de partida para a problemática específica – o conceito ideológico de Constituição – considerou-se

que os três conceitos citados eram suficientes. Feita tal ressalva, mister é que seja traçado um esboço da chamada ideologia.

## 2. Noções Sobre a Chamada Ideologia

Preliminarmente, necessário se faz uma pequena observação sobre o tema ideologia. A exemplo do que ocorre com o termo Constituição, o termo "ideologia" também se apresenta como sendo plurívoco, ou seja, tem várias significações ou conceitos. Nesse ponto se apresenta um dilema terrível para quem se propõe a lidar com termos não unívocos: qual sentido ou conceito deve ser adotado. Nada obstante, adotarei como instrumento de trabalho a linha conceitual de Marilena Chauí. Quanto a necessidade de se tecer considerações sobre o que vem a ser ideologia, tal pode ser justificado com base no fato de que não se pode pretender tentar apresentar um conceito ideológico de Constituição sem saber o que pode e o que não pode ser tido como ideológico. Vale dizer: não se pode discorrer sobre um objeto desconhecido.

Segundo Marilena Chauí o termo "ideologia" pode ser estudado sob o prisma histórico, no sentido de se lhe determinar a evolução conceitual. Assim, em um primeiro momento, o termo "ideológico" foi aplicado a alguns pensadores, Destutt de Tracy, por exemplo, com seus *Elements d'Ideologie*, e significava a atividade científica baseada na observação, na análise e na síntese dos dados observados.

Sucedo, porém, que esse entendimento seria, posteriormente, desvirtuado. Com efeito, os ideólogos franceses, que eram antiteológicos e antimonárquicos, apoiaram o golpe desfechado por Napoleão Bonaparte, que em troca do apoio recebido nomeou alguns desses ideólogos como senadores ou tribunos. Entretanto, Bonaparte não respirava o mesmo ar que bafejara os franceses na sua revolução e isto desagradou os ideólogos que, desiludidos, constataram que ele não era um liberal e muito menos um continuador da Revolução Francesa. Como, então, passassem a fazer

críticas a Napoleão, este lhes fechou a sua Academia e os tachou de "tenebrosos metafísicos", ignorantes do realismo político que adapta as leis ao coração humano e às lições da História (Marilena Chauí, O que é Ideologia, 15ª ed., Ed. Brasiliense, 1984, pp. 24-5)

Augusto Comte, em seu famoso *Cours de Philosophie Positive*, voltaria a empregar o termo ideologia, mas dessa vez comportando dois significados. Diz Chauí que "por um lado, a ideologia continua sendo aquela atividade filosófica científica que estuda a formação das idéias a partir da observação das relações entre o corpo humano e o meio ambiente, tomando como ponto de partida as sensações; por outro lado, ideologia passa a significar também o conjunto de idéias de uma época, tanto como "opinião geral" quanto no sentido de elaboração teórica dos pensadores dessa época".

Durkheim, em *Regras para o Método Sociológico*, lança as bases da Sociologia como ciência pregando a neutralidade do sujeito cognoscente frente ao objeto a ser conhecido. Isto, a bem de ver, geraria a famosa neutralidade do cientista, tese essa muito cara a Durkheim. A partir dessa neutralidade frente ao objeto a ser conhecido, entende ele que tudo que vá de encontro a tal postura científica é ideológico. Na palavra de Chauí: "Para o sociólogo cientista, o ideológico é um resto, uma sobra de idéias antigas, pré-científicas. Durkheim as considera como preconceito e pré-noções inteiramente subjetivas, individuais, 'noções vulgares ou fantasmas que o pensador acolhe porque fazem parte de toda a tradição social onde está inserido' " (ob. cit., pp. 25 *usque* 30).

Hodiernamente a ideologia é uma forma de se ocultar a verdade social. O que torna tal fato possível é a separação entre trabalhadores e pensadores, de sorte que aquele não pensa ou não sabe pensar, enquanto este não deve trabalhar, de acordo com a doutrina de Chauí.

Quanto à possibilidade objetiva da ideologia, esta tem sua origem na alienação dos homens, posto que eles se acreditam produzidos pelas condições reais de existência social, o que possibilita a inversão da realidade. Enfim, a ideologia é possível pelo

fato de ela levar os homens a aceitarem que sua vida é o que é em virtude da ação de certas entidades (a natureza, os deuses, etc). Vale a pena destacar dois tópicos – propostos por Chauí - a fim de que se possa compreender a ideologia. Em primeiro lugar, sustenta ela que "por ser o instrumento encarregado de ocultar as divisões sociais, a ideologia deve transformar as idéias particulares da classe dominante em idéias universais, válidas igualmente para toda a sociedade". Em segundo lugar, "a universalidade dessas idéias é abstrata, pois no concreto existem idéias particulares de cada classe". (ob. cit., p. 103).

### 3. O Direito e a Ideologia

Como se está a tratar de tema jurídico, penso ser conveniente que se faça uma ligeira consideração das relações entre o direito e a ideologia procurando, na medida do possível, caracterizar essas relações.

O direito, conquanto necessário à organização da sociedade, não encontrou ainda uma conceituação satisfatória, muito menos definitiva. Teorias existem em profusão que buscam resolver o problema de se saber o que é o direito. Nada obstante, todas se mostram deficientes em algum ponto, o que lhes tira a pretendida infalibilidade explicativa do fenômeno jurídico. Apesar de tal inconveniente, o Estado se utiliza do direito para normar condutas e assim disciplinar o inter-relacionamento humano, quer entre os próprios homens, quer destes para com o Estado. Necessita-se do direito para manter a sociedade coesa, entendida tal assertiva em termos jurídicos.

Por essa via, tem-se o direito como instrumento. Com efeito, em qualquer Estado há sempre uma classe dominante, embora muitas vezes se apele para fórmulas legais com o fito de encobrir tal fato, que detém o controle político. Se assim é, parece claro que o ordenamento jurídico-positivo desse Estado irá refletir as idéias vindas dessa classe dominante. Tentemos a transposição dessas

noções para o campo prático e examinemos um exemplo dos nossos dias.

Nos Estados Unidos, onde todos os monografistas e tratadistas gastam centenas de páginas no elogio às excelências do modelo democrático imperante nesse país – consagra-se a igualdade de todos perante a lei, a livre iniciativa e o respeito aos chamados direitos fundamentais do homem – existe uma classe dominante que num primeiro momento assenta no fator étnico: a classe branca. Evidente que somente a dominância étnica não seria suficiente para se ter em linha de evidência a dominação política. Ocorre, porém, que num segundo momento isto se transforma em prevalência política: como a maioria é branca, segue-se que somente os pertencentes a esse grupo étnico farão parte da elite governamental. Com efeito, no "paradigma da democracia" toda a sorte de desmandos é cometida contra a classe dominada – a negra – que se vê impotente para mudar esse estado de coisas, pelo menos a curto prazo. Verdade que existem exceções, mas pelo fato mesmo de serem exceções não servem para corporificar toda a classe a que pertencem. Sendo assim, pergunta-se: que idéias prevalecerão, que interesses serão protegidos pelo Estado? A resposta é simples: os interesse da classe dominante, no caso, a classe branca.

Do outro lado do globo ideológico estava a ex-União Soviética que se ufanava de ter promovido a ditadura do proletariado, de ter suprimido as desigualdades econômico-sociais, em suma de ter tornado a vida dos soviéticos mais feliz. No entanto, a realidade parece ser bem outra, uma vez que os membros do Politburo, considerados como detentores do poder político, conquanto exigissem dos simples mortais que se contentassem em viver sob a tutela do Estado, eles próprios, paradoxalmente, levavam uma vida diferente: tinham carros, consumiam artigos capitalistas comprados em lojas exclusivas e possuíam lugares privilegiados para veraneio.

Ao se enfocar a doutrina de Chauí, viu-se que a ideologia era ocultamento da realidade, era transformação das idéias da classe dominante em idéias universais. Em assim sendo, a mim me parece

que se está diante da famosa ideologia: nos Estados Unidos prega-se, para outros países – notadamente os da América do Sul – o respeito aos direitos humanos, enquanto dentro de si mesmo se pratica uma política de segregação racial; na União Soviética endeusava-se a paridade entre os indivíduos, enquanto os detentores do poder tratavam de se esbaldar com as delícias capitalistas ...

Tal quadro me parece idôneo para que se possa sustentar que o direito é mero condutor das idéias de determinada classe dominante. Para exemplificar basta que se observe as diferenças existentes em cada ordenamento jurídico. Certo que existem os chamados "princípios gerais do direito", cuja função é a de fornecer uma base comum a todos os direitos (ou ordenamentos jurídicos). Todavia, mesmo assim subsistem as diferenças advindas das idéias dominantes na classe que detém o poder. Tais diferenças estão longe de serem apenas de forma. Na verdade são de fundo. É difícil imaginar-se o poder legislando contra si, em atenção aos anseios da comunidade. Quando isso acontece não se tem o poder legislando contra ele mesmo, mas sim a substituição de um poder por outro que, por sua vez, tratará de veicular suas idéias para assegurar sua longevidade.

#### **4. Preliminares Doutrinárias do Conceito Ideológico de Constituição**

Vejam os agora as Preliminares Doutrinárias do Conceito Ideológico de Constituição. Com isto pretendo significar tão-somente o exame de algumas posições doutrinárias que considero mais úteis para que se possa fixar, posteriormente, o conceito ideológico de Constituição.

## I. A POSIÇÃO DE CARL SCHMITT:

Schmitt, em sua obra já citada, ao tratar do conceito ideal de Constituição, sustenta que o próprio nome "Constituição" poderá ser negado por qualquer partido político, dependendo dos interesses políticos que estiverem em jogo. Foi o que ocorreu, mais ou menos, com a burguesia liberal que em luta acirrada contra a monarquia absoluta somente admitia uma constituição " *cuando se cumplían las exigencias de libertad burguesa y estaba asegurado un adecuado influjo político a la burguesía* " (ob. cit., p. 41).

Disso resulta que dependendo do tipo de Estado, conceitos como liberdade, direito, ordem pública e tantos outros que povoam a seara jurídica – e que sempre comportam uma certa dose de imprecisão – podem variar. Com efeito, o termo liberdade, por exemplo, significa coisa diversa dentro da Filosofia Liberal Burguesa e dentro de um Estado regido pela doutrina socialista. Igualmente, em se tratando de uma monarquia absoluta, um fato que seja ameaçador da segurança pública o será em nome do absolutismo, mas certamente não o será dentro de uma República Democrática.

A partir de tais considerações formula Schmitt aquilo que ele denomina de *El concepto ideal de Constitución del Estado de Derecho*. Tal conceito é uma espécie de paradigma, por assim dizer, que norteia as Constituições a partir do século XVIII, considerando-se, a partir daí, merecedoras do nome de constituição somente aquelas que se afinem com as idéias burguesas.

Nessa linha de raciocínio, tem-se, em primeiro lugar, a Constituição como sendo igual a um sistema de normas garantidoras da liberdade burguesa, garantia essa que repousaria na conhecida divisão das Constituições em liberais e não liberais. Em segundo lugar a Constituição conteria a chamada divisão de poderes. Tal divisão se faz necessária pelo fato de ser uma " *garantia orgánica contra el abuso del poder del Estado* " (ob. cit., p. 44). Por fim é imperioso que a Constituição seja escrita. Tal requisição é tão

importante que Schmitt sustenta haver uma equiparação entre Constituição e Constituição escrita.

Para o autor em exame não parece haver dúvida de que o concito ideal de Constituição que hoje se tornou dominante é o do Estado Burguês de direito. A única exceção a ser apontada seria a Rússia Bolchevista. Finalizando, sustenta Schmitt que "*la particularidad de su ideal de constitución consiste en que com él se adopta una organización del Estado desde un punto de vista crítico y negativo frente al poder del Estado protección del ciudadano contra el abuso del poder del Estado*" (ob. cit., p. 46).

## II. A POSIÇÃO DE KARL LOEWENSTEIN:

Este autor, ao tratar da classificação das Constituições, desenvolve considerações sobre um tipo particular de Constituição que ele denomina de *Constituições Ideológico-Programáticas*. Tais Constituições, produto do constitucionalismo surgido com as idéias liberais burguesas, trataram de distribuir as tarefas estatais entre vários detentores do poder, devidamente controlados.

Sustenta Loewenstein que: "*Muchas de las recientes constituciones son tan conscientemente ideológicas, que casi se podría decir que una constitución no parece estar completa cuando no está imbuida por todas partes de una determinada ideología.*"

Relativamente ao que ele entende por uma Constituição ideológica, utiliza-se de um recurso lingüístico ao dizer que tal Constituição é, não raro, um verdadeiro "catecismo político" e não apenas indicação material para o desenvolvimento racional do processo governamental (Teoria de la Constitución, ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p. 212).

### III. OUTRAS POSIÇÕES:

Jellinek, que não escreveu especificamente sobre Teoria Constitucional, mas sim sobre Teoria Geral do Estado, dedica um capítulo de sua obra *Teoria General del Estado* à análise da Constituição. Conquanto não se ache um capítulo relativo à chamada Constituição ideológica, creio que ele pressentiu o assunto.

Com efeito, depois de discorrer sobre a Constituição francesa e sua posterior influência, sustenta que o conteúdo das Constituições nos Estados que possuem uma Carta Constitucional " *consiste en hacer notar que comprende aquélla los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, así como los fundamentos acerca del reconocimiento del derecho de los súbditos*" ( ob. cit., p. 402).

Tradicionalmente essa posição de Jellinek é enquadrada no conceito jurídico de Constituição. Todavia, estou que se pode extrair algo de ideológico dela. Quando foram anotadas as posições de Carl Schmitt e de Karl Loewenstein, notou-se que ambas acordaram em um ponto: a burguesia liberal fizera triunfar, quando em sua luta contra a monarquia absoluta, os conceitos de propriedade privada e de liberdade, conceitos esses enfatizados por Pinto Ferreira (Da Constituição, *Jornal do Comércio*, Recife, 1946, p. 27) nos termos seguintes: "Para a linguagem do liberalismo burguês só há uma Constituição quando estejam garantidas a propriedade privada e a liberdade pessoal." Sendo assim, creio que é lícito se vislumbrar na doutrina de Jellinek um certo *quantum* ideológico, relativamente à Constituição, na medida em que sublinha a existência de princípios que regulam a competência do Estado, o que, sem dúvida, implica em estabelecer freios ao poder estatal. E isto é herança do liberalismo burguês, como também o é a salvaguarda dos direitos do cidadão.

Rafael Bielsa (*Derecho Constitucional*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1959, p.49) também não se envolve especificamente com a problemática ideológica da Constituição, mas, a exemplo de Jellinek, é possível notar algum colorido ideológico em sua doutrina. Com efeito, diz o Mestre argentino que: "*Una constitución debe*

*procurar siempre la unidad moral de la Nación; toda Constitución que establece disposiciones no reclamadas por la necesidad del pueblo y la mentalidad política de la Nación es artificiosa y falsa ...*" O ideológico, aqui, está em se considerar a falsidade da Constituição que esteja em desacordo com a mentalidade política nacional e com as aspirações do povo. Isto lembra precisamente a doutrina de Schmitt no ponto onde o mestre alemão sustenta que dependendo dos interesses políticos em jogo pode-se negar o próprio nome de Constituição.

Numa visão mais abrangente creio que se pode situar o pensamento de Bielsa como sendo derivado da doutrina do liberalismo burguês. Com efeito, tal movimento visou destruir o sistema monárquico absoluto, garantindo à burguesia sua ascensão política. Para isso, entretanto, foi necessário que se transformasse as idéias de alguns burgueses em idéias do povo francês, a fim de possibilitar a formação de uma consciência política nacional, capaz de proscrever a monarquia absoluta. Isto se conseguiu veiculando idéias saturadas de conteúdo ideológico, *exempli gratia*, a liberdade de todos, os mesmos direitos para todos. Por essa via é fácil colocar qualquer sistema político ou qualquer Constituição contra as aspirações populares e contra a consciência política nacional.

Na problemática dos subsídios doutrinários para a formação do conceito ideológico de Constituição seria possível amearhar mais algumas posições. Contudo, deixo de fazê-lo por dois motivos: o primeiro é que as transcrições ficariam demasiado elásticas; o segundo, é a não especificidade dessas posições, vale dizer: não são posições que, a rigor, possam ter tidas em função do conteúdo ideológico de uma Constituição.

## **5. O Caráter Bimembre da Constituição Ideológica**

Cuidar-se-á, agora, das perspectivas política e econômica de uma Constituição, ou do caráter bimembre de uma Constituição em sentido ideológico. Por questões puramente metodológicas, dividirei

o assunto em dois tópicos: o primeiro cuidará do ângulo político e o segundo, do econômico.

## I. A PERSPECTIVA POLÍTICA DA CONSTITUIÇÃO IDEOLÓGICA:

A burguesia liberal, como já visto, pretendendo ascender ao poder, tratou de descobrir um meio de conseguir seus objetivos. Somente a classe que os historiadores denominam de burguesa – há quem não aceite o enquadramento da burguesia como classe social – por si só não lograria êxito nessa investida contra a monarquia absoluta imperante. Era necessário, então, que se contasse com o apoio do povo a fim de somar forças e alcançar a meta colimada.

Em 1762, Jean Jacques Rousseau lançou o seu famoso Contrato Social, obra destinada a arremeter seriamente contra a monarquia francesa. Com efeito, pregava Rousseau, dentre outras coisas, a unidade do Estado, o todo social quase sagrado, a soberania como sendo pertencente ao povo, a lei como expressão da vontade geral, a exclusão de quaisquer sociedades parciais. As idéias de Rousseau penetraram os espíritos ávidos de igualdade em França, preparando-os para o que viria a ocorrer em 1789.

A importância dessa obra é tamanha que Jean-Jacques Chevallier sustenta que: " Um fato é certo e decisivo. É que, em 1789, quer diretamente, quer indiretamente, por meio de numerosos escritores menos importantes que com elas se tinham alimentado, as idéias mestras do *contrato* haviam penetrado a massa dos espíritos cultos, fecundando-os, por assim dizer. A guerra na América e o aparecimento da República americana, aliás, só poderiam favorecer, pela onipotência do fato, essa penetração". (As Grandes Obras Políticas – de Maquiavel a Nossos Dias, 3ª ed., 3ª tiragem, livraria Agir Editora, Rio de Janeiro, 1980, p. 191).

Outro grande passo foi dado com a publicação de um panfleto, em 1789, intitulado "Que é o Terceiro Estado", de Sieyès. Este

panfleto nasceu em um clima de guerra, por assim dizer, entre burgueses e privilegiados. Os primeiros negando que a França tivesse uma Constituição e os segundos defendendo a existência de uma Constituição com base nas Leis Fundamentais das imunidades parlamentares. Sieyès, que pertencia a chamada Segunda Ordem (o clero), formalmente, uma vez que umbilicalmente pertencia à Terceira Ordem (os burgueses), não poderia ter tomado outra posição.

Assim, defendeu o abade francês a tese de que o Terceiro Estado abrangeria tudo quanto pertencesse à Nação. Não obstante ser tudo, até o momento, na verdade, o Terceiro Estado não era nada, uma vez que era formado pela grande massa não privilegiada que não era livre e, portanto, tinha seus direitos políticos completamente anulados. Sieyès, aqui, desfralda a grande bandeira da paridade dos direitos, sustentando que a Nação jamais seria livre se não fosse o Terceiro Estado, pois: "Não se é livre por privilégios, mas pelos direitos que pertencem a todos". (Jean-Jacques Chevallier, ob. cit., p. 197).

Finalizando a exposição que faz do pensamento de Sieyès, Jean-Jacques Chevallier conclui que "o lacônico Sieyès, com o seu 'Que é o Terceiro Estado' : tudo, 'batizara', segundo a expressão de Saintebeuve, a fase preliminar da Revolução, como haveria de batizar as fases ulteriores, até a última inclusive, antes do Brumário: 'Preciso de uma espada'. Melhor do que isto, ele lançara, com seis meses de antecedência, a grande palavra de ordem, destruidora da monarquia tradicional: o Terceiro Estado sozinho comporta uma Assembléia Nacional" (ob. cit., p. 202). Com base nessas idéias que nutriam, por assim dizer, os espíritos franceses, o quadro da revolução estava bem delineado.

Assente-se, então, que por trás da insatisfação do povo francês havia uma ideologia responsável por toda essa fermentação política: o desejo dos burgueses de ascenderem ao poder. Uma vez conseguido isso, através da revolução, a "mentalidade burguesa pedia o ordenamento escrito; pedia a clarificação verbal das relações

possíveis entre poder e poder, entre poderes e povo, entre autoridades e sujeitos: dava-se por assentado que o conteúdo –sendo racional e 'esclarecido' – serviria a todos". (Nelson Saldanha, *Formação da Teoria Constitucional*, 1ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 106).

Assim, é que se tem nos atos legislativos de 1790 e 1791, ao alto, o nome Constituição, que "visava mais designar a nova organização dada ao Estado, ainda, do que caracterizar de modo específico a norma promulgada" (Nelson Saldanha, *ob. cit.*, p. 70). A nova fachada, por assim dizer, do Estado francês foi o produto das idéias burguesas, principalmente no relativo ao credo liberal que tinha como objetivo banir a monarquia absoluta, pregando a liberdade do indivíduo e oportunidades iguais para todos (em clara oposição ao sistema estamental vigente: as chamadas Três Ordens).

Mas como se pode caracterizar a perspectiva política de uma Constituição como ideologia? Estou que se pode caracterizá-la a partir da consideração de dois pontos principais: o primeiro parte do pressuposto de que toda mudança, em termos políticos, sempre é precedida de um trabalho de disseminação ideológica, ou seja, cria-se o ambiente cultural, por assim dizer, favorável à recepção das mudanças pretendidas. E tais mudanças nunca nascem da totalidade do povo, mas sim de uma minoria que transforma suas idéias em verdadeiros dogmas nacionais, a tal ponto de se ter expressões como "o povo brasileiro quer isso", "o povo brasileiro pensa assim". Acrescente-se o fato de que o conteúdo de expressões dessa natureza dificilmente coincidirá com o real pensamento do povo, servindo antes de veículo das próprias idéias dos usuários de tais fórmulas, que, entretanto, são apresentadas como expressando o consenso do povo. Isto é agir ideologicamente, pois há um hiato entre a realidade e aquilo que se apresenta como sendo a realidade, vale dizer: é uma "falsa consciência da realidade, um real imaginário, porque construído de forma tal que coincide apenas parcialmente com o real concreto" (Luiz Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 326).

O segundo ponto apoia-se na tese de K.C. Wheare, no sentido de que " las constituciones tiendem a encarnar, a reflejar o defender las opiniones sociales de sus autores" (Las Constituciones Modernas, 2ª ed., Nueva Colección Laborí Barcelona, 1975, p. 76). Com efeito, somente por ficção se pode falar que o povo elabora uma Constituição. Na verdade isto não ocorre – e nem poderia ocorrer – à semelhança das famosas votações gregas que se faziam de viva voz, pela impossibilidade material de se reunir tanta gente em um mesmo lugar. Apela-se, então, para o instituto da representação, no qual alguns eleitos representam o pensamento dos eleitores. Mas acontece que, em sã consciência, não se pode acreditar que tais representantes realmente defenderão o pensamento de seus eleitores. Pura utopia. E no final das contas não se tem uma Constituição vazada dentro das aspirações populares, mas sim dentro do pensamento de seus autores.

Poder-se-á objetar, entretanto, que os autores de uma Constituição podem não ser os detentores do poder, o que ocorreria em uma convocação de Assembléia Constituinte, não produzida por uma revolução ou golpe de Estado, onde os constituintes, encerrado o trabalho de elaboração de uma nova Carta Constitucional, formarão o poder legislativo ordinário, ou seja, sem atribuição constituinte. Todavia, a objeção não prospera. E isto porque há de se atentar para o fato de que existem dois tipos de autores de Constituições: os autores intelectuais e os materiais. Nos regimes autoritários, disfarçados de democráticos, os autores materiais são meros executores técnicos das idéias dos detentores do poder, ou seja, apenas usarão as suas habilidades para dar forma legal às idéias políticas daqueles que efetivamente fazem as regras do jogo político. Nos regimes ditos democráticos a mão dos que detêm o poder também se faz presente, de forma difusa e às vezes indireta, mas sua ação se fará sentir pois não é o homem susceptível a distorções das próprias convicções a troco de vantagens materiais? O mundo está cheio de tais exemplos que, infelizmente, não se constituem em exceção, senão que na regra.

## II. A PERSPECTIVA ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO COMO IDEOLOGIA:

A faceta econômica de uma Constituição também se presta a um exame ideológico na medida em que a economia – ou seus mecanismos de controle – pode variar em grau e intensidade, dependendo de certos posicionamentos teóricos. Quando tinha vigência a concepção liberal do Estado, igualmente vigorava o liberalismo econômico, basicamente nos moldes propostos pela doutrina de Adam Smith. O Estado, por conseguinte, não interferia na economia, deixando que a "mão invisível" de Smith guiasse o mercado. Entretanto, verificou-se que não era mais possível que o Estado permanecesse de braços cruzados, assistindo a guerra da concorrência que já tomava corpo. Uma nova filosofia se impunha no terreno econômico: a do intervencionismo estatal. Era necessário que o Estado criasse instrumentos capazes de controlar a economia no interesse do próprio Estado e do povo. No Brasil esta tendência se fez sentir na Carta Constitucional de 1946, quando no seu art. 148 as baterias foram assestadas contra o abuso do poder econômico. Essa doutrina repressiva continuou sendo prestigiada no art. 160 inciso V da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Este é o lado que se pode chamar de histórico, da problemática econômica. O ângulo propriamente ideológico pode ser vislumbrado a partir de um exemplo fornecido pelos Estados Unidos. Com efeito, é assaz contraditória na literatura constitucional, mormente na parte histórica, a afirmação de que a Constituição Norte-Americana foi produto do povo americano, que não mais aguentando viver sob a bandeira inglesa resolveu fazer sua independência. Tal assertiva dos historiadores levou Charles A. Beard a pesquisar o assunto. Como resultado dessa pesquisa nasceu, em 1913, um ensaio denominado "An Economic Interpretation of the Constitution of the United States" ou em vernáculo: "Uma interpretação econômica da Constituição dos Estados Unidos" – que colocou por terra a paternidade popular da Constituição americana, ao sustentar que

essa Constituição foi obra de um grupo que tivera seus interesses econômicos contrariados pelo sistema de governo vigorante com a Confederação de 1777, o que o levou a elaborar uma Constituição para proteger esses interesses. Pela importância do assunto, transcrevo algumas conclusões de Beard:

- a) Los primeros pasos decididamente encaminados a la elaboración de la Constitución fueron dados por un pequeño y activo grupo de personas directamente interesadas por sus propiedades personales en el éxito de sus trabajos;
- b) Los miembros de la Convención de Filadelfia que redactaron la Constitución estaban, con pocas excepciones, directa y personalmente interesados en el establecimiento de un nuevo sistema del que obtendrían ventajas económicas;
- c) La Constitución era esencialmente un documento económico basado en el concepto de que los fundamentales derechos de propiedad privada preceden al Estado y moralmente se hallan más allá del poder de las mayorías populares;
- d) La mayor parte de miembros de la Convención hicieron constar que reclamaban para la propiedad una posición especial y defensiva en la Constitución ( K.C. Wheare ob. cit., pp. 73-4). Tais conclusões, por evidente, chocaram a alguns, tendo mesmo provocado o seguinte comentário de um ex-Presidente dos Estados Unidos: "O professor parece ter colhido os fatos certos, mas por que diabo esse idiota de uma figa havia de publicá-los?" (citado por José Afonso da Silva, ob. cit., p. 12, nota de rodapé n. 20).

Quando a doutrina de Marilena Chauí foi anotada, viu-se que através da ideologia idéias de um grupo eram transformadas em idéias nacionais. No caso da elaboração da Constituição dos Estados Unidos, à luz dos fatos colhidos por Beard, salta aos olhos o seguinte: o grupo feitor dessa Constituição, levando em consideração seus próprios interesses econômicos, tratou de assegurar-los

constitucionalmente. Mais: fez o povo norte americano pensar que os seus interesses é que haviam falado mais alto. Isto, evidentemente, não é inteiramente falso, pois na medida em que os interesses do grupo dominante eram assegurados, também o eram os interesses de todo o povo americano. Mas tal proteção era consequência, não era causa.

Nos dias que correm, a importância do econômico ressalta a ponto de já se falar em uma Constituição Econômica ao lado ou dentro da Constituição Política. Essa proeminência do lado econômico se presta para balizamentos ideológicos feitos na esteira do político. Pode-se afirmar, em um primeiro sentido, que a perspectiva econômica da Constituição é ideológica com base nos elementos já examinados, isto é, por ocasião da elaboração de uma Constituição. A esse respeito invoco a doutrina, mais uma vez, de Wheare: "*los intereses económicos desempeñan un papel en el proceso de elaboración y adopción de la mayor parte de constituciones*" (ob. cit., p. 75). Em um segundo sentido, o ideológico deriva da forma política: nas democracias a chamada livre iniciativa é assegurada pela ação dos grupos economicamente poderosos; no socialismo a economia é estatizada e planificada porque o Kremlin achava que era o melhor para o povo soviético. Tudo isso é matéria ideológica envolvendo o fator econômico. Assim, uma Constituição é ideológica, política e economicamente.

## 6. O Conceito Ideológico de Constituição

Chega-se, por fim, ao ponto central: o que é uma Constituição em termos ideológicos?

Em uma primeira tentativa conceitual pode-se dizer que uma Constituição, em sentido ideológico, é um *catecismo político-econômico*. Desdobremos a idéia. Uma Constituição ideológica é um catecismo, ou mais precisamente um guia, porquanto tem como objetivo prescrever determinadas formas de conduta ao povo. Com

efeito, essa característica "dirigista", por assim dizer, sobressai de forma impressionante, a tal ponto de se falar em "educação ideológica".

Alexandrov, em obra de divulgação do direito soviético, sustenta que essa "educação ideológica", necessária à realização da legalidade soviética, "está intimamente ligada à luta contra as sobrevivências do capitalismo na consciência das pessoas e contra a influência perniciosa da ideologia dos círculos imperialistas" (N.A. Alexandrov e outros, "O Estado e o Direito", Teoria Geral Marxista-Leninista, 1ª ed., Novo Curso Editores, Venda Nova, Amadora, Portugal, 1980, p. 159, 2º vol.). Vê-se, pois, que se trata de um verdadeiro catálogo de condutas permitidas e proibidas. Por outro lado, o mesmo fenômeno pode ser observado no lado não socialista: os democratas, não raro, banem os partidos ditos "esquerdistas" da vida política do país sob a alegação de que suas idéias (dos partidos políticos) são nocivas à ideologia democrática.

Em segundo lugar, a prescrição das condutas que interessam ao Estado é feita no plano político. Com efeito, o ângulo político é o ponto crucial da problemática ideológica, pois é nele que as mudanças de regime são operadas. Consciente desse fato, a classe dominante procura sufocar qualquer pretensão contrária ao estatuído, ou seja, qualquer ação que colida que a linha ideológica adotada pelo Estado é terminantemente proibida ou, na melhor das hipóteses, é vista com suspeição pelos dirigentes estatais.

Em terceiro lugar, tem-se o dirigismo de condutas no plano econômico como decorrência do aspecto político. Já se disse que hoje o velho liberalismo econômico desapareceu para dar lugar ao intervencionismo econômico, que, evidentemente, tem seu significado ideológico. Orlando Gomes, em tese apresentada à décima Conferência Nacional da OAB, realizada em 1984, no Recife, sustentou que se pode buscar a explicação dessa política econômica em duas faixas distintas: a primeira dessas faixas é a Filosofia do Direito. Nesta "a intervenção justifica-se pela necessidade de submeter a vida econômica aos imperativos da justiça.

A ordem econômica caracterizada por essa atitude inerente do Estado não é manifestação típica da ordem política traçada na Constituição. Os preceitos e princípios orientados nesse rumo visam a "introduzir" no fortuito domínio da economia os ditames da Justiça. A Segunda faixa é a da Sociologia Política. Aqui, a intervenção é explicada como "expressões jurídicas da tendência socializante *lato sensu* motivada pelo esgotamento do liberalismo econômico e pela decadência do sistema capitalista de produção". (ob. cit., p. 4, item 3).

Diante desse quadro creio que se pode aceitar a Constituição em termos ideológicos como um catecismo político-econômico, principalmente se se atentar para o fato de que hoje, quase como regra, as Constituições inserem dispositivos nitidamente ideológicos em seu corpo, consistente, quase sempre, na forma de Estado e na forma de Governo adotadas, bem assim na filosofia econômica "aceita" pelo Estado. Tais dispositivos não apresentam apenas caráter declaratório. Ao contrário, essa estrutura ideológica: "*Tiene un completo sentido normativo y enfrenta a la práctica constitucional con la tarea completamente nueva de enjuiciar el proceso político en su conformidad com estos valores y premissas ideológicas*" (Karl Loewenstein, ob. cit., p. 213).

Então, julgo poder dizer que uma Constituição, entendida em sentido ideológico, é um programa político-econômico aplicado dentro de um determinado Estado, objetivando a manutenção ou a mudança de uma ordem político-econômica.

## 7. Conclusão

À guisa de conclusão, apresentarei algumas proposições que pretendem oferecer uma visão sintética de meu pensamento no momento atual, lembrando, sempre, que tal pensamento poderá sofrer alguma modificação posteriormente pois a definitividade não se coaduna com o mister científico.

I. Pode-se estudar a Constituição sob a perspectiva ideológica ao lado das perspectivas sociológica e jurídica.

II. Referido estudo deverá considerar a noção de Constituição cunhada pela revolução Francesa, ou mais precisamente pela ideologia liberal burguesa.

III. A Constituição ideológica é produto de um grupo que transforma suas idéias em idéias da coletividade nacional. Segue-se, então, que se pode dizer que as Constituições expressam as concepções de seus autores.

IV. Na Constituição ideológica existem dois aspectos que podem ser estudados separadamente: o político e o econômico. A faceta política é aquela onde se desenvolvem determinadas ações objetivando a manutenção ou a mudança de uma ordem política existente. O prisma econômico é aquele onde o Estado faz valer a ideologia adotada para a condução da economia nacional.

V. O direito, enquanto instrumento normatizador de condutas relevantes para o Estado, é um condutor da ideologia do grupo detentor do poder político dentro de determinado Estado.

VI. Finalmente, uma Constituição em termos ideológicos é um *catecismo político-econômico*.

## POR UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 1. Introdução

O homem, ser gregário por natureza, sentiu a necessidade de reunião com outros homens possivelmente como forma de autoproteção.

Essa agregação social, em um primeiro momento, teve como fator determinante a necessidade de defesa frente aos animais de grande porte. Unidos, os homens poderiam enfrentar tais animais com maior probabilidade de sucesso.

Posteriormente a defesa era feita contra outros homens que, também reunidos em grupo, atacavam aqueles que eram considerados inimigos. Nascia, nesse momento, a tribo.

Cada tribo passou a ser governada por um chefe que detinha em suas mãos o poder de decisão do grupo tribal. A ele competia tomar as decisões relativas ao grupamento sob seu comando, seja no aspecto organizacional, seja no que diz com o operacional.

A noção tribal, porém, tornou-se insuficiente diante das novas necessidades humanas. Fez-se necessário alargar a base física de atuação humana com a conseqüente implantação de um outro tipo de organização interna do grupo.

A forma encontrada foi o Estado que, teoricamente, deveria ser concebido como uma espécie de ente imaterial responsável pela direção da vida social.

Nos primórdios do Estado, porém, ele não foi claramente distinguido da pessoa do governante, de modo que, não raro, havia confusão com o aparelho estatal. Estado e governante eram duas realidades distintas reunidas em uma só, de tal modo que a coroa e o monarca se tornavam a mesma coisa.

O centro de decisão continuava enfeixado nas mãos de um único homem. Sua vontade era a lei que disciplinava as relações intersubjetivas ocorrentes entre os súditos e entre eles e o Estado.

O arbítrio governamental era a única fonte jurídico-política do Estado. O governante era irresponsável pelos atos que praticasse nessa condição, mesmo que lesivos ao estado.

Essa irresponsabilidade governamental, mesmo sendo uma realidade nos Estados antigos, foi legitimada através da concepção de uma teoria que se prestasse para explicar tal estado de coisas.

Engendrou-se a denominada *teoria do direito divino* para se sustentar que o monarca era um representante da divindade na terra encarregado de fomentar e zelar pelo bem da comunidade. Por isso deveria ser irresponsável perante os homens na terra. Sua ação guardava estrita correlação com a vontade divina, pelo que não poderia ser questionada por seres ignorantes e limitados como os súditos.

Esse caminho permitiu a prática de toda sorte de desmandos. Os súditos foram compelidos a uma existência aviltante relativamente a outra classe que compunha também a sociedade: a nobreza. Os plebeus trabalhavam para sustentar as extravagâncias dos nobres que nada mais faziam do que viver na ociosidade.

Em França, onde vigorava uma concepção estamental da sociedade – as denominadas *três ordens* – a monarquia absoluta mantinha essa pirâmide social com todas as forças. Para ela não interessava que a plebe começasse a ter idéias absurdas de paridade com a classe nobre.

Surgiria para subverter tal quadro a figura legendária de Sieyès através da publicação de um panfleto denominado *O que é o Terceiro Estado?*

Nasceu ele no seio da *terceira ordem* – representada pela burguesia – tendo optado pela vida religiosa. O clero, por essa época, formava a *segunda ordem* da pirâmide social em França. O abade francês, portanto, foi guindado para uma ordem superior àquela que tinha por berço.

Sieyès, entretanto, passa a defender os interesses burgueses na medida em que sustenta que o *Terceiro Estado*, ou seja, a burguesia, era tudo, pois representava toda a nação francesa.

Apesar de ser tudo, até aquele momento o *Terceiro Estado* não havia conseguido ser nada, principalmente por culpa das prerrogativas concedidas aos nobres e ao próprio clero.

Bandeiras como a de que todos nasciam iguais, dotados das mesmas condições para o exercício do poder estatal, facilmente sobrepujariam as desigualdades observadas nas condições econômicas e no ambiente de nascimento e seriam aceitas tranqüilamente pelo povo francês, sedento de idéias igualitárias.

Disso se aproveitou a burguesia – interessada em ascender ao poder – para patrocinar a difusão das idéias carregadas de promessas de justiça a fim de solapar os pilares da monarquia absoluta.

A receptividade demonstrada pelos franceses foi tamanha que a ebulição política fez com que a monarquia constataste que não dispunha de meios para reverter o quadro em seu favor.

O ocaso do sistema monárquico se fazia visível nos horizontes franceses. A burguesia, paulatinamente, ganhava terreno em sua luta contra a nobreza, insuflando todos aqueles que sonhavam viver em um Estado mais justo. A monarquia, desesperada, agonizava impotente para deter o desfecho fatal.

Eclode, por fim, a revolução. E com ela novas perspectivas viriam como caudatárias dos conceitos defendidos por Sieyès e, até certo ponto, por Rosseau.

Rousseau pregava que a lei é a expressão da vontade geral. Essa idéia foi tão importante que somente após a sua absorção pela técnica legislativa, conjuntamente com o entendimento de que a constituição deveria ser vista como uma espécie de lei geral da organização política, foi possível o desenvolvimento do conceito moderno de constituição.

Esse conceito dito moderno de constituição diferia fundamentalmente daquele empregado nas Declarações de Direito. De fato, falava-se, em tais Declarações, "em constituição de modo um tanto ambíguo, ora tomando-se o termo no sentido de estrutura social e política, ora no de lei fundamental garantidora de todos e estabelecida pela nação".

Pode-se entender, através dessa colocação do problema, que o parágrafo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de setembro de 1791, não era precisamente um conceito de constituição mas sim uma "receita de constituição - separação de poderes mais garantia de direitos - e ao mesmo tempo implicava um critério distintivo para as sociedades políticas: ter, ou não ter constituição". (Nelson Saldanha, Formação da Teoria Constitucional, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p.70).

## 2. A Supremacia da Constituição

Na doutrina constitucional o vocábulo *constituição* é tradicionalmente entendido como a lei fundamental de determinado Estado, isto é, a lei mais elevada de um dado ordenamento jurídico. Entretanto, o problema conceitual não se encontra resolvido em razão da ambigüidade do termo constituição.

Juristas vários já se debruçaram sobre o assunto e produziram sua contribuição, o que levou Paulo Sarasate a anotar vinte e cinco definições dadas à palavra constituição (A Constituição do Brasil ao Alcance de Todos, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967, p.5).

A diversidade conceitual é, sem dúvida, atestado do labor intelectual dos estudiosos, o que pode ser havido como o lado positivo de toda e qualquer investigação científica. Há, por outro lado, um aspecto negativo: a multiplicidade dos conceitos deixa a descoberto a profunda divergência reinante nesse campo, o que sobremaneira causa perplexidade àqueles que se iniciam no estudo da problemática constitucional.

Tirante tal inconveniente, é possível estudar uma constituição, sem prejuízo de essência, sob vários ângulos ou facetas. Parece haver acordo em que esses ângulos são os seguintes: sociológico, político e jurídico.

Ferdinand Lassalle é apontado por todos como sendo o corifeu da vertente teórica denominada de sociológica. Indaga ele, em conferência pronunciada em Berlim, abril de 1862, onde reside a natureza de uma constituição. Responde sustentando que *la verdadera constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en esse país rigen*. (Que Es Una Constitución, Ediciones Siglo Veinte, Buenos Aires, s/d, p. 41).

José Afonso da Silva, tratando do denominado conceito sociológico de constituição, doutrina que:

Ressalvadas as posições particulares, o sociologismo constitucional fundamenta-se nas seguintes afirmações:

- a) a constituição é primordialmente uma forma de ser, e não de dever ser;
- b) a constituição é imanência das situações e estruturas sociais do presente, que, para uma grande parte do pensamento do século XIX – e não somente para Marx – se identificam com situações a relações econômicas (Sic);
- c) a constituição não se sustenta numa norma transcendente, pois a sociedade tem sua própria "legalidade", que é rebelde à pura normatividade e não se deixa dominar por ela; o ser tem sua própria estrutura, da qual emerge ou à qual deve adaptar-se o dever ser;

d) enfim, se, no que respeita ao direito, a concepção da constituição gira sobre o momento de validade, a concepção sociológica o faz sobre a vigência, considerada esta como praticidade e efetividade das normas, na verdade como eficácia social da regra jurídica". (Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2ª ed., São Paulo, Revista dos tribunais, 1982, p. 10).

O grande nome do conceito político de constituição é Carl Schmitt. Entende ele que "sólo es posible un concepto de constitución cuando se distinguen constitución y ley constitucional" (Teoria de la Constitución, México, Editora Nacional, 1961, p. 23).

Michel Temer, expondo a doutrina de Carl Schmitt, sustenta que "Aquela (a constituição) é a decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política (...) tudo como fruto da decisão política que é tomada em certo momento" (Elementos de Direito Constitucional, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 6). O que não diga com a forma de Estado, com a forma de governo, com os órgãos governamentais e com os direitos individuais, embora escrito na constituição, é apenas lei constitucional.

Deve-se, entretanto, a Hans Kelsen o fato de o conceito jurídico de constituição merecer certo destaque na literatura jurídica. O ilustre chefe da Escola de Viena elegeu como procedimento metodológico o chamado positivismo – ou método normológico, como preferem alguns – que não chega a negar a importância de outras investigações do fenômeno jurídico (por exemplo, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito), como pretendem alguns desavisados, mas somente opta por uma demarcação que se pretende rigorosa no campo jurídico, de modo que se expurguem elementos reputados metajurídicos por incabível na perspectiva estritamente jurídica.

Kelsen concebeu a constituição de modo bimembre, ou seja, em um sentido lógico-jurídico e em sentido jurídico-positivo. No

primeiro sentido apontado a constituição seria a norma fundamental pensada, ou grande norma, concebida para dar sustentação gnoseológica à constituição em sentido jurídico-positivo. Esta, de seu turno, seria a norma suprema do ordenamento jurídico, de sorte que fundamentaria e validaria toda a legislação que lhe fosse inferior.

Entretanto, foi a partir da elaboração do conceito jurídico de constituição que uma possível supralegalidade constitucional teve condição teórica de ser pensada.

Entendida a constituição como um conjunto de normas jurídicas destinadas a balizar os contornos jurídicos do Estado, cogitou-se de atribuir a esse produto do poder constituinte originário uma certa eminência relativamente às normas que lhe fossem posteriores em razão de serem manifestação já do poder constituído.

Pinto Ferreira sustentou que:

"As regras constitucionais são dotadas de uma superioridade evidente com respeito às demais normas jurídicas da coletividade estatal. Essa graduação das normas jurídicas se justifica a contento, a fim de melhor manter a estabilidade do grupo político, criando-se os elementos basilares de sua constituição, da qual dependem os fundamentos do direito público e privado". (Da Constituição, *Jornal do Commercio*, Recife, 1946, p.61).

De fato, a constituição cuida precisamente daqueles aspectos considerados mais eminentes para a organização do Estado. Mas não somente desses ângulos diz o texto constitucional na atualidade, uma vez que "no seu conteúdo estão presentes as regras fundamentais de todo o sistema de relações sociais, econômicas e culturais daquele grupo, não sendo simplesmente o código da estrutura política" (Palhares Moreira Reis, *o Estado e seu Ordenamento Jurídico*, 2ª ed., Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Editora Universidade, 1979, p. 116).

Fixada a supremacia da constituição sobre as outras normas jurídicas, duas conseqüências surgem: o controle de constitucionalidade das leis e o procedimento de reforma constitucional.

### **3. O Controle de Constitucionalidade das Leis**

O tema do controle de constitucionalidade das leis guarda alguma relação com a doutrina da divisão do poder estatal na medida em que a partir dessa divisão foi possível fixar áreas competenciais pertencentes prevalentemente a cada uma das funções estatais.

Essas faixas de competência sobrevivem por força do sistema de freios e contrapesos inserto na Constituição norte-americana, sistema esse que estabelece como que uma desconfiança entre as funções estatais a fim de que uma vigie a outra como forma de evitar possíveis invasões de competência.

O Estado, por outro lado, procura impedir que produtos legislativos viciados passem a fazer parte do ordenamento jurídico a fim de não perturbar sua coerência.

O Executivo e o Legislativo possuem mecanismos de atuação preventiva no campo da constitucionalidade. O primeiro dispõe do poder de veto para fulminar categoria legislativa que revele desconformidade com a constituição ou que contrarie interesse público, enquanto o segundo é estruturado em comissões que se destinam basicamente à emissão de parecer sobre os projetos de lei apresentados, com destaque para a Comissão de Constituição e Justiça.

Conseqüência: somente projetos de lei se submetem ao controle preventivo de constitucionalidade.

O controle supressivo, por sua vez, é destinado no caso de supressão de normas jurídicas do ordenamento jurídico que tenham colidido com a constituição. Tal missão pertence ao judiciário.

O controle de constitucionalidade das leis feita pelo judiciário tem feição bímembre: incidental e por ação. O primeiro é feito à luz do caso concreto e com valor reduzido às partes; o segundo comporta a declaração da inconstitucionalidade em tese, isto é, independentemente de um conflito concreto submetido à apreciação judicial.

Controlar a constitucionalidade pela via de ação é tarefa que costuma merecer dos especialistas a qualificação de política. Obviamente não se trata de política partidária, mas sim de política como arte de perceber o que é melhor para a *res publica*.

Os julgamentos, nesse terreno, não podem ser inteiramente técnicos, dizem os doutores. O técnico há de se entrelaçar com o político para que tenha, em determinado momento histórico, uma decisão compatível com o estágio e o interesse da sociedade.

Essa plasticidade que envolve o julgamento da constitucionalidade no plano abstrato sempre foi pano de fundo para que alguns propugnassem por um Tribunal Constitucional que teria como tarefa a delicada missão de avaliar essa constitucionalidade das leis. Alguns países optaram pela criação do que também se denomina Cortes Constitucionais.

Registro, entretanto, que há quem defenda que a divisão feita entre via de exceção e via de ação não procede. Assim, Themistocles Brandão Cavalcante escreveu sobre a desnecessidade de se distinguir entre uma e outra pois:

O que se discute, na ação ou na exceção, é, na realidade, a possibilidade da sobrevivência de um ato da administração ou de uma lei, diante de um conflito do seu texto com a constituição.

Conclui o mesmo autor:

Não se trata sequer da existência ou inexistência do preceito legal ou do ato diante da Constituição, mas da possibilidade da sua aplicação, da sua vigência com força executória diante de

uma norma superior que impede a sua aplicação. (Do Controle da Constitucionalidade, Rio de Janeiro, Forense, 1966, pp. 66/67).

#### 4. O Perfil Constitucional do Supremo Tribunal Federal

Na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o Supremo Tribunal Federal tinha uma intervenção originária (artigo 119, inciso I), uma através do recurso originário (artigo 119 inciso II) e uma em grau de recurso extraordinário (artigo 119, inciso III).

Tripartia-se a competência do STF. Sua competência originária certamente foi fixada à luz de consideração envolvendo certos lugares políticos do setor estatal. Costuma-se dizer que se pretege a função em si mesma considerada e não seu ocupante, posto que transitório.

A competência recursal foi cindida, de modo que faziam praça os recursos ordinário e extraordinário. O recurso ordinário necessitava apenas invocar a sucumbência para ser exercitado. O recurso extraordinário, entretanto, assentava-se em outros pressupostos que não apenas o da sucumbência.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece:

o recurso extraordinário tem uma função altamente política, motivo por que não presume apenas, mas também, o sucumbimento. Com efeito, o cabimento do recurso extraordinário pressupõe, além do sucumbimento em causa decidida em última ou única instância por Tribunal, a verificação de uma das hipóteses enunciadas na alínea deste item (refere-se às alíneas do inciso III do artigo 119, CF então vigente). (Comentários à Constituição Brasileira, 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 1983, p. 479).

A área jurídica representada pelo recurso extraordinário permitiu que Waldemar Martins Ferreira afirmasse, quanto à atuação do STF, que:

Exercita este, em casos tais, a sua grande função jurisdicional, de cunho eminentemente político, como guarda indefectível do federalismo, pugnando pela supremacia da Constituição e das leis federais ( História do Direito Constitucional Brasileiro, São Paulo, Editora Max Limonad, 1954, p. 351).

Admitia-se, sem maiores torneios teóricos, a existência de funções estritamente técnicas e de funções mistas dentro da órbita competencial do STF.

Era natural que o STF tivesse como uma de suas funções a guarda da Constituição, uma vez que é o órgão de cúpula do Judiciário. Essa missão de guardião da Constituição é exercida, basicamente, pela declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos.

Defende a mesma tese Pinto Ferreira:

Característica é, pois, a missão do STF, um verdadeiro guarda da Constituição (...). Incumbe-lhe esta missão importante de declarar a inconstitucionalidade das leis; é o supremo revisor da leis, pois as interpreta de acordo com as suas convicções, já que, no fundo, o nosso direito constitucional é o que o STF diz que ele realmente o é. (Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, 6a. ed., São Paulo, Saraiva, 1983, 1º vol., p.112).

O STF, ao lado do controle de constitucionalidade das leis, exercia uma outra função ligada à defesa do direito federal: interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (artigo 119, inciso I, alínea 1).

Cabia ao Procurador Geral da República pedir a interpretação da lei ou do ato normativo federal ou estadual, interpretação essa que se fazia *em tese*, isto é, independentemente de conflitos concretos envolvendo a lei ou o ato normativo objeto da interpretação. Sustentou-se que essa interpretação teria função preventiva quanto a eventuais demandas.

José Frederico Marques, por outro lado, enxergou nessa função do STF uma "atribuição bastante anômala" (A Reforma do Poder Judiciário, 1º vol., São Paulo, Saraiva, 1979, p. 325).

Procurou-se estabelecer alguns critérios que balizassem esse pedido de interpretação a fim de evitar que o STF fosse transformado em órgão consultivo, o que naturalmente lhe deformaria a feição jurisdicional.

O citado José Frederico Marques, por exemplo, entendeu que o STF somente deveria proceder a essa interpretação da lei ou ato normativo, federal ou estadual,

quando sua aplicação jurisdicional, por qualquer motivo, o estiver exigindo. Nesse caso, haverá interesse legítimo em ser apresentada a representação, pois com isto se antecipa e se provoca uma função que o Supremo Tribunal exerce quando atua sobretudo na área recursal: o de uniformizar a aplicação da lei e a jurisprudência (ob. cit., p. 344).

Michel Temer, de seu turno, sustentou que:

o Supremo Tribunal Federal apenas conhecerá os pedidos de interpretação se, em razão da aplicação da lei ou ato normativo, puder resultar lesão à segurança, à saúde, à ordem e às finanças públicas. Ou, ainda, se o enunciado legal representar abalo aos princípios regentes do sistema constitucional (ob. cit., p. 38).

Após a edição da Constituição Federal de 1988 houve uma espécie de concordância no sentido de que, finalmente, o STF havia sido transformado em Corte Constitucional. Com o respeito devido às posições contrárias, assim não penso.

É verdade que o controle do direito nacional e do direito federal mereceu maior atenção em razão da criação do Superior Tribunal de Justiça que, precipuamente, tem como missão cuidar do direito federal. Cabe ao STF controlar o direito nacional.

O controle abstrato de constitucionalidade ganhou nova feição com a introdução da ação direta de declaração de inconstitucionalidade por omissão e com a criação da ação declaratória de constitucionalidade.

Preservou-se, naturalmente, a importante função de guardar a constituição contra eventuais distorções cometidas pela legislação infraconstitucional. O modelo importado dos Estados Unidos, em essência, restou intocado.

Por outro lado, também não existe dúvida de que houve a redução da competência do SFT para *matéria constitucional*, cabendo-lhe precipuamente a guarda da Constituição.

A questão, entretanto, consiste em se saber se essa mudança no leque de competência do STF, a fim de que ela diga com matéria constitucional, é suficiente para qualificá-lo como Corte Constitucional.

Tenho para mim que não. Cito no particular José Afonso da Silva que também não concebe o STF como verdadeira Corte Constitucional pelas seguintes razões:

Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo porque o modo de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão

constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades. (Curso de Direito Constitucional Positivo, 9a. ed., 4a. tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 484).

Existem, portanto, dois óbices à caracterização do STF como Corte Constitucional: o controle de constitucionalidade difuso e a forma de recrutamento de seus membros.

## **5. A Necessidade de um Tribunal Constitucional**

A primeira modificação que se faz necessária é a relativa ao controle difuso da constitucionalidade. Se se pretende ter uma Corte Constitucional, a ela deverá caber toda a competência que diga com esse tema, de modo concentrado.

Comungo com o autor citado no que diz com a inexecutabilidade de se ter uma Corte Constitucional concomitantemente com o sistema difuso de controle da constitucionalidade das leis. E isto é assim porque, neste caso, haverá impossibilidade de convivência normativa de um juízo pertencente à Corte Constitucional com outro advindo de uma jurisdição inferior.

Poder-se-á objetar que a existência da ação declaratória de constitucionalidade resolve o problema. Isto, entretanto, não corresponde à realidade pela singela razão de que só haverá vinculação se o STF julgar procedente, no mérito, essa ação. Logo, antes desse julgamento positivo a jurisdição inferior estará livre para exercer o controle difuso. Onde, então, a solução do problema? Certamente que na criação de uma Corte Constitucional.

A idéia, apesar de fundamental, não é nova no Brasil. José Luiz de Anhaia Mello, por exemplo, em 1968, bateu-se pela criação de uma Corte Constitucional que tivesse competência para dizer de toda a matéria constitucional. A originalidade de sua tese consiste no fato de essa Corte Constitucional não integrar o Judiciário, mas sim de ser uma espécie de *quarto poder* do Estado.

Tal concepção toma por base o tipo de julgamento proferido por uma Corte Constitucional, que o autor entende diferente do julgamento de um determinado caso concreto, o que o faz sustentar que:

Entendemos ser mais lógico que esse tipo de julgamento seja proferido por órgão fora do Judiciário e fora dos três poderes clássicos. Daí a idéia do Poder Moderador.

Esse tipo de atividade, por ser muito mais completo e insinuante, aproxima-se mais dos poderes que têm o governo e o legislador. É uma atividade discricionária ligada à Constituição e equitativa, presa ao ambiente político, o que não se coaduna bem com as atribuições e competências do Poder Judiciário, ainda que se necessite, como se reconhece sempre, dos ritos e dos atos comuns à justiça em geral (Da Separação dos Poderes à Guarda da Constituição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, p. 232).

O direito comparado mostra que em muitos países existe uma Corte Constitucional e isto não criou problemas na área jurisdicional. Pelo contrário, os problemas foram minimizados em razão da divisão do trabalho resultante da competência dessa Corte.

Tendo-se presente que o julgamento envolvendo inconstitucionalidade de uma lei é misto, no sentido de comportar valorações técnicas conjugadas com políticas em sentido amplo, o que interessa às funções estatais e não apenas ao Judiciário, entendendo que a composição e o modo de recrutamento de seus membros deveria merecer atenção.

Defendo uma composição com pessoas ligadas às funções estatais - Executivo, Legislativo e Judiciário - de modo proporcional, ou seja, o mesmo número para cada uma dessas funções. Assim, por exemplo, quatro indicados pelo Executivo, quatro pelo Legislativo e quatro pelo Judiciário.

Isto se explica em razão de um julgamento constitucional interessar ao Estado e não apenas a determinado setor estatal. Daí a participação das três funções estatais.

Os representantes do Executivo seriam indicados pelo Presidente da República; os do Legislativo deveriam ser eleitos pelo Congresso Nacional e posteriormente indicados pelo seu Presidente. Finalmente os representantes do Judiciário seriam eleitos entre os juizes do STF ou de Tribunal equivalente, sendo igualmente indicados pelo Presidente desse Tribunal.

O mandato seria de três anos, proibida a recondução. Impede-se o vazo comum de autoridades pretenderem se eternizar nos cargos que ocupam, como se isto não fosse transitório.

Não haveria retribuição pecuniária como contraprestação do serviço prestado. Seria ele uma espécie de *munus publico*. Isto afastaria aqueles que são incapazes de pensar no bem-estar do país, de forma desinteressada.

Entendo, com Anhaia Mello, que a Corte Constitucional não pode estar inserida dentro da estrutura de nenhuma das funções estatais. Deverá ela ser autônoma sob pena de ser sufocada por alguma estrutura administrativa assazmente conhecida no Brasil.

Finalmente, seus julgamentos, que produzam pronunciamentos positivos ou negativos, deverão vincular todos, sem distinção.

Anote-se, ainda, que a existência de uma Corte Constitucional não briga com o controle prévio de constitucionalidade feita pelo Legislativo, uma vez que esse tipo de controle apanha apenas projetos de lei e não lei formalmente acabada.

## 6. Conclusão

1. A função jurisdicional, no Brasil, implica também em mister misto, isto é, julgamentos que não são exclusivamente técnicos.
2. Tais julgamentos dizem com a guarda da Constituição e devem ser de competência de uma Corte Constitucional.
3. A Corte Constitucional deverá ser constituída por doze membros, sendo quatro do Executivo, quatro do Legislativo e quatro do Judiciário.
4. O mandato será de três anos, vedada a recondução.
5. Não haverá remuneração pela prestação do serviço.
6. A Corte Constitucional não pertencerá à estrutura administrativa de nenhuma das funções estatais.
7. O controle difuso de constitucionalidade das leis deverá sumir do sistema jurídico brasileiro.
8. As decisões da Corte Constitucional vincularão indistintamente as funções estatais.

## SOBRE A UTILIDADE DO PREÂMBULO NAS CONSTITUIÇÕES

### I. Introdução

A temática constitucional permite ao estudioso, em razão de sua vastidão, abordá-la de modo global ou de forma setorial, tudo dependendo do tipo de estudo que se tenha em mira desenvolver.

Adotando-se como objeto de estudo a Constituição tem-se a possibilidade de ela ser objeto de várias cogitações conceituais ou estruturais.

A literatura especializada é composta de obras que a estudam como um todo e de obras que apenas se interessam por uma de suas facetas.

O preâmbulo é uma das partes em que se pode dividir a Constituição para efeito didático. Não obstante, parece não ter despertado maior interesse dos estudiosos que, não raro, dedicam-lhe apenas linhas telegráficas apesar de enaltecerem sua importância como elemento importante na interpretação constitucional. A inclusão de um preâmbulo na Constituição lembra, até certo ponto, a divisão dos códigos brasileiros em duas partes: uma geral e outra especial.

Clóvis Beviláqua copiou dos alemães, especificamente do BGB, essa disposição topográfica da matéria relativa a uma codificação. Tal divisão, apesar de combatida por muitos juristas, permaneceu incólume e influenciou o nosso Código Civil.

O preâmbulo encontra exemplo paradigmático na Constituição norte americana onde foi introduzido com o objetivo de explicar a concórdia do povo com a própria Constituição bem como para, artificialmente, atribuir ao povo a feitura mesma dessa carta constitucional. Materialização formal de que o povo é soberano, é o titular do poder constituinte.

Não obstante, não se infira que estou sustentando a paternidade dos norte americanos quanto à idéia de colocar um preâmbulo na Constituição. A menção feita tem explicação no fato dessa Constituição ter servido de fonte para a que foi elaborada por Rui Barbosa.

Vital Soares, em conferência feita no ano de 1918 na faculdade de Direito da Bahia, procurando justificar porque a preferência de Rui havia recaído sobre o modelo norte americano, sustentou que, entre outros motivos, poderia ser apontado o de que "no regime preferido, entre os contrapesos constitucionais, iria culminar o poder judiciário, preponderante, fora também como o príncipe, das influências partidárias, ao abrigo, ao demais, das correntes mesmas, instáveis, da opinião, a que os bons governos parlamentares não podem fugir;" (Ruy, Jurista e Advogado, livraria Catilina, Bahia, 1919, p.29).

Parece não ter havido questionamento, no momento em que o modelo norte americano foi trasladado para cá, sobre a admissibilidade, ou não, de um preâmbulo em uma Constituição.

A força da repetição fez com que as cartas passassem a tê-lo, sendo de lembrar que talvez a França possa ter tido também sua parcela de influência.

## II. CONCEITO, NATUREZA E UTILIDADE DO PREÂMBULO:

O homem necessita se comunicar com outros homens. Para atingir tal finalidade utiliza a linguagem, seja oral, seja escrita. Ao utilizar determinado tipo de linguagem o homem o faz em conformidade com seu nível intelectual e com os objetivos que pretende alcançar. Assim, é que se pode falar de um nível de linguagem comum, que é o que se estabelece cotidianamente entre as pessoas, e de outro nível constituído da denominada linguagem técnica, peculiar ao campo científico.

Tais linguagens convivem lado a lado, o que, não raro, provoca complicados choques semânticos entre determinados vocábulos levando os cientistas à separação de determinados termos da linguagem comum para lhes emprestar uma significação diferente dentro do campo científico.

Preâmbulo em linguagem não técnica significa princípio, início e até, em termos literários, prefácio. Saturando esse vocábulo de significação técnica surge aquilo que Pontes de Miranda chamou de *palavras introdutórias das constituições*. De fato, o preâmbulo tem caráter introdutório e sua própria localização topográfica ajuda a compreender essa concepção na medida em que ele precede os artigos propriamente ditos da Constituição, não fazendo parte das regras jurídicas pertencentes ao corpo do texto constitucional.

Surge, agora, um aspecto que reclama dilucidação. Como o preâmbulo vem agregado a um texto constitucional, cabe indagar se sua linguagem é a mesma que se chama de técnica. A resposta é negativa porque a linguagem legislativa é uma espécie de terceiro gênero lingüístico: não é puramente técnica e nem puramente comum.

O legislador não pode utilizar apenas termos técnicos porque uma lei não se destina apenas aos técnicos de determinado campo do conhecimento. Também não poderá lançar mão somente da linguagem comum pois a feitura de leis obedece a determinados

aspectos da chamada técnica legislativa. Necessário, portanto, combinar essas linguagens para criar outra que é mista: a legislativa.

Isto é necessário sob pena de as leis não serem entendidas por seus destinatários que, evidentemente, nem sempre são bacharéis em direito. E a lei precisa ser clara a fim de ser compreendida por todos além de, concomitantemente, manter a correção científica.

Essa faceta bimembre da linguagem legislativa, por assim dizer, torna possível assentar o conteúdo definiente do preâmbulo: conjunto de palavras introdutórias encontrado nas Constituições. Assim, o vulgo saberá o que é uma introdução e o técnico, o que é uma Constituição.

Respeitante à natureza do preâmbulo, surge a seguinte indagação: ele é uma regra jurídica? O ponto reclama citas de autores que sobre ele escreveram.

Paulino Jaques entende que o preâmbulo, em geral, não é uma norma. Ele apenas contém o espírito da lei, os seus princípios informadores. Assim, qualquer interpretação ou aplicação dos artigos constitucionais ou de lei ordinária que for feita com inobservância do preâmbulo, de modo a colidir com ele, é ilegítima porque estará contrariando os princípios informadores do estatuto supremo – a constituição (Curso de Direito Constitucional, 8ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 167).

Parece ser essa a opinião dominante entre os autores. Paulo Sarasate, citando Bielsa, entende que "o preâmbulo é uma expressão solene de propósitos e desejos dos constituintes, e não uma declaração de normas, nem sequer de princípios; porém isso não significa que ele careça de certo "*substratum*" jurídico subjacente" (A Constituição ao Alcance de Todos, 2ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967, p.225).

Pontes de Miranda assume posição intermediária. Entende ele que embora o preâmbulo diga algo sobre os propósitos constitucionais, esta não é sua característica principal. O relevante é que o preâmbulo diz "qual o poder estatal, isto é, o poder de constituir e de reconstituir o Estado". (Comentários à Constituição

de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, Tomo I, 2ª Edição, São Paulo, Revista dos tribunais, 1970, p.418).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de seu turno, defende que o preâmbulo "pode servir para exprimir os princípios básicos em que se inspirou o constituinte, assim como a fonte do próprio poder constituinte". (Comentários à Constituição Brasileira, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 1983. p.45).

Há quem defenda, entretanto, a tese de que o preâmbulo é lei porque faz parte da Constituição. Lauro Nogueira é o autor dessa concepção (citado por Paulino Jaques, ob. cit. p. 167).

Talvez a posição desse autor se justifique a partir de dois argumentos: consideração da posição topográfica, isto é, em razão de ele se encontrar inserido na Constituição e a realidade francesa da Constituição de 1946.

O primeiro desses aspectos é falho porque resta discutir se o preâmbulo efetivamente faz parte da Constituição. Se a resposta for afirmativa exsurge uma consequência da maior gravidade: somente haverá Constituição se ela tiver um preâmbulo. Sucede que isto é inadmissível, uma vez que o Estado não é organizado nem os direitos, deveres e competências defluem do preâmbulo. É possível setorizar conceptualmente a Constituição mas alargar seu conceito unitário como expediente técnico possibilitador da inclusão do preâmbulo já se qualifica como inaceitável.

O segundo argumento tem como centro o fato de a citada Constituição Francesa de 1946 haver colocado em seu preâmbulo a Declaração de Direitos. Tal procedimento fez nascer dúvidas quanto à validade do conteúdo preambular dessa Constituição. Burdeau, por exemplo, sustentou a necessidade de "distinguir o que é regra de direito positivo e o que é programa ou diretiva para uso dos governantes". (citado por Paulino Jaques, ob. cit. p.166). A discussão, portanto, girava em torno da juridicidade, ou não, do preâmbulo da Constituição Francesa. Vedel, de seu turno, defendeu a juridicidade desse preâmbulo por entender que ele tinha força de

direito, isto é, que era uma regra jurídica. (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit. p.45).

No Brasil, porém, não existe terreno propício para tal discussão, uma vez que, ao que saiba, nenhuma Constituição adotou o procedimento da francesa. Isto, *per se*, liquida a questão.

Entretanto, teses desse naipe infelizmente continuarão a freqüentar os compêndios na medida em que a doutrina brasileira, com raras e honrosas exceções, continua a importar acriticamente os conhecimentos do exterior. A importação em si mesma considerada não é um mal. A distorção consiste na transposição *in natura* de institutos e doutrinas alienígenas que aqui são apresentadas como a quinta-essência do conhecimento. Becker parece que tinha razão quando imaginou a fórmula da *anestesia do senso crítico*.

Pode-se assentar provisoriamente que: alguns entendem que o preâmbulo contém os princípios informativos do sistema constitucional adotado e outros que ele designa a fonte do poder estatal. Outros, ainda, o concebem como regra jurídica.

Quanto à utilidade do preâmbulo, parece haver uma concordância doutrinária haurida, quase sempre, na lição do velho João Barbalho que ao comentar a Constituição de 1891 sustentou que o preâmbulo é útil como elemento de interpretação do texto constitucional.

As posições doutrinárias podem ser divididas em, pelo menos, duas: a de Pontes de Miranda que enxerga no preâmbulo um elemento valioso na interpretação constitucional. Nem mesmo o fato do vocábulo *povo* ter significação não unívoca (lembre-se que a antiga Rússia Soviética introduziu tal termo no preâmbulo de sua Constituição), derivada diretamente da linha ideológica adotada pelo Estado, consegue impedir essa utilização do preâmbulo para fins interpretativos.

Essa diferença de conteúdo ideológico do termo *povo*, "de modo nenhum autoriza a que se ponham de lado, na interpretação dos textos constitucionais, os dizeres dos preâmbulos. Todo preâmbulo anuncia; não precisa anunciar tudo, nem, anunciando, restringe."

(Pontes de Miranda, ob. cit. pp. 418/419). Manoel Gonçalves Ferreira Filho também admite a utilidade do preâmbulo na interpretação constitucional (ob. cit. p. 45).

A outra posição é a de Paulino Jaques. Para ele o preâmbulo não apenas informa o intérprete dos textos constitucionais dos princípios que lhe nortearam a feitura como também fulmina de ilegítima qualquer interpretação, seja de preceito constitucional, seja de lei ordinária, que contrarie os princípios nele contidos.

A tese impressiona basicamente por dois motivos: todas as interpretações colidentes com o preâmbulo são deslocadas para o campo da ilegitimidade; o raio de ação interpretativa alcança normas infraconstitucionais.

Discordo da primeira questão, uma vez que a legitimidade não repousa no preâmbulo de uma Constituição mas sim na concordância do grupo social relativamente a certos atos de natureza legal. Sobremais a própria Constituição poderá ser ilegítima, isto é, pode contrariar profundamente os anseios populares. Ora, se assim é como se poderá sustentar a tese pretendida por Paulino Jaques? Isto somente seria possível se existissem duas legitimidades: uma advinda do grupamento social e outra do grupo que fez a Constituição. Esta última, então, é que garantiria a ilegitimidade de toda interpretação que a contrariasse.

Discordo, igualmente, da segunda questão posto que uma norma infraconstitucional somente será ilegítima na medida em que vá de encontro às aspirações sociais de determinado grupo social. Ademais não se pode garantir que os dizeres de um preâmbulo traduzam precisamente o pensamento desse grupo social. A antiga Rússia soviética também inscreveu no preâmbulo de sua constituição que o povo é o titular de todo poder. Entretanto, nem por isso o velho Politburo parecia levar em consideração o que o povo russo pensava bem como os outros povos que gravitavam em torno da esfalçada URSS.

Acresce-se o fato de que toda norma infraconstitucional guarda uma relação de subordinação com a Constituição, como mostrou

Kelsen. Logo, se uma interpretação desse tipo de norma colidir com a constituição será defeituosa ou, se feita por tribunal competente, desembocará na inconstitucionalidade da lei.

As posições doutrinárias examinadas admitem o preâmbulo como elemento de interpretação para os textos constitucionais. Todavia existe corrente teórica contrária. Bidart Campos informa que a jurisprudência norte americana nega tal utilidade ao preâmbulo. Os tribunais norte americanos entendem que "nenhuma regra decorre dos preâmbulos, desde que a constituição é a única fonte autorizada de qualquer atividade do governo federal". (citado por Paulo Sarasate, ob. cit. p. 225).

### III. POSIÇÃO ADOTADA:

A discussão doutrinária permite que se possa formar ao lado de posições já sedimentadas ou que se enverede por outro caminho. Assim tem sido no conhecimento humano, uma vez que nada existe que seja a última palavra pois tudo é susceptível de mutação.

O direito, como parte do conhecimento humano, não escapa disso. O seu universo intelectual abriga várias tendências e intermináveis disputas num movimento constante à procura de novos horizontes. Isto me permite ensaiar uma posição quanto à problemática do preâmbulo.

Cuidarei, inicialmente, da questão relativa à inclusão, ou não, de um preâmbulo na Constituição. Penso que nada obriga uma Constituição a ter um preâmbulo, uma vez que não é o fato de tê-lo que ela será melhor tecnicamente do que aquela que não o tenha. A superioridade técnica deriva da perícia dos homens que redigem constituições através do domínio das regras da técnica legislativa. Variará, ainda, na razão direta dos conhecimentos que tiverem posto que conhecer técnica legislativa é necessário mas não é suficiente.

A supressão do preâmbulo não descaracteriza uma Constituição pois os poderes estatais não são organizados através dele nem

tampouco garante os direitos dos indivíduos (excepto o caso histórico da França). Inexiste, na verdade, razão técnico-jurídica que aconselhe a inclusão de um preâmbulo em uma Constituição. Poderá haver conveniência política na medida em que o povo se presta à caracterização de bode expiatório para verdadeiras monstruosidades jurídicas travestidas de obras grandiosas.

Quantos ditadores não juram sobre a bíblia que matam o povo para salvar a mãe pátria, indiferentes à letra, muitas vezes formosa, da Constituição? Quantos povos têm seus direitos solapados em nome de uma difusa e não explicitada *segurança de Estado* ?

Quer-se dizer com tudo isso que o fator político apenas oferece a conveniência da inclusão de um preâmbulo em um texto constitucional com o objetivo de criar nos incautos a sensação falsa de que participaram da elaboração da Constituição que lhes rege a vida e de mostrar ao mundo uma fachada democrática. Entretanto, resta claro que mesmo esse fator jamais servirá de justificação para a obrigatoriedade da inclusão de um preâmbulo em uma Constituição.

Relativamente à natureza do preâmbulo, assumo posição intermediária. Entendo que uma vez incluído um preâmbulo em uma Constituição ele poderá, ou não, dizer a fonte do poder constituinte e ser uma espécie de recipiente que contenha os princípios que nortearam a feitura do texto maior.

Nas democracias há maior probabilidade de que isto ocorra. Mas, ainda aqui, não se pode pensar em regra pois haverá sempre o risco de o preâmbulo ser apenas um meio hábil para mascarar as idéias totalitárias de uns poucos e apresentá-las como sendo de muitos. A credibilidade de um preâmbulo deriva do grau de cultura de um povo. Povo culto discute seus direitos porque os conhece; tende a ter maior critério na escolha de seus representantes, não se deixando iludir por *slogans* vistosos nem se deixando conduzir como reses para o matadouro, o que se faz através do famigerado *voto de cabresto*.

Quanto maior for o nível cultural dos cidadãos maior será a possibilidade de eles efetivamente terem participado de debates sobre

a feitura de uma Constituição. Quanto menor for esse nível maior será a possibilidade de eles não saberem, sequer, o que é uma constituinte, muito menos de terem contribuído com suas opiniões.

O preâmbulo, portanto, *pode ser* o recipiente de princípios cardeais de determinada Constituição bem como pode traduzir o titular do poder constituinte. Quer-se dizer: sua natureza deverá ser buscada à luz de fatos concretos e não de um modelo apriorístico. Não se pode pensar um modelo abstrato de preâmbulo. Sua natureza é definida *a posteriori* com atenção para o binômio *fato-letra* do preâmbulo sob pena de algum governante encontrar algum jurista que defenda a *subversão dos fatos contra o preâmbulo* a exemplo do que já se fez com a fórmula esotérica da *liberdade com autoridade*. A autoridade se fez sentir pela aplicação do AI-5, instrumento útil para "despachar" opiniões não muito favoráveis ao sistema e para "convidar" algumas cabeças pensantes a tirar férias indefinidas em outras plagas. A liberdade, entretanto, ninguém sabe, ninguém viu.

O conteúdo do preâmbulo é naturalmente plástico no sentido de que será aquele que os feitores da Constituição quiserem. Certamente isto será determinado pela posição político-ideológica de tais pessoas e até pela convicção religiosa. Há quem considere indispensável que o preâmbulo contenha referência ao nome de Deus. Assim Paulino Jaques que criticou as Constituições de 1891 e 1937 pelo fato de elas não terem observado tal coisa.

Diz esse autor que a referência à entidade divina se faz necessário porque "quem não confia em Deus, não pode confiar em mais ninguém e em coisa nenhuma, e sem confiança, com medo ou ódio, a vida torna-se indigna de homens livres...". (ob. cit. p. 165).

Tirante posicionamentos teológicos, o que parece fora de dúvida é que não existe uma fórmula sacramental para um preâmbulo. Ela é livre. Depende única e exclusivamente da vontade do titular do poder de fazer e desfazer Constituições.

#### IV. CONCLUSÃO:

1. O preâmbulo é peça perfeitamente dispensável em uma Constituição, inexistindo argumento técnico-jurídico que apoie a sua existência inexorável.
2. A ponência do preâmbulo em um texto constitucional encontra justificação na conveniência política do titular efetivo do poder.
3. A natureza do preâmbulo deve ser buscada à luz dos fatos concretos. Não existe um esquema conceitual *a priori* do preâmbulo.
4. A valência do preâmbulo como elemento auxiliar na interpretação constitucional é relativa.
5. O conteúdo do preâmbulo depende da posição político-ideológica do titular do poder.
6. O preâmbulo não é uma norma jurídica.

#### **IV - TEMAS OUTROS:**

- O *Stare decisis* brasileiro.
- Sobre a Feitura das Leis.

## O STARE DECISIS BRASILEIRO

### I. INTRODUÇÃO

Afirma-se corriqueiramente que o Brasil se encontra filiado ao sistema jurídico conhecido com o nome de *civil law*. Se esse asserto for conseqüente, ter-se-á que o ordenamento jurídico brasileiro, em razão de emprestar relevo à norma escrita, não se submete ao império do *stare decisis*.

Para os sistemas jurídicos que se acham inseridos dentro do sistema da *common law* o denominado *leading case* apresenta interesse na medida em que ele vincula os chamados juízes inferiores da pirâmide jurisdicional às decisões dos juízes ditos superiores. De notar que essa terminologia não traduz o lado científico dos juízes mas sim o ângulo ligado à divisão da jurisdição em graus.

Na esfera da *commom law*, anota Julio Gottheil: " *la jurisprudencia cubre rápidamente la norma legislativa y ésta es sólo un punto de referência originário respecto de los casos judiciales, que alcanzam un verdadero papel de fuentes de derecho en el punto.* (Commom law y Civil Law, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p.108).

O precedente judicial, assim, influi direta ou indiretamente na aplicação do direito pela jurisdição inferior, de tal modo que o mister do foro é, quase sempre, um compulsar interminável de decisões das cortes superiores.

A pureza teórica da *common law*, em sua perspectiva originária, tem sido mitigada na atualidade. Apesar de não se cogitar da supressão do precedente, passou-se a concebê-lo apenas como o ponto inicial da solução da lide. Espancou-se definitivamente a inexorabilidade do *leading case*.

Aliás, frise-se, o abandono integral do precedente é inviável sob pena de a própria *common law* restar comprometida. Entretanto, isto não se qualifica como óbice para que um juiz do porte de Benjamin N. Cardozo tenha deixado escrito as seguintes palavras: "... estou pronto a admitir que a regra de adesão ao precedente judiciário, embora não deva ser abandonada, deveria ser relaxada em certo grau. Penso que quando uma regra de direito, depois de devidamente provada pela experiência, é considerada inconciliável com o senso de justiça ou com o bem estar social, deveria haver menos hesitação no franco reconhecimento deste fato e no completo abandono da referida regra. Tivemos de fazer isso algumas vezes no campo do direito constitucional." (A natureza do Processo e a Evolução do Direito, tradução de Lêda Boechat Rodrigues, Editora Nacional Ltda., Rio de Janeiro, 1956, p.85).

## II. O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil se encontra hoje em uma estranha posição relativamente à sua filiação jurídica. Nos livros de doutrina ele pertence, como dito, ao tronco da *civil law*. Entretanto, no plano normativo essa petição de princípio é desmentida.

De fato, ao lado de incontestável predomínio da regra escrita existe a supremacia da vinculação a uma decisão tomada por um

tribunal mais alto. É o que ocorre com a decisão prolatada na denominada Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Conveniente, ainda, registrar a existência da súmula. Vítor Nunes Leal, quando ministro do Supremo Tribunal Federal, possivelmente movido por preocupação decorrente da dificuldade de acesso, pelos profissionais, à jurisprudência desse Tribunal, concebeu a criação da súmula. Nasceu ela, portanto, com motivação pragmática e não científica.

Essa idéia, louvável certamente, desbordou dos limites que lhe foram inicialmente traçados para ocupar lugar francamente discutível.

### III. REFLEXOS DO PRECEDENTE JUDICIAL

Analiso o que penso possa ser qualificado como *produto sumular*.

O primeiro ponto a ser discutido diz com a ossificação do direito. Para logo uma ressalva se impõe: não pretendo retomar a famosa disputa teórica sobre os malefícios e benefícios da codificação do direito.

Dirijo-me para outra direção. Trata-se da atitude encontrável em certos membros do judiciário diante de uma matéria sumulada. Quando determinada tese logra ser alçada à condição de súmula dificilmente haverá ensanchas para sua revisão pelo Tribunal, mesmo que a doutrina fique rouca de gritar.

Certamente que não se trata de defender que as súmulas nunca são revistas mas sim de fixar que seu processo de mudança é extremamente moroso, consumindo um tempo precioso. A via mais rápida ainda é a legislativa que, também, não escapa do fator temporal.

O fato é perturbador, diante da moderna teoria do conhecimento humano. Sustenta-se que a provisoriedade desse

conhecimento o torna *um vir a ser* e não um ser. O conhecimento faz-se a si mesmo continuamente, de modo que o volume de informações cresce vertiginosamente.

Essa *imutabilidade sumular* destoa dessa postura epistemológica na medida em que as verdades eternas não freqüentam o domínio da ciência nem o foro.

Um óbice à mutabilidade da sùmula, encontrável no discurso jurídico, mormente o de índole dogmática, é a segurança jurídica. Todavia, a tese não colhe.

O objetivo da segurança jurídica é a estabilização social dos conflitos materializados em uma lide, estabilização essa que se opera artificialmente através da coisa julgada. Assim, a segurança jurídica nunca será premissa capaz de justificar a imobilidade científica encontrável na sùmula.

Não se infira, entretanto, que estou defendendo uma desenfreada instabilidade dos pronunciamentos judiciais, uma vez que isto nos conduziria à incerteza jurídica. Prego apenas que se deve mudar o que pode ser mudado à luz da ciência.

Ademais, uma sùmula não é idônea para conferir direito adquirido a alguém, para qualificar um ato jurídico como perfeito e para materializar a coisa julgada.

Segue-se, portanto, que sua revisão não agredirá o postulado da segurança jurídica porque ele estará salvaguardado pela autoridade da coisa julgada em cada caso concreto. Sua mudança, evidentemente, disporá para casos futuros.

A Ciência do Direito avança em suas investigações enquanto algumas sùmulas continuam intocáveis pelas modificações do pensamento doutrinário. Têm a seu favor o peso da autoridade estatal corporificada na jurisdição.

É o caso, por exemplo, de sùmula do Supremo Tribunal Federal que insiste em considerar os impostos como diretos e indiretos apesar de a comunidade jurídica mostrar seu desacerto.

O substrato teórico dessa posição é tão renitente à mudança que o hábil Aliomar Baleeiro, embora tenha inventado a locução normas

gerais de direito financeiro, apenas logrou sucesso relativo, quando no Supremo Tribunal Federal, com a Súmula 546.

Constata-se, em segundo lugar, que o foro tem um atuar que pode ser chamado de jurisprudencial. Advogados, membros do Ministério Público e juízes lançam mão das decisões judiciais de forma profusa.

A chamada jurisprudência mansa e pacífica é verdadeira fonte do direito no sentido de que permeia obrigatoriamente o trabalho dos profissionais do direito.

Isto talvez explique porque as editoras de livros jurídicos costumam privilegiar aquelas obras que compendiam a jurisprudência mais recente em torno de determinado assunto. As obras tidas como teóricas não são bem vistas pela maioria dos juristas. O argumento comumente utilizado consiste em que tais obras se perdem em vãos altos enquanto o que realmente interessa é a consulta rápida e fácil do que pensam os Tribunais.

No âmbito mercadológico, que se traduz em mais valia, o importante é o consumo da tiragem de uma obra editada. Sua qualidade científica, infelizmente, é relegada para segundo plano. É fácil deduzir que os danos projetados na formação científica são irreparáveis. Cite-se, por exemplo, alguns que somente conhecem atos normativos inferiores e a dita jurisprudência remansosa. Entretanto, se houver questionamento constitucional é possível que apareça um visível mal-estar.

Cito Julio Gottheil: "*Quando un caso es conocido por el público y la controversia del nuevo caso versa sobre el mismo punto, el juez consciente de su función percibe la necesidad de seguir la jurisprudencia o de apartarse solamente si logra dar una sólida razón valorativa. De esa manera la jurisprudencia se va reiterando por el mero hecho de la fuerza de convicción de sus contenidos y porque su publicación obliga a los jueces a tomarla en cuenta.*" (ob. cit., p. 109).

A adoção mecânica da jurisprudência prejudica inúmeros recursos que não são convenientemente examinados porque aparentemente colidem com uma súmula qualquer ou com uma

decisão judicial qualquer. Sucede que, não raro, essa aparente conflitância deriva mais de um exame apressado do recurso do que de uma incompatibilidade real da tese que ele veicula.

Não se pode culpar o efeito devolutivo dos recursos pela sobrecarga de trabalho que aflige o Judiciário e daí extrair-se a tese de que a aplicação atípica da jurisprudência se explica por esse fato. Se o problema é este, cabe ao Estado aparelhar melhor o Judiciário e não a jurisdição aplicar acriticamente a jurisprudência como recurso para desafogá-la dos inúmeros feitos.

#### IV - O *STARE DECISIS* BRASILEIRO

No Brasil coexistem duas espécies de *stare decisis*: o normativo e o de fato. O que denomino de *stare decisis* normativo são certas vinculações encontráveis na Constituição e em norma infraconstitucional enquanto o *stare decisis* de fato se localiza na deificação da súmula ou do precedente judicial.

Não é de hoje que se procura submeter a magistratura de 1º grau às decisões dos Tribunais. O pano de fundo dessa postura sempre foi o de que assim as decisões seriam homogêneas, evitando-se discrepância sobre o mesmo assunto.

##### 1. O *Stare Decisis* Normativo:

A Constituição abriga o exemplo mais notável de *stare decisis*: o julgamento favorável na ação declaratória de constitucionalidade.

Essa ação, ao lado de outros aspectos desconcertantes, não pode ser aforada tendo por pressuposto ato normativo e leis estaduais como ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade. Prestigiu-se o denominado *direito federal*, o que se revela estranho na medida

em que existe um Tribunal para cuidar desse direito: O Superior Tribunal de Justiça.

Quebrou-se constitucionalmente a petição de princípio precedentemente anotada, ou seja, a de que o Brasil faz parte da família da *civil law*. Na verdade, a introdução desse mecanismo de vinculação quanto à decisão de mérito, definitiva, proferida pelo Supremo Tribunal Federal pertence à *comom law*.

Ao que parece, razões pragmáticas ditaram a criação dessa ação no Brasil que, como se sabe, está longe de ter um sistema jurídico como o tedesco, por exemplo.

A transplantação dessa ação, comenta-se, atende a um anseio do Executivo que, quase sempre, assiste suas tentativas fiscalistas serem atropeladas pela magistratura de 1º grau, o que demanda recursos que levam tempo para entrar na pauta de julgamento. Com esta ação, mormente o seu efeito vinculante, o problema fica resolvido porque bastará que o Supremo Tribunal Federal diga que determinada lei é constitucional para que a magistratura inferior seja coartada no seu mister de dizer o direito. Por sem dúvida uma solução expedita.

Tema conexo que merece alusão é o da avocação. Esse tema veio à baila com a criação da ação declaratória de constitucionalidade, o que impressiona porque a avocação nunca deixou de existir no Brasil.

De fato, pela via da Reclamação o Supremo Tribunal Federal sempre pode se imiscuir na jurisdição inferior. Apenas essa permissão ganhou *status* constitucional. Conseqüência: o que antes era matéria regimental agora passou a ser constitucional.

Significa isto que o STF continuará utilizando o caminho da Reclamação como instrumento processual para viabilizar a preservação de sua competência bem como para garantir a autoridade de suas decisões.

A avocação não foi reeditada com a criação da ação declaratória de constitucionalidade. Ela apenas sobreviveu protegida pelo

regimento interno do STF para continuar existindo com base constitucional.

Poderá ocorrer a utilização dessa Reclamação a fim de que o STF pratique a avocação em hipóteses que envolvam a ação citada, ou seja, se houve um pronunciamento definitivo de mérito pelo STF a jurisdição inferior, seja monocrática, seja colegiada, não poderá decidir nenhuma ação em sentido contrário. Se decidir caberá Reclamação para que o STF avoque a ação indevidamente julgada.

Na fase inicial da ação declaratória de constitucionalidade representada pela liminar, os relatores têm entendido que ela igualmente obriga ao restante da jurisdição. A liminar concedida paralisa qualquer ação que tenha curso em outra jurisdição até o julgamento final pelo STF.

Cumpra anotar, finalmente, que os feitos que se encontravam paralisados por força da liminar concedida, se versarem pedido de declaração de inconstitucionalidade em concreto, ficarão prejudicados nessa parte se o STF declarar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo submetido à sua apreciação.

É, sem dúvida, o efeito do *stare decisis* em ação no país que se pretende filiado ao sistema jurídico da *civil law*.

No plano infraconstitucional a Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 896, *caput*, oferece exemplo do *stare decisis*. De fato, não caberá recurso de revista quando a decisão recorrida estiver em consonância com Enunciado da Súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.

Repare-se: se a decisão objeto do recurso de revista se encontrar forrada por súmula do TST as portas recursais estarão fechadas. Impede-se o reexame da matéria tendo por justificativa uma súmula. Isto é notável porque a Constituição permite a defesa de um direito com os recursos a ele inerentes e uma norma inferior diz que a cadeia recursal não terá seu curso normal por obra e graça de uma súmula.

A lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, permite que o relator negue seguimento a recurso contrário à súmula do respectivo Tribunal ou de Tribunal Superior.

Utiliza-se no processo civil o mesmo critério técnico da CLT, citado precedentemente: não permitir a subida de recurso, que objetive atacar decisão afinada com súmula, seja do Tribunal de origem, seja de Tribunal dito Superior.

Recentemente várias leis foram editadas permitindo que autarquias federais desistam de recursos interpostos quando a matéria tenha se estabilizado no Supremo Tribunal Federal.

## 2. O *Stare Decisis* de Fato:

Aloja-se esse *stare decisis* no terreno recursal, no sentido de que um recurso que almeje ser conhecido e provido necessita do concurso de um ou de vários precedentes judiciais ou de uma súmula.

O precedente judicial, ou a súmula, é verdadeira matéria prima dos julgamentos realizados em grau de recurso, de modo que os julgadores sempre o têm à mão.

A consciência de que existe um *stare decisis* de fato no Brasil se reflete nos pareceres elaborados pelos doutores. Dê-se revista em tais pareceres e lá estarão colacionados inúmeros precedentes judiciais e a súmula, se existir, com a função de influir positivamente no convencimento do julgador.

Sabem esses doutores que o sucesso de seu trabalho não dependerá tanto dos autores estrangeiros e nacionais que consultarem mas sim do número de precedentes judiciais e de súmulas que conseguirem introduzir no caso concreto.

A Ciência do Direito, de seu turno, encontra-se perturbada por novel pretensão: a criação do denominado *direito sumular*, isto é, do repositório de súmulas e precedentes judiciais que pretendem

traduzir o *direito vivo*. Sem dúvida que a locução direito vivo aí empregada por seus defensores não guarda sinonímia com a corrente sociológica defendida por Eugen Erlich, por exemplo.

O gosto pela vinculação dos juízes inferiores é tamanho que o Tribunal Superior do Trabalho conseguiu realizá-la por um bom tempo através do Prejulgado. Os juízes trabalhistas foram amordaçados em sua liberdade de expressão judicante em razão de se encontrarem vinculados ao pensamento do TST. Felizmente o Supremo Tribunal Federal liquidou o tal prejulgado com a nota de inconstitucional.

## V. CONCLUSÃO

Não advogo neste escrito uma postura de rejeição ao manuseio da jurisprudência pelos profissionais do direito. Acho apenas que a forma de sua utilização deve merecer maior reflexão.

É inegável que a jurisprudência é um valioso instrumento de trabalho, ainda que auxiliar. Tem sua utilidade em uma postulação judicial ou em uma sentença, desde que não erigida acriticamente em razão última da postulação ou da decisão.

Deve-se partir da realidade, fixando-se determinado critério interpretativo e depois buscar o apoio do arsenal jurisprudencial, se for o caso.

Infelizmente parece ocorrer o oposto: seleciona-se determinada decisão judicial e com base nela desenvolve-se toda uma linha argumentativa que procura ser plausível *a priori*. A base filosófica disso, não raro desconhecida, é a indução que como método mereceu crítica ainda não respondida satisfatoriamente, crítica essa feita por David Hume.

Dê-se à jurisprudência o valor que merece mas não se queira transformá-la no que ela nunca foi, não é e jamais será: substituta da

Ciência do Direito. É necessário buscar as razões científicas de cada decisão a fim de submetê-las à discussão crítica.

Concluo citando Julio Gottheil:

"Repitamos, sin embargo, que, por importante que alcance a ser la jurisprudencia en el sistema continental, nunca alcanzará a ser lo que el precedente es en el commom law, porque será solamente la construcción de las leyes hecha por los jueces la que alcance solidez y prestigio, quedando las leyes como la base estructural del sistema". (ob. cit. p. 109).

## SOBRE A FEITURA DAS LEIS

Desde que o direito foi pensado como técnica hábil para manter a estabilidade da sociedade através da discriminação de condutas permitidas, proibidas e facultadas, que o problema de como fazer as leis se fez presente.

Na fase do direito costumeiro, ou consuetudinário, tal necessidade técnica não aparecia de forma saliente, uma vez que o costume ia se formando lentamente na consciência dos membros do grupamento social. Essa formação espontânea do costume jurídico carecia de uma sistematização de ordem científica, o que, em última análise, tornava dispensável uma técnica ou um como fazer relativamente a essa fonte do jurídico.

Ultrapassado o momento do direito costumeiro enquanto fonte exclusiva de regras jurídicas, o direito escrito foi alçado ao primeiro plano da vida social. A evolução social reclamava não apenas um amontoado de normas não escritas mas também a necessidade de regras jurídicas escritas.

A Revolução Francesa exacerbou a necessidade do direito escrito na medida em que produziu a concepção de que um Estado somente seria digno desse nome se tivesse uma Constituição escrita,

Constituição essa que se apresentava como defesa do cidadão contra o Estado.

Tem-se, assim, que primeiramente o direito escrito teve como mola propulsora uma ideologia que, desconfiada dos abusos cometidos pela monarquia absoluta, buscava conformar o poder estatal ao direito contido em um texto. O poder era contido a fim de que não desbordasse de sua verdadeira utilidade.

Comparecia, ainda, outra razão: a segurança jurídica. De fato, o direito não legislado era do conhecimento de poucos que, por isso mesmo, detinham o monopólio de sua aplicação. O cidadão, portanto, ficava à mercê do aplicador do direito. Reinava, assim, uma total insegurança nas relações sociais em razão do câmbio presente na aplicação do direito, não raro motivado por fatores idiossincráticos.

Com o direito escrito essa insegurança desapareceu, ainda que do ponto de vista meramente formal, uma vez que sendo a lei do conhecimento de todos era possível antever o deslinde de determinada lide. O princípio da segurança jurídica garantia o cidadão contra surpresas capazes de agredir seu patrimônio na medida em que oferecia instrumentos processuais que tinham por finalidade coibir os abusos cometidos pelo Estado ou pelo particular.

Como corolário necessário do direito escrito surge a questão de como fazer as leis. Ainda que empiricamente já se pressentia que a feitura de uma lei não era algo acessível a qualquer um, uma vez que demandava conhecimentos que eram estranhos a um leigo. Nesse momento, o jurista apareceu como elemento capaz de viabilizar a evolução da sociedade através de leis bem elaboradas.

Nos primórdios do direito legislado os juristas, que eram homens com formação multifacetada, não dispunham de um instrumental teórico sofisticado. Não se conhecia, então, o que mais tarde viria a se chamar de técnica legislativa. Bem por isso as leis se ressentiam de uma visão sistemática. Somente com o monumental Código Civil da Alemanha (BGB) foi possível o aparecimento de

uma verdadeira técnica legislativa entendida como um procedimento racional.

Juristas de todos os quadrantes teóricos já trouxeram a lume seu pensamento sobre a técnica legislativa. Há uma respeitável literatura sobre o assunto. Estranhamente, porém, as leis continuam sendo obra de afogadilho, num verdadeiro desrespeito à técnica legislativa e ao próprio ordenamento jurídico.

Assiste-se no Brasil da atualidade uma verdadeira ignorância sobre técnica legislativa. Se o quadro é estarrecedor no que diz com as leis federais, relativamente aos Estados Membros e aos Municípios a situação é verdadeiramente desesperadora. Tem-se, na verdade, legisladores completamente ignorantes e sem uma assessoria que lhes sirva de sustentáculo no momento de legislarem. Conseqüência: há um verdadeiro *delírio legislante* que torna inviável o fluir sereno das relações jurídicas.

Não é por outro motivo que a mutação legislativa de hoje assusta a doutrina mais avisada. O fenômeno da loucura legislativa atesta a existência de um manicômio jurídico que força o jurista a verdadeiros malabarismos hermenêuticos a fim de explicar sistematicamente o cipoal de leis existentes.

Legisla-se de modo irresponsável. Leis são feitas sem a observância do mínimo técnico indispensável. Situações jurídicas esdrúxulas são criadas a fim de enredar o poder público em inexplicáveis condenações judiciais. E tudo isto como resultado do desconhecimento da técnica legislativa. Não se atenta para o fato de o direito ser uma linguagem. Desconhece-se que a redação de uma lei não prescinde do conhecimento dos grandes princípios jurídicos. Não obstante, a *fábrica legislativa* continua produzindo leis lamentáveis que são apresentadas aos incautos como a quintessência do trabalho legislativo.

Talvez se possa explicar a desordem legislativa a partir da pressa que hoje campeia em todos os campos da atividade do homem que, aliada a um desmedido pragmatismo, parece ser o ponto central

dessa alarmante situação. Não mais se estuda a Filosofia do Direito e a Teoria Geral do Direito, salvo escassas e honrosas exceções, porque segundo alguns práticos do direito elas são perfeitamente dispensáveis na medida em que não servem para o advogado ganhar dinheiro.

Esses *herdeiros diretos dos glosadores* são precisamente os homens que legislam ou que aconselham os que fazem as leis. Com um cabedal jurídico como esse não se poderia esperar outra coisa senão o quadro descrito anteriormente.

Não obstante, cumpre ter presente que na Ciência inexistente excesso de teoria. Pelo contrário, a falta de teoria adequada é precisamente a responsável pelo descalabro teórico que se presencia no campo do direito. Os *prestidigitadores da Ciência de Ulpiano* embevecem os leigos com sua retórica vazia, desprovida de qualquer conteúdo aceitável do jurídico. Trata-se de *paraquedistas do direito*, mentores das leis nesse país, quer material, quer intelectualmente.

Tais considerações põem a descoberto a necessidade imperiosa de um preparo teórico substancial à feitura das leis. Não basta uma visão dogmática ou fragmentária do direito para que se tenha um consultor em matéria de técnica legislativa. É necessário desfazer a compreensão do direito como sendo formado de *ramos*, como se o objeto jurídico pudesse ser cindido arbitrariamente. Tal direção teórica validou a *praga da especialização no direito* que trouxe como consequência a existência de juristas que conhecem portarias, ordens de serviço, circulares e, com alguma sorte, os códigos.

A feitura das leis reclama uma formação diferente, de modo que se tenha uma mescla do jurídico com o político bem como conhecimento sociológico. Tem-se como estarrecedora a afirmação creditada a certo constituinte de que se julgava habilitado para redigir uma constituição em razão de haver lido dois livros de técnica legislativa.

Fazer leis é trabalho complexo. Há uma fase que se pode qualificar de preliminar, fase essa que comporta uma espécie de

pesquisa política a fim de que as tendências dominantes surjam. Posteriormente entra-se no momento redacional que é delicado: surgem problemas terminológicos, redacionais, enfim problemas lingüísticos que reclamam atenção.

Com relação à parte política que compõe a elaboração de uma lei, necessário consultar a obra A FEITURA DAS LEIS, volume I, Instituto Nacional de Administração de Portugal, 1986, que condensa a temática histórico-política de algumas leis portuguesas.

A linguagem jurídica requer cuidado. É de bom-tom, portanto, ligeiro passeio no denominado Círculo de Viena – grupo de pensadores que insatisfeitos com a penúria científica de seu tempo provocou mudança na investigação científica.

O alvo principal desse grupo foi precisamente a linguagem. Sustentaram esses doutores que a linguagem natural não se apresentava como apta para servir de suporte físico à ciência, em razão de sua *impureza semântica*. Era necessário construir uma linguagem artificial que apresentasse um elevado teor de precisão. Nascia, nesse momento, a grande tese de que a linguagem da ciência é diferente da linguagem vulgar ou natural, pelo que, a princípio, se tem como moeda corrente a bipartição da linguagem em natural e científica. Nomes como Ludwig Wittgenstein, Carnap, Neurath e outros aparecem como responsáveis por essa reviravolta teórica. Charles Sanders Pierce também aportaria valiosos subsídios no campo lingüístico, principalmente no que diz com os planos da linguagem: sintático, semântico e pragmático.

Tais idéias penetraram no campo do direito a partir da constatação de que ele era uma linguagem que continha uma particularidade: por ser deôntica era também prescritiva. Mas era fundamentalmente uma linguagem.

Os três planos lingüísticos citados são caracterizáveis durante a feitura de uma lei. O plano sintático diz com as regras que norteiam a formação de frases bem construídas, o que redundava em a lei ter

uma coerência interna (articulação sistemática dos preceitos) e externa (respeito ao ordenamento jurídico).

O trabalho relativo à feitura das leis reclama conhecimento científico não setorizado. Aqui a importância dos princípios gerais do direito que foram adotados pelo sistema jurídico. Um simples dogmático do direito talvez não esteja à altura de tão delicada tarefa.

As leis pertencentes ao chamado direito público apresentam uma dificuldade adicional relativamente àquelas que compõem o direito privado: necessidade de uma espécie de macrovisão legislativa. Fran Figueiredo escreveu: "... nenhuma questão de Direito Público pode ser examinada e resolvida se não se conhecem os princípios e os conceitos fundamentais que são comuns a todo esses ramos do Direito, não só ao Direito Administrativo." (Metodologia Constitucional, Brasília, 1987, p.86).

Não será por outra razão que o direito público brasileiro sempre foi formado pelas leis mais desconcertantes, não raro aprovadas pelo expediente do *voto de liderança*. Não se faz uma lei com a mesma facilidade com que se toma um cafezinho ou se executa uma reverência.

A faceta sintática da feitura das leis ainda permite outras considerações. Entretanto, tratarei apenas da divisão da lei. Alguns pensam que essa questão pode ser tratada de modo displicente, com o que elaboram leis que trocam artigos por parágrafos e vice-versa, não atentando para as nefastas consequências dessa atecnia. Para que se tenha a real importância desse tópico basta trazer a lume o pensamento do Gretel - Grupo de Estudos de Técnica Legislativa: "*Una correcta división de la ley tiene importancia no sólo para su visualización y comprensibilidad, sino también para la aplicación e interpretación.*" (La Forma de las Leyes, Barcelona, 1986, p.107).

Sabem todos que a divisão de uma lei apresenta particularidades que estão ligadas diretamente com o tipo de lei a ser elaborada e com o ordenamento jurídico onde ela será inserida. Não há um critério rígido, estabelecido aprioristicamente, para essa divisão. No Brasil é

costume dividir a lei em artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Trata-se, entretanto, de um esquema geral.

Especial cuidado devem merecer os artigos de uma lei, uma vez que eles se constituem em critério para as subdivisões posteriores. Nos termos empregados pelo Gretel: *"El artículo como unidad básica desempeña un importante papel en la división de las leyes. Es la única unidad de división que, al margen del tema polémico de las leyes con un sólo artículo, debe existir siempre."* (La Forma ... cit. 112).

Convém deixar claro, entretanto, que o artigo não deve ser transformado em uma receita de bolo ou em um telegrama. Deve prevalecer o bom-senso do legislador para que se tenha um artigo enxuto (nem muito longo nem muito resumido). Não deve haver abuso na utilização de parágrafos, sendo recomendável que um artigo não tenha, como regra, mais de três parágrafos. Aplica-se o mesmo raciocínio para os incisos e alíneas.

Antonio Menezes Cordeiro discorreu sobre o ponto: *"num prisma de feitura de leis, é importante sublinhar que a sistematização da lei não surge apenas como uma questão de redação, de bom gosto e de racionalidade na arrumação das matérias, tendo em vista a facilidade da sua localização. A sistematização tem sobretudo a ver com questões científicas que estão hoje na ordem do dia. Conhecendo-se, o legislador dispõe de mais um instrumento para dar corpo à elaboração jurídica que lhe compete, dignificando e enriquecendo a cultura juscientífica"*. (A Feitura das Leis, Volume II, Portugal, 1986, p.149).

O plano semântico, de sua parte, guarda relação com a linguagem legislativa e com as regras gramaticais. Não se costuma emprestar relevo a tal linguagem. Aceita-se pacificamente a existência de dois tipos de linguagem: a natural – utilizada no cotidiano – e a científica – usada com dimensão estipulativa. Nesse sentido pode-se dizer que a linguagem científica é artificial. Embora

grande parte de seu instrumental vocabular seja retirado da linguagem natural, a ciência incrusta nas palavras uma nova carga semântica que poderá, muitas vezes, criar uma não sintonia relativamente ao significado encontrado na fala natural.

Não concordo com a caracterização da linguagem legislativa como linguagem natural. É certo que tal denominação prestigia a heterogeneidade das casas legislativas, isto é, como regra tais casas abrigam indivíduos não portadores de sólida cultura jurídica. Essa concepção pragmática da linguagem legislativa, entretanto, peca por não atentar para o fato de que ela tem um *caráter híbrido* (é formada pela linguagem natural e pela linguagem científica).

Uma lei contém palavras científicas e palavras utilizadas no cotidiano. Penso, portanto, que essa junção entre o técnico e o não técnico, no corpo de uma lei, possibilita o entendimento de que a linguagem legislativa forma um terceiro tipo de linguagem. A lei não é feita exclusivamente para uma platéia de técnicos do direito, o que determina que sua feitura não pode ser apenas técnica, embora a terminologia jurídica não possa ser sacrificada em nome de tal circunstância.

Não se pode alterar impunemente o ordenamento jurídico com leis que prescindam de vocabulário jurídico mínimo sob pena de serem criadas disputas verbais que alimentarão beligerâncias teóricas dispensáveis. Há de se perseguir o equilíbrio entre a linguagem técnica e a linguagem natural.

Aqui aparece a necessidade de o legislador utilizar frases enxutas, bem construídas, evitando a redação defeituosa. Exsurge um dos grandes problemas da atualidade: a pressa do legislador que chega, quando muito, a encomendar o anteprojeto de uma lei, estabelecendo o prazo de entrega. O tempo concedido, quase sempre, não é suficiente para a realização de um bom trabalho.

Diante de fatos dessa natureza é conveniente que o responsável pela redação do anteprojeto explique ao interessado que a feitura de uma lei não obedece a cronogramas rígidos, salvo os de índole

regimental. Valho-me da experiência de Reed Dickerson: *"A grande dificuldade está na circunstância de cada redação ser, de fato, um problema singular, diferente de tôdas as outras. A simples dimensão não é critério para se estimular o tempo necessário para se fazer um bom trabalho. Um curto parágrafo pode exigir dias, e até semanas; uma lei cheia de capítulos pode ser feita em horas, um redator traquejado desenvolve um faro especial, mas não infalível, pois dificuldades imprevistas podem ocorrer mesmo em projetos de aparência simples."* (A Arte de Redigir Leis, Rio de Janeiro, 1965, p.52).

As definições normativas constituem um aspecto problemático. Certos juristas entendem que a lei tem uma função educativa e por isso mesmo deve conter definições. Outros há, entretanto, que discordam de tal posicionamento. Hans Nawiasky, por exemplo, sustentou que não cabe à lei fazer teoria, uma vez que isto é tarefa específica da doutrina. José Héctor Meehan aconselha que *"... a sus normas dispositivas não deben agregarse razonamientos, persuasivos, fundamentaciones, motivaciones o aclaraciones com fines meramente teóricos o docentes"*. (Teoria y Técnica Legislativas, Buenos Aires, 1976, p.96).

Isso não é apenas uma questão de estilo. Existem implicações sérias, o que é destacado pelo citado Reed Dickerson: *"As definições legais caíram em descrédito, não só porque muitas delas realmente definem mal a maneira como o redator utiliza os têrmos, mas também, e esta será talvez a razão mais importante, porque muitas deformam a terminologia consagrada"* (ob. cit. p. 111).

O legislador, no plano pragmático, deve ter em conta que uma lei, tanto quanto possível, necessita atender aos anseios da comunidade para a qual ela se dirige. Eis porque as denominadas *leis de gabinete* não encontram receptividade na sociedade.

O fenômeno da *anestesia do senso crítico* (na fórmula de Alfredo Augusto Becker) não deve passar despercebido sob pena de realidades outras serem transplantadas para o Brasil sem análise cuidadosa. No campo do direito tributário há exemplos que fariam

tremer um Vanoni ou um Kruse ante a irresponsabilidade da transposição de modelos teóricos franceses, italianos, alemães e outros, sem obediência aos limites da incorporação de idéias.

Não se prega a não utilização, de modo apriorístico, dos chamados *modelos normativos*, uma vez que eles, quando manuseados adequadamente, têm valia. Tenha-se, presente, entretanto, a advertência de Fran Figueiredo: "*Importante, no caso dos modelos normativos, é verificar a sua função no sistema jurídico em que se inserem e natureza mesmo desse sistema. Deve-se captar esses modelos enquanto modelos operacionais, para verificar se ocorrem, em nosso caso, condições para uma operacionalidade análoga*". (SIC) (ob. cit. p.91).

## OUTROS LIVROS DE NOSSA EDIÇÃO

Walber de Moura Agra (Prof. e Advogado em Pernambuco)  
**Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador**

Humberto B. Ávila (Professor da PUC-RS)  
**Medida Provisória na Constituição de 1988**

Antonio C. de Azambuja (Advogado em Porto Alegre)  
**Clube Empresa - Preconceitos, Conceitos e Preceitos**

Edvaldo Brito (Prof. da Univers. da Bahia)  
**Limites da Revisão Constitucional**

I. Mártires Coelho (Prof. da Univers. de Brasília)  
**Interpretação Constitucional**

Antonio Corrêa (Juiz Federal)  
**Mercosul - Soluções de Conflitos pelos Juizes Brasileiros**

R. De Giorgi (Prof. da Univers. de Lecce - Itália)  
**Direito, Democracia e Risco - Vínculos com o futuro**

Luiz Edson Fachin (Prof. da Univers. Federal do PR)  
**A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea**  
(Uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)

Fernando Alberto Correa Henning (Prof. e Advogado no RS)  
**Ação Concreta (relendo Wach e Chiovenda)**

Konrad Hesse (Prof. da Univers. de Freiburg, i. Br., Alemanha)  
**A Força Normativa da Constituição - Trad. de Gilmar Ferreira Mendes**  
**Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**  
Trad. do Prof. Dr. Luís Afonso Heck

Odacir Klein  
**Comissões Parlamentares de Inquérito. A Sociedade e os Cidadãos**

J. Felipe Ledur (Mestre em Direito pela UFRGS)  
**A Realização do Direito ao Trabalho**

S. R. Mulyaert (Advogado em Brasília)  
**Estado Empresa Pública Mercado**

Délio José Rocha S<sup>o</sup> (Magistrado no Espírito Santo)  
**Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo**

Nelson Saule (Professor da PUC-SP)  
**Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor**

Paulo H. Rocha Scott (Prof. da Ulbra, Mestre em Direito)  
**Direito Constitucional Econômico: Estado e Normalização da Economia**

ISBN 858827822-7



9 788588 278226