

Capa

Foto de Militão de Azevedo

Arquivo Histórico do Município de São Paulo

Catlogação na Fonte

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. São Paulo: CEJUR -
Centro de Estudos Jurídicos, 1995 - Semestral.

CDD 340.05

CDU 34(05)

São Paulo, dezembro de 1996

REVISTA IURÍDICA

**DA PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Procuradoria Geral do Município

PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Paulo Maluf

SECRETÁRIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Mônica Herman Salem Caggiano

PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO
Rita Giancesini

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Coordenadora: June Alberici de Mello
Avenida Brigadeiro Luiz Antonio, 42
01318-000 São Paulo - SP, Brasil
fone (011) 239.4525

COMISSÃO EDITORIAL

Fábio Ulhôa Coelho, June Alberici de Mello,
Lívia Maria A. K. Zago, Lúcia de Toledo Piza Peluso e
Rita Giancesini

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS
— CEJUR —

DOCTRINA

Advocacia Pública

Maria Sylvia Zanella Di Pietro 11

Condicionamento de Direito Estimulador do Abuso do Poder Econômico

Celso Antônio Bandeira de Mello 31

Eleições Municipais de 1996, com ênfase para o quadro de São Paulo

Mônica Herman Salem Caggiano 49

As Compras e o Sistema de Registro de Preços

Neyde Falco Pires Corrêa 85

Ilícitos Previdenciários: Crimes sem Pena?

Nelson Bernardes de Souza 93

Aspectos Constitucionais da Reeleição

Edvaldo Brito 107

PRÊMIOS

“OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO” – 1995

Parecer sobre restrições convencionais de loteamento. Pretendida descaracterização da incidência do artigo 39 da Lei Municipal

SUMÁRIO

nº 8.001, de 24.12.73, com a redação dada pela Lei Municipal nº 9.846, de 4.1.85. Descabimento

Alice Barini Guerra de Oliveira 157

“TRABALHO RELEVANTE DO ANO” – 1995

Contra-razões da Municipalidade em embargos à execução de Imposto Predial e Territorial Urbano. Jockey Club de São Paulo: alegada “intributabilidade” do hipódromo. Inadmissibilidade. Necessidade de texto legal expresso para conceder o benefício fiscal

José Marcos Sequeira de Cerqueira – Departamento Fiscal . . 223

Informações da autoridade coatora em mandado de segurança coletivo preventivo. Legalidade e constitucionalidade do Decreto nº 34.836, de 31.1.1995. Restrição ao fumo em bares e restaurantes no município de São Paulo

Nancy Al-Assal – Departamento Judicial 233

Recurso especial apresentado pela Municipalidade de São Paulo em ação de reintegração de posse. Esbulho caracterizado. Requerida a responsabilização do Réu pelos frutos civis, desde a notificação até a efetiva desocupação

Silvana A. Rebouças Antonioli – Departamento Patrimonial . . . 269

Recurso especial apresentado pela Municipalidade de São Paulo em ação ordinária de indenização por desapropriação indireta. Pretendido o reconhecimento da dispensa de registro para comprovação da titularidade dominial de áreas destinadas a vias e logradouros públicos

Dora Dressler – Departamento de Desapropriações 279

- Área pública. Ocupação pelos “sem teto”. Inviabilidade da pretensão de onerar a Prefeitura com remoção e alojamento das famílias. Ação civil pública. Agravo de instrumento. Liminar cassada. Agravo provido 287*
- IPTU. Imóvel de propriedade do Jockey Club de São Paulo. Inexistência de lei isentando do tributo o imóvel destinado ao hipódromo. Embargos à execução fiscal. Improcedência .. 295*
- IPTU. Isenção. Concessionária federal de energia elétrica. Competência exclusiva da Municipalidade. Vedada isenção pela União em face da Constituição Federal de 1988. Embargos à execução fiscal. Improcedência 299*
- ISS. Diversões públicas. Exigência do pagamento por antecipação, na chancela de bilhetes para “couvert” artístico. Ação anulatória de débito fiscal. Improcedência 303*
- ISS. Empresa de turismo. Locação de ônibus. Sujeição ao ISS. Embargos à execução fiscal. Improcedência 317*
- Loteamento. Regularização. Responsabilidade exclusiva do particular. Ação civil pública. Exclusão da Municipalidade paulistana da ação 323*
- Precatório. Pagamento de cálculo complementar de liquidação. Observância do artigo 100 e parágrafos da Constituição Federal de 1988. Recurso extraordinário parcialmente provido 329*

Advocacia Pública

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

*Professora Titular de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogada em São Paulo.*

1. Advogado público

A expressão advogado público, utilizada em oposição ao advogado que atua como empregado do setor privado ou como profissional liberal, designa aqueles que, com vínculo de emprego estatutário, integram a Advocacia Geral da União, a Procuradoria Geral do Estado e a Procuradoria do Município (embora esta última não esteja referida na Constituição). E abrange também os advogados que representam as autarquias e fundações de direito público alcançados pelo regime jurídico único a que se refere o artigo 39 da Constituição Federal.

Ainda que a Constituição não se refira especificamente a estes últimos, no que diz respeito à sua posição frente ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, não há dúvida de que há uma identidade de situações.

De um lado, um regime estatutário que o vincula à entidade pública, prestadora do serviço público e defensora de interesses públicos indisponíveis, e, de outro lado, regime estatutário diverso, que o liga a outra entidade prestadora de serviço definido como público e com normas próprias que se impõem a todos os que exercem a atividade de advogado.

Note-se que o artigo 2º, parágrafo 1º, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906, de 4.7.94), afirma que "no seu **ministério privado**, o advogado presta **serviço público** e exerce função social". E, pelo artigo 3º, parágrafo 1º, "exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, **além do regime próprio a que se subordinem**, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades da administração indireta e fundacional".

Paralelamente, o advogado público, na posição institucional definida na Constituição Federal, exerce o **serviço público** de representação judicial e extrajudicial de ente público, além das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Não há dúvida, pois, de que o advogado público exerce serviço público em dois sentidos.

Como advogado sujeito ao estatuto da OAB, ele presta serviço público, não no sentido próprio da expressão, utilizada para designar uma atividade que o Estado assume como sua, para atender a necessidades públicas sob regime jurídico total ou parcialmente público. Nesse sentido, a atividade do advogado não é serviço público, porque não constitui atividade assumida pelo Estado com o referido objetivo. Mas é serviço público porque ele é essencial à administração da justiça. Ele sempre foi essencial à administração da Justiça, ainda que somente hoje a Constituição o diga expressamente.

E, como advogado público, ele tem um **munus** a mais: além de exercer a advocacia, que já é, por si, função essencial à Justiça, ele desempenha outra função que a Constituição também inclui entre as funções essenciais à Justiça, mas aí no sentido próprio, já referido, da expressão **serviço público**. No desempenho desse duplo mister, sujeito, cada qual, a regime jurídico próprio, podem surgir, por vezes, determinados conflitos.

É interessante notar que, embora a Constituição adote, no artigo 2º, o princípio da separação de Poderes, ela prevê, no Título IV, denominado de "Organização dos Poderes", quatro e não três capítulos; os três primeiros pertinentes a cada um dos Poderes do Estado; e, o quarto, imediatamente seguinte ao que cuida do Poder Judiciário, referente às "Funções Essenciais à Justiça", nele incluindo o Ministério Público, a Advocacia Geral da União, a Advocacia, a Defensoria Pública e a Procuradoria Geral do Estado.

É importante realçar que a Constituição não colocou essas instituições dentro de um ou outro dos Poderes do Estado; colocou-as no mesmo nível daqueles, englobando-as num bloco único, quase como se constituissem um quarto Poder dentro do Título IV da Constituição, pertinente à organização dos Poderes. Isto não significa que exista um quarto Poder, mas permite inferir que as funções ali referidas são do mesmo nível de importância que as desempenhadas pelos três Poderes do Estado.

Outra observação relevante diz respeito ao fato de que, ao enquadrá-las como "**funções essenciais à Justiça**", acabou por permitir um duplo sentido à expressão "**justiça**", ambos perfeitamente aceitáveis:

a) **Justiça como instituição**, ou seja, como sinônimo de Poder Judiciário, tal como aparece nas expressões **justiça trabalhista**, **justiça eleitoral**, **justiça federal**; e realmente as carreiras apontadas como essenciais à justiça são indispensáveis ao funcionamento do Poder Judiciário, porque este, embora detenha a mais relevante e eficaz forma de controle da Administração Pública e de proteção dos direitos individuais e coletivos, não tem legitimidade para dar início às ações judiciais; ele decide sobre os conflitos que lhe são postos e nos limites postos pelo advogado, pelo Defensor Público, pelo Advogado da União, pelo Procurador do Estado ou do Município, pelo Promotor Público (quanto este atua como parte). Sem estes profissionais, a Justiça – entendida como sinônimo de Poder Judiciário – não é acionada. Ela não existe.

b) **Justiça como valor**, incluído já no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e que consiste na “vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu” (**justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi**). Vale dizer que o advogado, seja público, seja privado, atua sempre em prol da Justiça, entendida como valor, mesmo quando desempenha suas funções perante o Poder Executivo.

Na medida em que os conflitos de interesses têm que ser levados ao Judiciário, necessariamente por meio de advogado, a ele cabe a tarefa de lutar pela correta aplicação do Direito, seja por parte dos particulares, seja pelos Poderes instituídos.

Seja agindo como profissional liberal (o **ministério privado** a que se refere o Estatuto da OAB), seja agindo como empregado da empresa privada, seja como advogado público, ele atua como intermediário entre a parte e o juiz.

Precisamente por ser o advogado o intermediário obrigatório entre as partes e o juiz, por ser quem fundamenta os pedidos e instrui o processo, é que sua função é considerada como **serviço público**, pelo Estatuto da OAB, e **indispensável à administração da Justiça**, pela própria Constituição.

Com as palavras de Tomás Pará Filho, “se buscarmos ver o advogado em face do Poder Judiciário, nada melhor do que repetir a lição de Calamandrei, que o vê como elemento integrante da organização judiciária, órgão intermediário entre juiz e parte. Noutras palavras, o interesse particular de obter sentença favorável e o interesse público de obter sentença justa viabilizam-se mediante essa intermediação (**A dignidade da advocacia e o Poder Público**, in Revista da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo, vol. 9, p. 87-101).

Cabe aqui lembrar a lição de Pedro Lessa, transcrita por Tomás Pará Filho:

“A missão da Justiça é descobrir e fixar a verdade, tanto de fato, como de direito. Entregues a si mesmos, sem o auxílio dos advogados, que poderiam fazer os mais inteligentes e provecos juízes?”

Para que estes se apossassem dos múltiplos e complexos elementos que lhes facultam uma decisão verdadeira e justa, ou, quanto possível próximo da Justiça e da verdade, é mister sujeitar-se a causa diante deles a uma análise profunda, esquadrinhá-la em todos os sentidos, pôr em relevo tudo o que ela encerra, dela extrair por uma poderosa compreensão o pró e o contra, debatê-la, esmerilhá-la, vascolejá-la, minuciosamente medi-la em todas as partes, isto é, instruí-la e arrazoá-la”.

Rui Barbosa, na “Oração aos Moços”, afirmava:

“Na missão do Advogado também se desenvolve uma espécie de magistratura. As duas se entrelaçam, diversas nas funções, mas idênticas no objeto e na resultante: Justiça; com o advogado, Justiça militante. Justiça imperante. no magistrado”.

Vista a advocacia como serviço público, no sentido assinalado de atividade intermediária entre juiz e parte, na busca do valor “Justiça”, não difere em nada o papel do advogado público e do advogado privado. Ambos exercem função essencial à Justiça.

O advogado público, porém, ao agir como intermediário entre a parte e o juiz, não defende o interesse público do Estado, da coletividade. E aqui surge uma primeira dificuldade que freqüentemente o advogado público enfrenta: **o interesse público nem sempre coincide com o interesse da autoridade pública a que o advogado está subordinado.**

Já tivemos oportunidade de tratar do assunto no livro “Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988” (São Paulo: Atlas, 1991), no qual foi dedicado um capítulo ao tema do “interesse público”, com base na lição de grandes mestres.

Ali foi realçado que não se pode dizer que o interesse público seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo “público” seja equívoco, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão “interesse público” ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí o **princípio da indisponibilidade do interesse público.**

Se a Administração não é titular dos interesses que administra, ela não pode deles dispor; nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (**Elementos de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1989:11), "sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-lo – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a **intento legis**".

Precisa, a respeito do assunto, é a lição de Renato Alessi, com a sua distinção, baseada em Carnelutti, entre interesses **primários e secundários**: "Estes interesses públicos, coletivos, cuja satisfação está a cargo da Administração, não são simplesmente o interesse da Administração entendida como "aparato organizativo", mas o que se chamou de interesse coletivo **primário**, formado pelo conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização da coletividade, enquanto o interesse do aparelhamento (se é que se pode conceber um interesse do aparelhamento unitariamente considerado) seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que podem ser realizados somente em caso de coincidência com o interesse coletivo primário e dentro dos limites de dita coincidência. A peculiaridade da posição da Administração Pública reside precisamente nisto, em que sua função consiste na realização do interesse coletivo público, primário."

Vale dizer que, em caso de conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado.

Ora, a Administração Pública é organizada hierarquicamente em uma relação de coordenação e **subordinação** entre os vários órgãos; o Chefe do Poder Executivo detém um poder de orientação geral em relação aos subordinados; a Advocacia Pública está integrada nessa hierarquia, sob o ponto de vista da organização administrativa. O advogado público subordina-se hierarquicamente ao Advogado Geral da União ou ao Procurador Geral dos Estados ou Municípios, que, por sua vez, ocupam cargos de livre nomeação e exoneração.

Indaga-se, pois: **qual a independência de que gozam os advogados públicos no exercício de seu mister?**

Aqui é necessário distinguir duas funções básicas: a de consultoria e a de representação judicial ou extrajudicial.

2. O advogado público nas funções de consultoria e assessoramento

Não há dúvida de que na função de consultor, o advogado público é e deve ser muito mais independente; ele tem que ter independência, no sentido de que não pode vincular-se a ninguém no que diz respeito à emissão de seus pareceres.

Isto porque, na função de consultor, o advogado público participa, de forma intensa e ativa, do **controle da Administração Pública**.

Com efeito, além do controle externo, exercido pelo Poder Judiciário e pelo Legislativo, este último com auxílio do Tribunal de Contas, a Administração Pública sujeita-se a um controle interno, administrativo, que é exercido no interesse da Administração, por autoridade e órgãos da própria Administração; dentre esses órgãos de controle inserem-se os que exercem advocacia pública.

Esse controle se exerce mediante provocação dos particulares, por meio do direito de petição, assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, ou por via de recursos administrativos interpostos perante a autoridade superior à que proferiu o ato impugnado. Mas, independentemente de provocação pelo interessado, o controle ainda se exerce "ex officio", dentro do poder de **autotutela** de que dispõe a Administração Pública, consistente em revogar os atos inconvenientes ou inoportunos, e anular os atos ilegais. Esse poder está reconhecido pela súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

No exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública. Esta não age por iniciativa própria. Ela não tem função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. Ela se limita a responder a con-

sultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é **prévio**), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade (e, nesse caso, o controle é **posterior**).

A regra é que as autoridades administrativas, mesmo quando revelam inconformismo com a submissão à lei e ao Direito – que muitas vezes constituem entraves aos seus objetivos – consultem a advocacia pública, ainda que a lei não exija sempre essa consulta. É interessante que, mesmo quando quer praticar um ato ilícito, a autoridade quer fazê-lo com base em parecer dado pelo órgão jurídico; para esse fim, ela pede, pressiona, exige um parecer que lhe convenha. Ela quer, na realidade, dar uma aparência de legalidade a um ato ilegal; e, para esse fim, quer refugiar-se atrás de um parecer jurídico. Na hora da responsabilidade, poderá proteger-se com a escusa de que agiu com base em parecer do órgão jurídico. O advogado público que cede a esse tipo de pressão amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato.

O advogado público que exerce uma função de consultoria deve ter presente vários pontos incontroversos:

a) O seu papel é muito diferente do advogado público que representa o Estado em juízo. Este assume a posição de **parte**. Daí a sua posição ser **parcial**. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser **imparcial**, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa.

b) A atividade de consultoria está fora da hierarquia administrativa. Com efeito, sabe-se que duas idéias são básicas na organização administrativa: uma delas é a de distribuição de competências; e o próprio direito positivo prevê quais os órgãos que compõem a Administração Pública e faz uma distribuição de competências entre esses órgãos todos. Mas não basta essa previsão legal de competências; sabe-se que na Administração Pública toda competência está prevista em lei. Além da idéia de distribuição de competências, há necessidade de estabelecer-se uma relação de coordenação e de subordinação entre os vários órgãos administrativos, a fim de se assegurar

rar uniformidade de orientação, unidade de direção. Esta segunda idéia corresponde àquilo que se chama de **princípio da hierarquia**. Toda a Administração Pública é organizada hierarquicamente de tal maneira que os órgãos inferiores ficam subordinados aos superiores, até chegar, num escalonamento, ao Chefe do Poder Executivo. O Chefe do Poder Executivo expede as suas orientações, instruções, normas para os subordinados e os órgãos subordinados, por sua vez, preparam, fornecem os elementos para que os órgãos superiores tomem as suas decisões.

A distribuição de competências pode ser feita de maneira diferenciada: alguns órgãos recebem maior rol de competências; às vezes, a competência é distribuída entre vários órgãos de maneira concorrente, outras vezes é distribuída com exclusividade. Quanto maior for o grau de concorrência de competências, maior a possibilidade de controle dos órgãos superiores sobre os órgãos subordinados, porque eles têm competências dentro da mesma matéria; nesses casos, o órgão superior sempre tem a possibilidade de controle dos órgãos inferiores.

Sendo competência absolutamente exclusiva, isto afasta qualquer possibilidade de controle e o órgão fica praticamente fora da hierarquia da Administração Pública, no que diz respeito à sua função.

Dentre os órgãos em que isto ocorre estão precisamente os **consultivos**. Ainda que eles funcionem junto a um Ministério ou a uma Secretaria de Estado ou do Município, eles estão fora da hierarquia, não recebem ordens, instruções, para emitir o parecer neste ou naquele sentido. Quem emite um parecer, tem absoluta liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função, mais do que ao órgão; ou ele é independente, ou não precisa existir.

c) O parecer proferido pelo consultor, quando acolhido pela autoridade administrativa, integra o ato praticado por esta última, por corresponder à **motivação**, requisito concernente à formalidade, hoje considerado essencial à própria validade do ato administrativo. De modo que, se o ato for considerado ilegal por vício quanto à motivação, o advogado é tão responsável quanto a autoridade que decidiu.

É evidente que existe sempre a possibilidade de divergências de interpretação; o simples fato de o advogado proferir um parecer cuja inter-

pretação seja afastada pelo Poder Judiciário ou mesmo pelo Tribunal de Contas não é suficiente para acarretar a sua responsabilidade; mas isto poderá ocorrer, em caso de erros grosseiros, culpa grave ou dolo.

Por tudo isto, é essencial que o corpo de advogados públicos, em especial na área de consultoria, seja protegido pelo instituto da estabilidade.

Os problemas maiores da advocacia pública consultiva são:

a) a sua dispersão por vários órgãos, o que tira, muitas vezes, a uniformidade de interpretação; haveria necessidade de o Procurador Geral fixar o entendimento das matérias já pacificadas, de modo que, a partir de então, os órgãos consultivos se limitassem a aplicar a orientação adotada pela Procuradoria Geral em caráter normativo;

b) o caráter em regra opinativo de suas manifestações, afastadas com muita facilidade pelos órgãos consulentes: perde-se de vista a idéia de que a interpretação da lei é atividade complexa que incumbe ao profissional da área jurídica; o próprio artigo 1º do Estatuto da OAB inclui entre as atividades privativas de advogado as de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Se o órgão de cúpula da Advocacia Pública consultiva proferiu o parecer, dando a sua interpretação da lei, esta só poderia ser afastada por outro profissional da área jurídica. Isto porque, se o assunto envolve apenas aspectos jurídicos, não se pode aceitar que sobre o mesmo acabe por prevalecer a decisão política, que envolve grande dose de discricionariedade, porém sempre dentro dos limites fixados pela lei. A discricionariedade não existe quando o trabalho de interpretação aponta a única solução possível perante o Direito; o ideal seria que a lei estabelecesse, com certa dose de precisão, os casos em que a manifestação do órgão jurídico é obrigatória, o que só acontece em determinadas hipóteses;

c) o advogado público da área consultiva é sempre visto como um profissional que "atrapalha", porque é a ele que incumbe dizer à autoridade aquilo que a lei permite e o que a lei não permite fazer; daí, mais uma vez, a idéia de que é indispensável a garantia da estabilidade para os profissionais da área; os cargos em comissão, comuns nas funções de assessoria, constituem, muitas vezes, um convite às falsas interpretações, colocando em risco a dignidade da instituição, por ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Na obra, já citada, **Discricionariedade adminis-**

trativa na Constituição de 1928, p. 112-114, tivemos oportunidade de apontar a importância da aplicação do princípio da moralidade administrativa na interpretação das normas jurídicas. Ali foi realçado que “o uso dos métodos mais desvinculados da letra da lei, se idealizados com o propósito de buscar a melhor interpretação, pode, no entanto, levar a resultados funestos, quando o intérprete usa de seus conhecimentos para dar à lei uma significação que ela na realidade não possui, desrespeitando, freqüentemente, aqueles mesmos valores que deveria proteger. Nesses casos, a interpretação é utilizada como instrumento ou como artifício para escapar ao comando da lei. Este tipo de comportamento amesquinha o trabalho de interpretação, por ofensa aos preceitos éticos da Administração Pública, que lhe atribuem o papel de defesa e garantia da legalidade, da moralidade administrativa e do interesse público. A tal ponto chega essa forma de interpretação que pode levar e realmente leva ao aparecimento de um sistema jurídico paralelo àquele oficialmente estabelecido. Agustín A. Gordillo, em sua obra sobre a “administração paralela” (*La administración paralela*, Buenos Aires, Editorial Civitas S.A., 1982, p. 60-61), realça a existência de uma Constituição formal e, ao lado desta, de uma Constituição real, que equivale a um sistema paraconstitucional; a primeira é a efetivamente promulgada pelo poder constituinte e, a segunda, aquela que, na realidade, se aplica. O mesmo se pode dizer de inúmeras leis ordinárias que, por força de interpretação, acabam tendo significado completamente diverso daquele que seria o ideal”.

Está certo que o consultor ou assessor jurídico não se limite a levantar óbices jurídicos àquilo que a autoridade quer fazer; ele deve apontar alternativas ou opções; mas, o que não pode fazer é falsear a interpretação para atender a pressões dos superiores hierárquicos.

3. O advogado público na função contenciosa

No caso do advogado público que atua em funções de representação judicial, a sua independência é muito menor do que a daquele que atua no órgão consultivo. Neste aspecto, a posição do advogado público não é muito diferente da posição do advogado da empresa privada. Em ambos os casos, a idéia de **liberdade** do advogado e a sua **competência exclusiva** na orientação técnica da causa parecem conflitar com a idéia de hierarquia inerente à sua posição dentro da entidade em que trabalham.

Em alguns países, como França, Bélgica e alguns cantões da Suíça, não se admite a possibilidade de o advogado ser um assalariado (cf. Ruy de Azevedo Sodré, **apud** Francisco Xavier da Silva Guimarães, **Questões Profissionais da Advocacia**). Segundo esse autor, “independência e subordinação são idéias antagônicas que a legislação daqueles países não tolera, por isso que o advogado subordinado a vínculo empregatício não pode postular em juízo. A sua atuação se limita ao campo da assessoria ou consultoria.”

Na Alemanha, pela mesma razão, ele pode advogar, mas não para a empresa à qual se vincula.

Em outros países, que são a maioria, como é o caso de Portugal, Inglaterra e parte dos Estados Unidos, o princípio é o da ampla liberdade; o advogado pode exercer a profissão, mesmo que vinculado a relação de emprego e mesmo em defesa da própria empresa de que é empregado.

No Brasil, uma vez que se adota a posição mais liberal, hão de se harmonizar os dois estatutos a que se subordina o advogado público. Ele está, evidentemente, sujeito ao Código de Ética de sua profissão e aos direitos e deveres do Estatuto do Advogado. Mas também se submete à legislação estatutária que disciplina a advocacia pública na esfera de governo em que atua.

O Estatuto da OAB estabelece, no artigo 18:

“Artigo 18 – A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.”

Mas essa independência é, evidentemente, relativa; se existe um corpo de advogados trabalhando para o mesmo cliente, que é o Estado, não é possível que cada qual aja individualmente, sem atentar para a orientação uniforme que o órgão deve seguir. Se cada qual tivesse absoluta liberdade para atuar, sob o ponto de vista técnico, muito maiores seriam os riscos de conduzir a decisões contraditórias para casos idênticos, o que já acontece, infelizmente, com grande freqüência. A independência do advogado deve limitar-se à busca de melhor argumentação, da melhor fundamentação. Isto não significa negar cumprimento à referida norma estatutária, mas dar-lhe

cumprimento na medida do possível para conciliá-la com as exigências da Administração Pública. O próprio artigo 3º do Estatuto da OAB diz que os advogados públicos sujeitam-se às suas normas, **além do regime próprio a que se subordinam**.

Não pode o advogado público recusar-se a fazer um acordo determinado pelas autoridades competentes sob o pretexto de que pode ganhar a questão; da mesma forma que não pode o advogado privado atuar contra a vontade de seu cliente.

O mesmo se diga ao redigir uma informação em mandado de segurança; ele não pode recusar-se a fazê-lo, ainda que esteja convicto de que o impetrante faz jus ao que pleiteia. Tem que limitar-se a sugerir à autoridade coatora que reconheça o direito.

O que o advogado pode e deve fazer é manifestar a sua opinião, representar, sugerir, até para proteger o órgão e a si mesmo contra injustas acusações. Jamais pode fazer a sua opinião sobrepor-se à vontade do cliente.

O advogado que atua no contencioso, como representante do Estado, atua como representante de **parte**; a sua posição é, portanto, parcial, diversamente da do consultor; ele defende a tese preferida pelo seu cliente, ainda que vá contra a sua convicção pessoal.

O que ele não está obrigado, até por constituir infração disciplinar, é a **“advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior.”** (art. 34, VI, do Estatuto da OAB).

Em hipótese como essa, o advogado pode e deve recusar-se a assumir a causa, desde que o faça justificadamente perante a superior autoridade. Trata-se de aplicação pura e simples do princípio da legalidade, tal como está expresso no artigo 5º, inciso II, da Constituição: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Qual a atitude do Procurador quando se verifique a má-fé da Administração Pública em juízo?

Não há dúvida de que é imoral o procedimento da Administração Pública quando ela sabe que vai perder a ação judicial mas insiste no prosseguimento do processo. Como não existe no Brasil o princípio da força obrigatória do precedente judicial, a Administração insiste em ações, sabendo que vai perder.

Ações idênticas de servidores públicos se repetem de tal modo que a elas se atribuem determinados títulos, como repique, repiquinho, adicional em cascata etc.

Essa má-fé caracteriza desvio de poder (hoje inserido entre os atos de improbidade administrativa, conforme artigo 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2.6.92), porque a Administração insiste em causas perdidas com o objetivo de retardar o pagamento das importâncias a que será certamente condenada. A Administração conta com a demora do processo judicial e dos ofícios precatórios.

A má-fé é agravada pela sucessão de recursos meramente protelatórios, com o evidente intuito de retardar o pagamento. Esse procedimento constitui desrespeito à moralidade administrativa, ao administrado, ao Poder Judiciário, que tem que ficar repetindo a mesma decisão por vezes sucessivas, isto sem falar no volume de processos iguais que hoje atravancam a Justiça.

Se nos casos em que a jurisprudência é vacilante a Administração tem justificativa para insistir nas demandas judiciais, para tentar fazer prevalecer a sua interpretação, o mesmo não ocorre em hipóteses em que a jurisprudência é pacífica, às vezes já fixada em incidentes de uniformização de jurisprudência ou em súmulas.

Vários aspectos devem ser realçados:

- a) essa má-fé é contrária aos interesses do Erário porque, no afã de deixar para governos futuros o pagamento de precatórios judiciais, a Administração está sobrecarregando os cofres públicos com todos os ônus decorrentes da demanda judicial;
- b) essa má-fé é prejudicial à Justiça, seja ela considerada como **valor**, mencionado na Constituição (consistente em dar a cada um o que é

seu), seja à Justiça considerada como sinônimo de Poder Judiciário, que tem o seu volume de trabalho consideravelmente acrescido em decorrência desse comportamento; também constitui desrespeito ao Poder Judiciário, como instituição, e um desprestígio à coisa julgada, pelo menosprezo por uma verdade legal já reiteradamente declarada pelo Poder Judiciário;

c) a má-fé, nesses casos, caracteriza a litigância de má-fé prevista no artigo 17 do CPC.

Repita-se, pois: qual a posição do Advogado Público nesses casos?

1) Não tendo ele poderes para confessar, transigir, desistir, firmar compromisso, deve representar à autoridade competente; trata-se de **poder-dever**, ao qual o Advogado não pode renunciar: primeiro, porque tem que alertar a autoridade sobre a jurisprudência existente e sobre a inutilidade da demanda; segundo, porque ressalva a sua própria responsabilidade em caso de condenação da Fazenda por litigância de má-fé.

2) Com relação aos **recursos**, a rigor, as leis conferem a atribuição de dispensar a sua interposição a determinadas autoridades da própria Procuradoria; ocorre que, às vezes, o prazo é tão curto que não dá tempo para representar e aguardar a resposta, além do fato de que a existência de modelos prontos de recurso torna mais fácil a sua interposição do que o pedido de dispensa. Cabe lembrar, no entanto, que os recursos judiciais estão sujeitos a pressupostos definidos em lei e a vinculação do Procurador ao regime estatutário da Procuradoria não pode tolher a sua independência ao ponto de levá-lo a interpor recurso sem qualquer fundamento legal. A repetição desse tipo de recurso, principalmente perante os tribunais federais somente serve para desprestigiar a própria instituição da Advocacia Pública. Um recurso indevidamente interposto, principalmente nos casos em que é manifesto o seu não cabimento, enseja a responsabilidade pessoal do Procurador por litigância de má-fé e até por ineficiência no desempenho do cargo.

4. A posição do advogado público na ação popular

Outro aspecto a salientar é o que diz respeito à obrigatoriedade, ou não, de o advogado público defender a autoridade na ação popular. Sabe-se que sujeitos passivos, na ação popular, são as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que administrem total ou parcialmente, o patrimônio público; as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado,

aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão; e os beneficiários diretos do ato (art. 6º, da Lei nº 4.717, de 29.6.65).

É freqüente, na prática, ser designado um advogado público para defender as autoridades citadas na ação popular.

Trata-se de irregularidade incompatível quer com as atribuições do cargo, quer com a própria posição da pessoa jurídica na ação popular.

Em relação às atribuições, porque o advogado público, por força da própria Constituição, representa a pessoa jurídica; ele é investido no cargo para essa finalidade.

Em relação à posição da pessoa jurídica, a incompatibilidade existe, porque a mesma pode assumir diferentes posições no processo da ação popular: pode contestá-la ou não e pode reconhecer a procedência do pedido e passar a atuar do lado do autor. Não poderia o mesmo órgão jurídico assumir a defesa da pessoa jurídica e da autoridade responsável, por haver possibilidade de colidência de interesses. O autor defende, presumivelmente, o interesse público, que coincide com o da pessoa jurídica contra a qual é proposta a ação; a autoridade atua na defesa de seu interesse pessoal, que nem sempre coincide com o interesse público.

Esta é uma das hipóteses em que o advogado público pode e deve recusar o patrocínio da causa.

Mais uma razão haverá se a lei impuser ao advogado a dedicação exclusiva que o impeça de advogar para outros clientes que não a própria pessoa jurídica a que está vinculado.

5. A Advocacia Pública diante do ideal de privatização

Muitas críticas vem sofrendo a instituição da Advocacia Pública, em vários níveis, especialmente no âmbito de alguns Estados e Municípios, em que o ideal de tudo terceirizar parece ter tomado conta de alguns governantes mais afoitos e pouco preocupados com o Direito.

Fala-se em perda de prazos, em defesas de ações de interesse pessoal dos próprios advogados públicos, de excesso de trabalho, de corporativismo, de desinteresse, de negligência. Tudo isto não consegue esconder o real objetivo de terceirizar os serviços afetos à advocacia pública, dentro dos ideais da privatização. Por outras palavras, isto tudo nada mais é do que mais um dos inúmeros movimentos cujo objetivo é o de tentar demonstrar a ineficiência das instituições do Estado e justificar a transferência de atribuições públicas para o setor privado.

Há que se lembrar que a Advocacia Pública é apenas uma das instituições que teve as suas atribuições desmesuradamente acrescidas, sem que a esse acréscimo no volume de trabalho correspondesse o necessário crescimento de estrutura, de melhoria de condições de trabalho, quer em termos de recursos humanos quer em termos de recursos materiais.

Uma das razões do crescimento das atribuições da Advocacia Pública foi a mudança na forma de conceber-se o controle da Administração Pública e que repercutiu sobre todos os órgãos de controle.

Sabe-se que, no período do Estado Liberal, as relações entre o Estado e cidadão eram pouco frequentes, porque o Estado se limitava a exercer atividades essenciais. Com o crescimento desmesurado do Estado, em decorrência de sua atuação nos mais variados setores da sociedade e com a crescente preocupação com a proteção dos interesses coletivos os mais variados, o acesso à Justiça também se ampliou de forma desmesurada, sem que o Poder Judiciário tivesse acompanhado essa evolução, seja em tamanho, seja em preparo dos magistrados, seja em estrutura, seja em forma de atuação, de modo a poder atender a todas as demandas que chegam às suas portas.

Charles Debbasch, que coordenou a publicação da obra "Administration et Administrés en Europe", fez uma introdução, já em 1984, sobre as tendências atuais do controle da Administração Pública:

1) uma primeira que consiste em **passar de meios de controle individuais para formas de ação coletiva sobre a administração**, pela atuação de associações, partidos políticos, sindicatos, imprensa; a grande vantagem da ação coletiva é a de conseguir resultados uniformes para toda a

coletividade que se encontra em igualdade de condições, favorecendo a isonomia, além de desatrarancar a Justiça do excesso de ações individualmente propostas, com idênticos objetivos e com o risco de resultados diversos;

2) uma segunda evolução se traduz pela **passagem dos métodos de controle formal para métodos de controle mais informais**, com a criação de institutos como o Ombudsman dos países escandinavos;

3) **passar de uma ação exterior à Administração (pelo Legislativo ou Judiciário) para um controle interno à Administração**; isto ocorre pela instituição de procedimentos variados que visam a agir sobre a Administração para proteger o administrado por via de participação do cidadão, motivação, direito à informação e outros instrumentos que facilitem a proteção dos interesses dos administrados, sem necessidade de ir a juízo.

A essas três tendências pode-se acrescentar uma outra: a de passar de um exame de legalidade externa do ato da Administração para o exame de uma legalidade interna. A ampliação do conceito de legalidade para abranger valores e princípios faz com que o controle sobre a Administração Pública passe a abranger aspectos como o desvio de poder, a moralidade, a economicidade, a legitimidade, a razoabilidade, a adequação dos fatos à norma, a qualificação jurídica dos fatos feita pela Administração.

A consequência inevitável dessas alterações foi a de ampliar a tarefa de órgãos de controle, como a Advocacia Pública em seus vários níveis, o Tribunal de Contas e o Ministério Público.

Com efeito, a Advocacia Pública teve as suas atribuições sensivelmente ampliadas. De um lado, por ter-lhe sido conferida legitimidade para propor ação civil pública. De outro lado, pelo aumento de sua responsabilidade. A título de exemplo, mencione-se a obrigatoriedade de exame, por órgão jurídico, de todos os editais de licitação e minutas de contratos, prevista na Lei nº. 8.666, de 21.6.93.

Além disso, a Constituição Federal, no artigo 71, parágrafo 3º, veio determinar que "as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito

ou multa terão eficácia de título executivo". Ocorre que o Tribunal de Contas, em grande parte dos casos, encaminha os autos às Procuradorias, "para as providências cabíveis", não identificando os responsáveis nem o valor do débito, deixando para a Advocacia Pública esse mister.

Outro problema com que se defronta a Advocacia Pública é a já referida sobrecarga de ações iguais, interpostas em matéria de direito público, principalmente em assuntos envolvendo servidores públicos e matéria tributária, graças, em grande parte, à má-fé da Administração Pública, que insiste em manter decisões que o Judiciário, em casos precedentes, afirmou e reafirmou serem ilegais. E também a má-fé quando a Administração faz despesas sem dispor de dotação orçamentária para arcar com as mesmas, levando os prejudicados às portas do Judiciário, a exemplo do que ocorre com as desapropriações.

Todo o acréscimo de atribuições da Advocacia Pública e todos os problemas que enfrenta não foram compensados com o acréscimo de recursos humanos e materiais. Os quadros de advogados públicos vêm diminuindo, em decorrência das várias formas de vacância, sem que haja reposição pela abertura de novos concursos públicos.

Nesse como em outros setores da Administração Pública, a nítida impressão é a de que se pretende **desmontar** instituições inteiras com o objetivo único de justificar a terceirização, sem maiores preocupações com o custo, com a economicidade, com a viabilidade jurídica, com a qualidade do serviço a ser prestado por profissionais que não passaram por qualquer processo de seleção.

Sob o ponto de vista jurídico, há que se lembrar que, sendo a Advocacia Pública uma instituição prevista em âmbito constitucional, a terceirização de suas atividades por pessoas jurídicas que tenham o seu corpo de advogados, organizado em carreira, não encontra fundamento legal, a não ser em hipóteses devidamente justificadas, como é o caso, por exemplo, de defesa de assunto de interesse pessoal da própria categoria, ou de hipótese que envolva maior complexidade, a exigir profissional mais especializado.

6. Conclusões

O ideal para a Advocacia Pública seria, pelo menos:

- 1) que fosse ampliado o rol de ações com efeitos “erga omnes”,
- 2) que a função consultiva não ficasse dispersa por vários órgãos, porque isto facilita a proliferação de interpretações diferentes;
- 3) que os órgãos consultivos atuassem desvinculados de órgãos essencialmente políticos, já que os mesmos, precisamente por sua natureza, comprometem a independência da instituição;
- 4) que o Advogado Geral tivesse mandato determinado, para poder atuar com maior independência;
- 5) que suas manifestações, em matéria jurídica, fossem vinculantes para toda a Administração Pública;
- 6) que aos órgãos contenciosos fosse dada a atribuição obrigatória de representar perante as autoridades governamentais para que as decisões uniformes da jurisprudência se aplicassem a todas as situações iguais.

Condicionamento de Direito Estimulador do Abuso do Poder Econômico

Celso Antônio Bandeira de Mello

*Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade
Católica de São Paulo*

Consulta

“A Consulente atua no setor de gás liquefeito de petróleo, estando embasada em autorização do Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, sucessor do extinto Conselho Nacional de Petróleo – CNP.

Neste setor atuam 13 (treze) empresas, que são chamadas “distribuidoras” ou “engarrafadoras”, pertencentes a **dez grupos**. Quatro deles dominam 70 a 80% do mercado: a Ultragaz, a Agip-Liquigás, a Supergasbrás e a Norte-GásButano. O resto do mercado está distribuído entre as chamadas pequenas companhias. Relatório do CADE, publicado em sua

Revista de Direito Econômico, no bojo de artigo intitulado "Manias e Manobras do Oligopólio", em 1986 (doc. anexo), época na qual funcionavam ao todo 11 (onze) empresas (atualmente há mais duas), dá conta desta situação e dos respectivos percentuais no mercado. De então para cá, a fatia dominada pelas oligopolistas não decresceu.

No exercício de suas atividades as distribuidoras utilizam-se de botijões para engarrafar o gás, que é bombeado pela Petrobrás para os terminais das engarrafadoras. Todo botijão traz estampado, ainda que de maneira não muito clara, a marca do engarrafador em relevo, e traz, também, o lacre de quem o engarrafa. Este gás, uma vez acondicionado, é vendido diretamente ao consumidor, por caminhões que fazem a entrega de porta em porta, seja por intermédio de representantes exclusivos, devidamente credenciados pela distribuidora, os quais também procedem à venda de porta em porta.

Sendo altíssimo o custo do botijão, ocorre um fenômeno similar ao que se passa com as garrafas de refrigerante ou cerveja. O revendedor e o consumidor têm que dar retorno de um vasilhame vazio ao receber um botijão cheio. Segundo a Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo, existem no País cerca de 80 (oitenta) milhões de botijões, dos quais apenas 15% (quinze por cento) estão registrados contabilmente como pertencentes às engarrafadoras (doc. anexo); o restante está com os consumidores ou distribuidores. É importante registrar que, apesar disto, todos os botijões, por terem sido comercializados pelas distribuidoras, trazem estampadas as respectivas marcas.

Há um forte mercado secundário para os botijões (isto é, não negociado diretamente pelas distribuidoras), sendo eles quase que "moeda corrente" entre os agentes no mercado. Com efeito, para comprar o gás, os consumidores ou (a) dirigem-se, seja a uma das distribuidoras, seja a uma loja de ferragens, para adquirir o botijão, a fim de trocá-lo com que lhe vier vender o gás ou (b) adquirem o botijão da própria engarrafadora ou seu revendedor, no momento da entrega do gás, ocasião em que, aquele que lh'o vende emite uma nota de venda ao consumidor.

Por outro lado, os revendedores geralmente não têm capital suficiente para comprar a totalidade dos botijões que irão distribuir, daí que recebem-nos da distribuidora que representam, a título de empréstimo, quando não os

compram diretamente dela ou quando não os compraram de algum ferro velho ou mesmo de alguma outra distribuidora. As distribuidoras, em geral, alegam que ditos botijões foram entregues, quer para revendedores, quer para consumidores, em "comodato", entendimento, este, que parece descabido ante a fungibilidade do bem, conforme, aliás, acórdão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (doc. anexo).

Passa-se, na operacionalização concreta do sistema de distribuição de gás em botijões, que, ao ser fornecido o gás engarrafado, por ocasião da troca do vasilhame com o consumidor, raramente o botijão vazio por este devolvido traz a marca da empresa que lhe está fornecendo o botijão cheio. Geralmente, esta marca é de outra distribuidora, mas o fornecedor não pode recusá-lo.

Os botijões recebidos por uma engarrafadora, mas que ostentam a marca de outra, são denominados "OMs", isto é, de outras marcas.

Em razão de Portaria do extinto CNP e, ulteriormente, por Portaria do DNC, ora vigente (doc. anexo), as distribuidoras são obrigadas a armazenar os botijões "OM" e providenciar a chamada "destroca" deles com os titulares das respectivas marcas, no menor prazo possível, sendo proibido o engarrafamento de botijões com marcas alheias, salvo prévio acordo entre as empresas, sob sanção de multa e fechamento administrativo.

Ocorre que, ressalva feita de uma das grandes empresas – a *Ultragás*, que tem fábrica de botijões, embora também ela já tenha sido autuada e fechada por engarrafar "OMs" – todas as demais companhias efetuam engarrafamento de "OMs" e o comercializam, apondo lacre com sua marca no botijão que traz estampa de outra empresa. Com efeito, é impossível para as médias e pequenas empresas não o fazê-lo, pena de inviabilizar-se sua atividade, tudo conforme razões elucidadas na resposta dada pela Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo em interpelação judicial (doc. anexo pré-referido). Aliás, ditas razões já haviam sido externadas por esta mesma entidade em diversas reuniões e congressos efetuados dentro do próprio DNC e do MINFRA.

Acrescente-se que sempre a Consulente interpela as grandes companhias para efetuar a chamada "destroca" de botijões, elas raramente o fazem, alegando não possuí-los. Daí que a Consulente, *como as demais*, ter-

mina envasilhando os OM que não consegue destrocá-los, isto é, os "indestrocáveis". Esta situação generalizada não é nova. Pelo contrário, perdura há mais de vinte anos. Aduza-se que o próprio custo da destroca é irracional, pois força as empresas a percorrer milhares de quilômetros em busca de botijões que ostentem suas marcas.

Ante o exposto e os documentos instrutórios acostados, indaga-se:

I – Os botijões continentais de GLP depois de entregues ao consumidor, ainda pertencem à empresa cuja marca original ostentam, ou sua propriedade é por este adquirida e, sucessivamente, pela empresa que os recolha no mercado?

II – São válidas as disposições arts. 13 e 14 da Portaria nº 843, de 31.10.90, do DNC – Departamento Nacional de Combustíveis que vedam – salvo prévio acordo entre as distribuidoras – o envasilhamento dos botijões designados como "OM", (de outras marcas)?

III – É possível, evidentemente considerando existir o "*periculum in mora*", obter-se em medida cautelar a sustação dos efeitos das disposições obstativas de engarrafamento de "OM" (salvo acordo entre as distribuidoras), bem como, a suspensão de atos de fiscalização tendentes a impedir dito envasilhamento, uma vez adotadas as cautelas necessárias para identificação da empresa envasilhadora, tais como as de pintura de botijão com uma cor distinta das de outras marcas ou a entrega ao consumidor (nos moldes do que é feito na Argentina) de um selo-garantia a ser por este guardado para identificar o vasilhame que lhe foi entregue?"

Às indagações respondo nos termos que seguem.

Parecer

1. Da exposição que precede a Consulta e de seus documentos instrutórios merecem ser realçados os seguintes pontos:

(a) As empresas distribuidoras de GLP, conhecido como gás de cozinha, recebem-no diretamente da Petrobrás e o engarrafam em botijões nos quais devem estar estampadas as respectivas marcas comerciais (cf. art. 11, parágrafo único da Portaria nº 843, de 31.10.90, expedida pelo DNC – Depar-

tamento Nacional de Combustíveis). Procedem à entrega domiciliar (ou industrial) deles, diretamente ou mediante representantes exclusivos;

(b) O consumidor paga pelo produto e entrega o botijão relativo a algum anterior fornecimento *feito por qualquer dos fornecedores de GLP* ou, no caso de fornecimento inicial, versa a importância relativa ao sobredito vasilhame, salvo se possuir, para oferecer em troca, algum botijão adquirido em casa de ferragens;

(c) Todas as empresas, ao atenderem o consumidor, são *juridicamente obrigadas a dele receber vasilhames vazios, seja qual for a marca de origem que tenham* (art. 18, primeira parte da aludida Portaria);

(d) Sem embargo, as empresas só podem engarrafar botijões de outra marca de origem – conhecidos como “OM” – se houverem previamente acordado entre si (cf. arts. 13 e 14);

(e) À falta deste prévio acordo, terão de proceder, no menor prazo possível, à destroca dos correspondentes vasilhames (art. 18, segunda parte), segundo sistemática entre elas mesmas estabelecida (parágrafo único do mencionado artigo);

(f) Passa-se que quatro grandes empresas controlam **mais de 70% de um mercado altamente oligopolizado**, no qual operavam mais outras nove empresas com modesta participação, variando de 4,5% a 01% (tudo cf. relatório produzido já em 1986 por órgão do Ministério da Justiça, o CADE, e transcrito em artigo titulado “Manias e Manobras do Oligopólio”, publicado na Revista de Direito Econômico, deste mesmo órgão). Atualmente, afora as oligopolistas, que continuam a manter o mesmo percentual anterior, há outras onze empresas, pois, de 1986 para cá, ingressaram no mercado mais duas;

(g) Tais grandes empresas, evidentemente, não têm interesse algum em firmar contratos autorizando o engarrafamento em botijões que ostentem suas marcas de origem, nem em proceder – e muito menos no menor prazo possível – às “destrocas” de vasilhame. Pelo contrário, é compreensível que seus interesses comerciais sejam o de que às pequenas empresas faltem botijões com as respectivas marcas de origem e que não possam envasilhar GLP com os “OM”, pois assim criarão invencíveis obstáculos a que estas últimas atendam às respectivas clientelas;

(h) Não é de estranhar, pois, que vasilhames "OM" hajam sido encontrados em depósitos em regiões do País longínquas em relação à área de atuação da empresa cuja marca ostentam (cf. documento mencionado na letra "f"). Saliente-se que as áreas em que operam as empresas são previamente conhecidas e oficialmente identificadas, dada a obrigação de indicar ao DNC, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, o início ou o término de suas atividades em uma determinada área (art. 6º, IV, da Portaria em questão);

(i) Na prática, todas as empresas engarrafam "OM", ocasião em que são apostos lacres nos botijões, para identificar a autoria de tal engarrafamento. Inclusive as quatro oligopolistas engarrafam "OM", pois também elas já foram autuadas por isto (cf. documento referido na letra abaixo);

(j) Excetuado o caso das quatro oligopolistas, é simplesmente **inviável, inexecutável**, a operação normal das empresas distribuidoras de GLP, isto é, o atendimento das respectivas clientela, sem envasilhamento de "OM". Com efeito, em face de interpelação judicial, a Associação dos Fiscais de Derivados de Petróleo – ANFIPETRO, por seu diretor jurídico e representante legal, Dr. Aleixo Mendes de Carvalho, respondeu do seguinte modo à indagação nº 5 na qual se questionava se "No parecer dos Requeridos existe a possibilidade de as engarrafadoras continuarem a prestar, de maneira regular, o essencial serviço, que elas prestam, sem engarrafamento de OMs?": *"Não. Considerando 1ª) Tratar-se de um país com dimensões transcontinentais, onde cerca de 10 (dez) Grupos Econômicos, com apenas 108 (cento e oito) Bases de Enchimento e Distribuição de GLP, operam na prestação de serviços para uma população, hoje estimada em 138 milhões de habitantes e que em um universo estimado de 80 milhões de botijões existentes no país, tais grupos ostentam apenas como sua propriedade, não mais que 15% deste volume registrado em suas contabilidades, para o atendimento à demanda comercial diária, de acordo com sua quota de participação no mercado. 2ª) Tratar-se de Bens Fungíveis, onde outros fabricados com as mesmas especificações (ABNT) podem, perfeitamente, serem substituídos, no período em que ocorre o fenômeno dos indestrocáveis. Exemplo: uma determinada distribuidora possui em seu pátio de armazenamento 10.000 (dez mil) botijões de outras marcas e, em contrapartida, as congêneres não possuem tais quantidades para a realização das destrocas. Como a primeira, por força de normas, não pode envasilhá-los, fica impedida de honrar seus*

compromissos, tais como: a) Retirada de sua quota diária de GLP, anteriormente programada; b) Abastecer com regularidade seus revendedores de sua Área Operacional, abrangendo inúmeros municípios e fora de seu Estado sede; c) paralisação temporária de seu quadro profissional especializado; d) prejuízos de ordem econômica e e) à sua função de utilidade pública, acarretando prejuízos maiores à população, 3) A inexistência de uma Central de Manutenção e Destroca nas Regiões Operacionais do país, é a causa principal para o registro diário dos exemplos já mencionados. 4) Os botijões de todas as marcas passeiam por todo o país. É facilmente identificável a existência de "OM's" no Norte e Nordeste, pertencentes ao Centro-Oeste; Sudeste e Sul, e, vice versa, sendo impraticável as destrocas entre distribuidoras. Daí ironicamente, tais botijões são fatalmente condenados ao sucateamento. Quando, porventura, ocorre uma destroca de botijões os custos dessa operação são repassados aos consumidores, de conformidade com as atuais estruturas de preço vigente no país (os grifos não são do original).

É em face destes elementos atinentes à situação de distribuição de GLP que cabe considerar as indagações da Consulta.

2. Em vista da comercialização existente no setor e do próprio fato de apenas cerca de 15% dos botijões serem contabilizados pelas distribuidoras como de sua propriedade, ainda que a quase totalidade tenha a marca de alguma delas, a Consultante pergunta-nos, inicialmente, se os botijões recolhidos no mercado devem ser havidos como pertencentes à empresa cuja marca ostentam?

Cumpra, de logo, observar que os botijões em causa são, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, bens móveis *fungíveis* como pontuou, com absoluta clareza, acórdão – acostado à Consulta – da 11ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, proferido na Apelação nº 322.123/4, do qual foi relator o eminente relator ARAUJO CINTRA.

Deveras, nos termos do art. 50 do Código Civil: "São fungíveis os móveis que podem, e não fungíveis os que não podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade". As coisas fungíveis, nas palavras de SILVIO RODRIGUES, "são encaradas através de seu gênero, e especificadas por meio da quantidade e qualidade. Como são homogêneas e equivalentes, a substituição de umas por outras é irrelevante" (Direito Civil, Parte Geral, vol I, Ed. Max Limonad, 1967, 3ª ed., pág. 137).

3. Os botijões de gás enquadram-se na categoria de coisas genéricas, ou seja – conforme CARNELUTTI – aquela *“cuja diferença com outras se manifesta só para a classe, isto é, só para uma série de coisas. não em relação a cada coisa em si”*, sendo evidente a fungibilidade de tais botijões. É que, ainda segundo dicção do mesmo iluminado mestre: *“Precisamente porque as coisas genéricas, na classe, são idênticas umas às outras, diz-se que seu valor é idêntico em todos os sentidos; e quando sua equivalência se refere à sua utilidade, diz-se que são fungíveis”* (FRANCESCO CARNELUTTI – Teoria General del Derecho, trad. espanhola de Carlos G. Posada, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1941, pág.153).

De resto, como dantes se disse, a inequívoca fungibilidade dos botijões de gás foi caracterizada em termos que inadmitem controvérsia, no acórdão precitado, cujas palavras podem ser tomadas de empréstimo: *“Ora, os botijões de que tratam estes autos são tipicamente fungíveis, isto é, são suscetíveis de substituição por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade. Tanto é assim que são descritos na denúncia apenas pela sua quantidade e capacidade como vasilhame de gás. Tanto é assim que da mesma forma são descritos em todos os demais documentos a eles referentes juntados aos autos (conforme fls. ...). Tanto é assim que são utilizados em rodízio, uns substituindo aos outros que tenham as mesmas características (fls. ...). Acresce, no mesmo sentido, a informação de que eram utilizados, indiferentemente, botijões de várias marcas, como declaram...”*

4. Se mais fosse necessário, poder-se-ia acrescentar que tal fungibilidade exurge plenamente do simples fato de ser previsto na Portaria nº 843 (art. 18), o envasilhamento de “OMs” como fruto de acordo entre as empresas, fato que patenteia a indiferença do uso de quaisquer destes vasilhames **para o fim que os caracteriza e ao qual estão votados**. Do mesmo modo, igual confirmação reside no fato de que a Portaria em apreço impõe que, ao ser entregue botijão cheio, seja aceito do consumidor o botijão vazio, sem fazer qualquer acepção de marca original entre eles, providência que só se explica na pressuposição de que se equivalem.

Enfim, até mesmo o fato de virem sendo, como há muitos anos ocorre, utilizados indiferentemente, dada a generalização da prática de engarrafamento de “OMs”, demonstra de maneira inviduosa que não possuem qualquer individualidade da qual lhes pudesse advir infungibilidade.

5. Por se tratar de bem fungível, a entrega do botijão cheio ao consumidor, efetuada pela distribuidora (ou seu representante) **quando do primeiro fornecimento, efetuado contra o pagamento destacado para o vasilhame, isto é, sem contrapartida de outro botijão**, obviamente não tem a natureza de um comodato, porquanto este, nos termos do art. 1248 do Código Civil, "*é o empréstimo de coisas não fungíveis*".

6. Também não é um depósito – o chamado depósito irregular, *concernente a bens fungíveis*, regido pelas regras do mútuo (art. 1.280 do C.C.) e no qual "*o depositário se torna proprietário da coisa depositada e, por conseguinte, assume os riscos pela sua deterioração e perda*" (cf. SILVIO RODRIGUES – *op. cit.*, vol. III, pág. 294), porque é da essência do depósito – ato praticado no interesse do depositante – que a devolução se efetue, a qualquer tempo, quando o depositante o reclame (art. 1.265 do C.C.).

Com efeito, o depósito irregular "*tem sempre em vista o interesse do depositante, que pode exigir a restituição do bem a qualquer momento, mesmo que haja prazo convencionado para tal devolução – essa é a principal diferença entre esse depósito e o mútuo*" (cf. MARIA HELENA DINIZ, Tratado Teórico e Prático dos Contratos, vol. 3, pág. 200 – o grito é nosso). À toda evidência, não é esta a natureza do negócio travado entre o fornecedor de GLP e o consumidor; claro está, desde logo – e independentemente de qualquer outro aspecto – que o fornecedor não pode pretender, quando bem entenda, que o consumidor lhe devolva o botijão cujo conteúdo está sendo utilizado.

7. Finalmente, descaberia, ainda, considerá-lo um mútuo, negócio jurídico que se diferencia do comodato em que: "*a) no mútuo a propriedade da coisa se transfere a quem a tomou emprestada, o que não se verifica no comodato; b) no mútuo, a coisa emprestada é fungível ou consumível, no comodato, não fungível e não consumível*" (ORLANDO GOMES, Contratos, Ed. Forense, 4ª ed., 1973, pág. 349) . Deveras, como bem esclarece o citado autor: "*Se bem que o mútuo se caracterize pela transferência da propriedade da coisa mutuada, só se configura com a estipulação de que, em certo prazo, será devolvida coisa equivalente. Do contrário seria doação, se gratuito, ou venda, se oneroso*" (*op. cit.*, pág. 355).

Ora, no momento em que a distribuidora fornece o botijão de gás ao consumidor, contra pagamento, não faz estipulação alguma de que seja obrigatório devolver-lhe um equivalente (o que pretenderá, no próximo fornecimento, *se houver*, é uma troca, pois lhe entregará um novo vasilhame). De resto, a empresa, quando deixa de ser fornecedora de GLP àquele consumidor, jamais reclama de volta o botijão original ou um equivalente, o que bem demonstra sua consciência de que não o entregou a título de mútuo. Também não há notícia de que consumidor algum haja, em qualquer tempo, buscado ou (suposto dever buscar) a distribuidora para devolver-lhe vasilhame, ao deixar de utilizar gás engarrafado de sua marca ou de qualquer outra. Aí se revela, igualmente, que, tal como sua contraparte, jamais entendeu que o pagamento pelo botijão correspondia a um mútuo oneroso.

É, pois, claríssimo, que a empresa que após originalmente sua marca no vasilhame, do momento em que o coloca em circulação no mercado e fornece ao consumidor um botijão cheio, dele recebendo importância acoberdatória do vasilhame (de par com o valor do GLP), está, na verdade, *efetuando e com plena consciência disto, uma venda* do vasilhame, evento aperfeiçoado com a tradição.

8. Quando, diversamente, ao entregar ao consumidor um botijão cheio de GLP, dele recebe um botijão vazio – como normalmente ocorre – obviamente está efetuando, no que concerne ao vasilhame, o negócio jurídico denominado troca, negócio este que *“tem a mesma natureza da compra e venda, mas dela se diferencia porque a prestação das partes é em espécie, ao passo que na compra e venda a prestação de um dos contraentes é consistente em dinheiro... A troca encerraria uma dupla venda, pois, em vez de comportar alienação de coisa contra certo preço, como na compra e venda, compreende a alienação de uma coisa contra outra coisa”* (MARIA HELENA DINIZ, *op. cit.*, vol.2, Ed. Saraiva, 1993, pág. 31).

As empresas distribuidoras têm – repita-se – a mais clara consciência de que estes são os negócios jurídicos que envolvem a tradição dos vasilhames. De todo modo, é certo que assumem explicitamente que os botijões de sua marca, ao ingressarem no mercado, contra pagamento do consumidor, não mais lhes pertencem; são alienados aos consumidores. Se mais fosse necessário para comprová-lo, bastaria o fato de que, como resulta de documento “supra” referido (letra “j” do número 1: resposta da ANFIPETRO a interpelação judicial) as empresas só têm contabilizados como de sua pro-

priedade 15% de um total de cerca de 80 milhões de botijões utilizados no País para envasilhamento de GLP. Há nisto o reconhecimento de que, efetuado o primeiro fornecimento de GLP ao consumidor, o botijão lhe é alienado e a marca apenas identifica a distribuidora que procedeu ao envasilhamento original.

9. Registre-se, derradeiramente, que das disposições da Portaria nº 843, atinentes à obrigação das distribuidoras aporem originalmente marcas nos botijões ou à proibição de engarrafarem “OMs”, salvo acordo com as congêneres, **jamaís poderia derivar argumento prestante para infirmar o que foi dito.**

Com efeito, à toda evidência, Portaria alguma pode legislar sobre *direito de propriedade ou sobre direito civil em geral, ou sobre direito comercial*, mas, tão-somente, estabelecer disposições puramente administrativas. Sendo esta uma noção rudimentar, de conhecimento geral, escusa insistir sobre o assunto. Assim, resulta óbvio que seriam disparatadas quaisquer aspirações de alicerçar na Portaria – e ademais, por ilação – entendimento de que a propriedade dos botijões persistiria com quem lhes após a marca original, mesmo depois de haverem circulado no mercado de distribuição de GLP.

Assim, à primeira indagação cabe responder que os botijões recolhidos no mercado não devem ser havidos como pertencentes à empresa cuja marca ostentam.

10. Indaga-nos, ainda, a Consulente se é ou não ilegítima a proibição, estabelecida na Portaria nº 843, de engarrafamento de “OMs”, salvo prévio acordo entre as interessadas.

Ante os fatos apresentados na Consulta e em seus documentos instrutórios, a questão proposta afigura-se bastante simples. Sem embargo, para seu cabal desate, é útil rememorar noções teóricas singelas, notórias mesmo e que, bem por isto, sequer demandam grande desenvolvimento, pois na evocação é suficiente para oferecer ineludível resposta ao indagado. Vejamos.

É óbvio que norma jurídica alguma pode, a título de condicionar o exercício de comportamentos lícitos ou até mesmo explicitamente protegidos

pela ordem jurídica, dispor sobre a matéria de maneira a inviabilizar em termos reais, efetivos, o exercício normal da atividade que neles se substancia.

Ora, o direito em questão – o de exercer a atividade econômica de fornecimento domiciliar de GLP – de nada valeria se, por meio de Portaria regulamentadora, pudesse ser assujeitado a disposições obstativas de seu normal exercício. É dizer: se as normas expedidas para lhe regerem o desempenho inibirem sua viabilização, ou ensejarem que terceiros concorrentes o façam a seus talantes, estarão, na verdade, por um modo transversal, suprimindo-o, aniquilando-o, ou ensejando que estes últimos o façam. Para caracterização de tal ilegitimidade, é irrelevante o fato destas normas haverem ou não abrangido conscientemente tal propósito ou de seus autores terem vislumbrado referida consequência. O que importa é, se, em termos objetivos, desembocam no sobredito resultado.

11. No caso concreto, é indubitoso ser condição de funcionamento das distribuidoras a ocorrência de destrocas de botijões, no menor prazo possível, ou o prévio acordo entre elas para envasilhamento dos que ostentem as recíprocas marcas, sem o que, dito envasilhamento está proibido pela Portaria.

Contudo, é evidente e de solar evidência que as empresas oligopolistas – detentoras de mais de 70% do mercado – não têm interesse algum em proceder a quaisquer destas medidas **estritamente indispensáveis para o normal funcionamento da atividade das demais distribuidoras**. Ou seja: a adoção de providências condicionais ao exercício do direito que assiste às empresas de médio ou pequeno porte de atuarem normalmente no mercado foi entregue, pela Portaria, justamente aos interessados em obstar sua efetivação, isto é, aos sujeitos cujo interesse reside precisamente em suprimir-lhes a viabilidade de atuação!

Em suma: as normas expedidas para disciplinar o exercício de um direito que assiste a quaisquer das empresas autorizadas a distribuir GLP foram compostas em termos tais que, se forem obedecidos, ficaria inviabilizado o exercício de tal direito pelas pequenas e médias distribuidoras, pois sua exeqüibilidade passa a ser ditada pelos que têm interesse em obstar-lhe a viabilização.

Segue-se que, já por este aspecto, é nula a disposição dos arts. 13 e 14 da Portaria nº 843, quanto à proibição de envasilharem "OM", porque neles, a título de regulamentar o funcionamento do sistema de distribuição de GLP, aniquila-se a possibilidade efetiva, real, das pequenas e médias empresas operarem no setor. Isto é: *por vias transversas, elude-se o direito que se lhes proclama reconhecido.*

12. Acresce que, sabidamente, é defeso às normas jurídicas produzirem estatuições que conduzam a resultados antinômicos aos valores protegidos em regra de hierarquia superior. Este resultado interdito apresentar-se-á como particularmente chocante quando a norma de escalão mais elevado residir na própria Constituição e a inferior esteja alocada em nível subalterno na pirâmide das normas jurídicas – caso das Portarias de órgãos colegiais do Executivo.

A Constituição Federal, em seu art. 173, § 4º, expressamente estatui que: *"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da livre concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"*.

Desde logo, como é claro a todas as luzes, resulta destes preceptivos que lei alguma – e muito menos ato subalterno, como uma simples Portaria – poderiam regular qualquer matéria de maneira a afrontar tal preceito, *fomentando* o "abuso do poder econômico", a *eliminação* "da concorrência" e a "dominação dos mercados".

Visto que o dever dos atos infraconstitucionais é *coibir* tais eventos, aparece como inconcebível, como juridicamente teratológico, que, ao invés de fazê-lo, aprestem-se justamente a engendrar, com ou sem deliberada consciência disto, meios excelentemente aptos para *hiperestésiar* a "dominação dos mercados", para promover a *destruição* "da concorrência" e *para favorecer oficialmente* – com os esteios da norma reguladora – o "abuso do poder econômico".

Assim, por este segundo aspecto ressalta-se, ainda mais vivamente, a nulidade da proibição de envasilhamento de "OM", salvo acordo entre as distribuidoras, pois tal determinação, de par com a circunstância da inviabilidade real, efetiva, das destocas de botijões, se por mais não fosse pelo natural desinteresse das grandes empresas em efetuá-las, significa exata e rigo-

rosamente um formidável instrumento impulsionador e assegurador, uma verdadeira chancela ao abuso do poder econômico e um apoio oficial incomensurável à dominação do mercado pelas oligopolistas, tudo em contradição aberta com o precitado art. 173, § 4º, da Constituição Federal.

13. Finalmente, é certo que, no Estado de Direito, pessoa alguma pode ser assujeitada a sofrer em sua liberdade restrições administrativas maiores que as necessárias ao atendimento do interesse público que justifica a limitação ou restrição estabelecida pela autoridade competente para editá-la.

Calham, à fiveleta, as seguintes citas literais de CAPPACIOLI:

“Si deve tuttavia tener presente che, come vedremo, il potere discrezionale va sempre esercitato in modo che, fatta salva la soddisfazione dell’interesse pubblico per cui il potere è stato dalla legge conferito all’amministrazione (denominato interesse primario), gli interessi confliggenti con tale interesse (detti secondari) debbono essere sacrificato il meno possibile, siano pubblici o privati: questa regola è utilizzabile a fini interpretativi” (Enzo Cappacioli, Manuale di Diritto Amministrativo, vol I, CEDAM, Padova, 1980, pág. 158).

É que os poderes públicos não são deferidos às autoridades para que deles façam um uso qualquer, mas tão só para que os utilizem na medida indispensável ao atendimento do bem jurídico que estão, de direito, obrigadas a curar.

Deveras, a lei outorga competências em vista de um certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configuram uma superação do escopo normativo, um transbordamento da finalidade legal e, portanto, um transbordamento da própria competência. De outra feita, em obra teórica (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 5ª ed., 1994, pág. 56), averbamos que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na *extensão e intensidade proporcionais* ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que as disposições cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculadas de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito

da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

14. Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma extensão ou intensidade supérfluas, prescindidas, excessivas em relação ao que bastaria para proteção do interesse público que lhes serve de calço, fica patenteada de maneira clara a ilegitimidade em que está incurso.

Deveras, o *plus*, a demasia, acaso existentes, não beneficiam a ninguém, não concorrem em nada para o benefício coletivo. Apresentam-se, pois, como providências ilógicas, *desarrazoadas*, representando, pois, única e tão-somente, um agravo inútil, gratuito, aos direitos de cada qual – e, por isto, juridicamente inaceitáveis. Se, entretanto, como ocorre na situação vertente, o agravo supérfluo, imposto a alguns, beneficia indevidamente a outros, que disto extraem vantagem haurida à custa do sacrifício do direito alheio, mais ainda ressalta o caráter abusivo e injurídico da medida responsável por tal violência.

Ressentindo-se destes defeitos, além de demonstrarem anacrônico menoscabo pela situação jurídica do administrado – como se ainda vigorasse a ultrapassada relação soberano-súdito (ao invés de Estado-cidadão) – exibem, ao mesmo tempo, tanto um descompasso óbvio com o princípio da razoabilidade como sua assintonia com o escopo legal, ou seja, com a finalidade abrangida na lei atributiva da competência.

Cabe aqui, outra vez, invocar lições de ENZO CAPPACIOLI:

"Ma è altresì principio fondamentale della discrezionalità che, fin dove possibile, l'interesse primario deve essere soddisfatto col minor sacrificio degli interesse secondari.

Questo principio si riconnette a, e ad un tempo evidenzia, una ulteriore caratteristica della discrezionalità: la ragionevolezza. Il potere discrezionale deve essere esercitato secondo ragionevolezza. Se il fine pubblico può essere raggiunto con sacrificio minore, o in ipotesi con nessun sacrificio degli interesse secondari (pubblici o privati), non v'è motivo di operare diversamente" (op. cit. pág. 285).

Com efeito, ninguém está obrigado a suportar onerações à sua liberdade ou propriedade que não sejam, efetivamente, condicionais à proteção ao bem jurídico coletivo. Isto porque é o atendimento deste valor – e tão-somente ele – o que faz irromper “in concreto” a competência exercitável pela autoridade pública e, ao mesmo tempo lhe delimita a compostura, isto é, a específica amplitude na situação em causa.

15. Ora, se a obrigação de apor no vasilhame marca identificadora do distribuidor, conjugada com o óbice de envasilhar os de outras marcas (salvo acordo prévio entre os interessados), objetiva ensejar-lhe identificação, para fins de controle e eventual responsabilidade em caso de acidente relacionado com o fornecimento de GLP ao consumidor – única razão idônea que poderia justificar a exigência – então, ela é, de um lado, *excessiva*, desnecessariamente gravosa, impondo limitações mais amplas que as requeridas para atender sua finalidade e de outro insuficiente e contraditória, no que se revela *desarrazoada*.

É *excedente do necessário e mais gravosa do que teria de ser* para atingir o objetivo que a justificaria, pois este mesmo resultado é alcançável de outro modo e com maior propriedade; ou seja: sem o peso excessivo da limitação desnecessária imposta e sem aportar nas conseqüências manifestamente injurídicas a que já se aludiu. Ao invés de proibir o envasilhamento de “OM” (salvo prévio acordo entre as distribuidoras), bastaria exigir, sem prejuízo da marca original, que a empresa *envasilhadora* nele apusesse um laque identificador (como, de resto, já o fazem hoje), u'a marca qualquer, ou se fosse – cumulativamente ou não – obrigada a outorgar ao consumidor um termo de responsabilidade pelo envasilhamento do botijão de GLP fornecido.

De outro lado, é insuficiente e contraditória, logo *desarrazoada*, perante os próprios termos da Portaria, visto que libera o envasilhamento de OM, se as distribuidoras previamente acordarem nisto (art. 14)!

17. A Consulente indaga, ainda, se é cabível a suspensão, em medida cautelar, dos efeitos restritivos da Portaria nº 843 que foram objeto de exame na pergunta anterior, bem como a suspensão da fiscalização tendente a coibir o engarrafamento de “OMs”, pressupondo-se evidentemente, a ocorrência do “periculum in mora” e a adoção, por parte do envasilhador, de cautelas que o identifiquem como tal, quais as de pintura de botijão com uma cor distinta das de outras marcas ou a entrega ao consumidor de um

selo-garantia a ser por este guardado para identificar o vasilhame que lhe foi vendido (nos moldes do que é feito na Argentina).

Sem dúvida alguma, em face de tal pressuposto e uma vez adotadas as cautelas apontadas na indagação – as quais acobertam por inteiro os interesses que poderiam estar resguardados nas disposições restritivas da Portaria – é perfeitamente cabível, em medida cautelar, a suspensão dos impedientes antepostos pela Portaria nº 843 ao engarrafamento de “OMs”, bem como a suspensão de fiscalização tendente a obstá-lo, porquanto as restrições em causa constituem-se, como visto, em cerceios manifestamente injurídicos, pois impedem o exercício normal de um direito da Consulente, agravam-no além do necessário para obtenção do resultado que poderiam licitamente objetivar e favorecem a prática de abuso do poder econômico e dominação dos mercados.

18. Isto tudo posto e considerado, às indagações da Consulta respondo:

I – Os botijões continentais de GLP, uma vez entregues ao consumidor, não mais pertencem à empresa cuja marca original ostentam. Passam à propriedade do consumidor; daí circulam para o domínio da empresa distribuidora que, mediante troca, os recolha e assim sucessivamente (cf. itens 2 a 9 do parecer).

II – São clamorosamente inválidas as disposições dos arts. 13 e 14 da Portaria nº 843, de 31.10.90, do DNC – Departamento Nacional de Combustíveis, que vedam – salvo prévio acordo entre as distribuidoras – o envasilhamento dos botijões designados como “OM” (de outras marcas). A título de regular a atividade de distribuição de GLP, na verdade, inviabilizam, em termos efetivos, reais, o exercício de tal direito por parte das médias e pequenas empresas, proporcionando sua reserva apenas para as quatro oligopolistas, já que estas não têm interesse algum em firmar os acordos a que alude a Portaria, nem em efetuar destrocas de botijões – muito menos em prazo breve – tornando dessarte inexecutável, se atendidos os dispositivos em causa, a normal atuação das distribuidoras de menor porte. Além disto, os referidos preceitos, na medida em que, ao invés de coibir, favorecem e respaldam o abuso do poder econômico, a eliminação da concorrência e a dominação do mercado, põem-se em aberta contradição com o art. 173, § 4º, da Constituição Federal. Finalmente, os mencionados ditames da Portaria

“sub examine” incorrem na demasia que caracteriza transbordamento da competência manejada, porque impõem cerceios supérfluos, excedentes do necessário para atingir o fim que os justificaria, além de serem desarrazoados e contraditórios com tal objetivo. É que a competência manejada, tal como qualquer outra, deve obrigatoriamente ater-se ao indispensável para cumprimento do fim que a justifica, sem causar gravames inúteis aos administrados, pois o desempenho de atribuições públicas incompatibiliza-se com demasias que lhes sejam gratuitamente onerosas ou que impliquem sacrifício despiçando de direitos, pena de atraçoar a índole das competências públicas, sobreposse quando disto resulte, sem proveito público algum, vantagens indevidas para terceiros (cf. itens, 10 a 16).

III – Presente o “*periculum in mora*”, é cabível e procedente pedido de medida cautelar para sustar os efeitos das disposições obstativas de engarrafamento de “OM” (salvo acordo entre as distribuidoras), bem como, para suspender atos de fiscalização tendentes a impedir tal providência, uma vez adotadas as cautelas necessárias para identificação da empresa envasilhadora, tais como as de pintura de botijão com uma cor distinta das de outras marcas ou a entrega ao consumidor (nos moldes do que é feito na Argentina) de um seio-garantia a ser por este guardado para identificar o vasilhame que lhe foi entregue (cf. item 17).

É o meu parecer.

São Paulo, 2 de agosto de 1994

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Eleições municipais de 1996, com ênfase para o quadro de São Paulo

Mônica Herman Salem Caggiano

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Coordenadora Adjunta do Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Mackenzie, Secretária dos Negócios Jurídicos da Prefeitura do Município de São Paulo.

1. Introdução

A complexidade e peculiar mutabilidade das regras e práticas eleitorais impõem, por mais uma vez, aos analistas o exame do quadro a envolver a consulta popular programada para o corrente ano de 1996, com vistas à escolha dos Prefeitos municipais e dos Vereadores a compor os Legislativos locais a partir de 1^a de janeiro de 1997¹.

(1) As eleições municipais de 1996 envolvem a disputa de oitenta mil vagas para prefeito e vereador, por cerca de oitocentos mil a um milhão de candidatos, em todo o Brasil.

É que, não obstante a existência de um respeitável complexo normativo de regência desse sofisticado campo, o legislador ordinário tem entendido indispensável a edição de leis específicas para o disciplinamento particular de cada uma das consultas. Assim, já consolidada a tradição de normas especiais de regulação dos pleitos, talvez em razão do célere avanço das técnicas utilizadas nessa esfera de atuação e das transformações a atingir a própria sociedade, com reflexos imediatos quanto a suas demandas, o espectro eleitoral descortina, a cada pleito, uma série de inovações, impondo aos analistas renovado esforço na reconstrução dos vários e diversificados escaninhos que compõem o processo eleitoral.

Daí a exigência, diante da pretensão de disssecar o processo eleitoral de 1996, para a seleção de prefeitos e vereadores, de especial registro em relação ao ***bloco legal*** a discipliná-lo, a par da análise de questões que, costumeiramente, conferem ao tema um aspecto exótico e altamente controvertido.

2. Do Bloco Legal

No âmbito do bloco legal a incidir sobre o processo seletivo de 1996, emerge em posição sobranceira a **Lei nº 9.100, de 29 de setembro de 1995**, texto que estabelece as regras para a realização desse pleito, principiando sua ação regulamentadora com a fixação da ***data da consulta (3.10.96)*** e, nas hipóteses de ocorrência do ***segundo turno - 15.11.96***. O diploma vai além: fixa prazo de carência quanto aos requisitos domicílio eleitoral e filiação partidária (esse último, aliás, em flagrante contradição com a regra básica do art. 18 da Lei dos Partidos Políticos - Lei 9.096/95, paradoxalmente editada dez dias antes), autoriza coligações e normatiza sua concretização e funcionamento, dispõe sobre o registro das candidaturas, dos meios e fórmulas de fiscalização aplicáveis, da arrecadação e da aplicação dos recursos financeiros, da propaganda e faz *estrear*, a nível de exigência legal, a previsão de reserva de cota especial, dedicada à candidatura feminina (20% das vagas de cada partido ou coligação), donde sua rotuição de Lei das Cotas.

Aliás, relevante se nos afigura transcrever a postura protecionista, adotada pelo E.Tribunal Superior Eleitoral sobre a cota feminina, ao responder a Consulta nº 157, do Distrito Federal, "in verbis":

“Ementa- Candidaturas Femininas- Se não se preencherem os 20% das vagas destinadas às candidaturas femininas, a chapa poderá ser registrada, ainda que incompleto aquele percentual de mulheres. O que não se admite conforme entendimento firmado por esta Corte, é que a diferença seja preenchida por candidatos-homens”.
(D.J. 10.07.96)

É de se notar, porém, a par da relevante estréia da cota feminina, que, diante de um exame perfunctório, o documento oferece ao leitor a errônea impressão de exaurir o disciplinamento do quadro eleitoral a emoldurar os pleitos municipais de 1996, conquanto, em verdade, outros textos legais continuam irradiando seus comandos sobre as eleições deste ano.

Parece-nos salutar, nessa esteira, apontar o próprio **Código Eleitoral, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**, (ou o que restou de seus dispositivos), com especial ênfase ao capítulo dos crimes eleitorais e ao macroprecepto insculpido no seu artigo 237, voltado a robustecer a garantia de lisura do processo e a vedar ingerências emanadas do poder econômico, inclusive da máquina estatal a deteriorar o resultado do pleito.

No elenco de preceitos vedativos, resultantes de desdobramentos do já assinalado princípio consagrado pelo art. 237 do diploma eleitoral, merece registro a denominada **Lei Etelvino Lins — Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974**, — originariamente direcionada à regulação do transporte de eleitores e que, hoje, mantém destacada posição em função do disposto no seu artigo 13, que inaugurou regra proibitiva quanto ao ingresso, dispensa e movimentação nos quadros de pessoal do serviço público estadual e municipal.

Referida norma alimentou acirrada polêmica quanto a sua vigência e aplicação por ocasião do pleito de 1990 quando, de forma excepcional, o legislador se mostrou silente no tocante à regulação das eleições. Na ausência de regra específica, o E. Tribunal Superior Eleitoral acabou por lhe acoplar o caráter permanente (Resolução nº 16.437, de 03 de maio de 1990), posição reforçada pelo C. Supremo Tribunal Federal que declarou também sua constitucionalidade (RE 92.728-BA). O preceito, aliás, tem sua incidência assegurada no que toca às eleições de 1996, até porque a norma

projetada pelo Legislativo, quando da elaboração da atual Lei nº 9.100/95 - (art. 77), foi objeto de veto presidencial. Em especial, no Município de São Paulo, a regra vem servir de respaldo e fundamento à Ordem Interna nº 11/96 do Prefeito, que orienta acerca dos atos administrativos que poderão ser praticados no período eleitoral, em relação a servidores públicos.

O campo das inelegibilidades, de outra parte, vem subordinado à **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**, cujos dispositivos de maior interesse para os pleitos municipais podem ser visualizados no quadro infra transcrito:

PRAZOS DE DESINCOMPATIBILIZAÇÃO

ELEIÇÕES MUNICIPAIS/ 1996

| Cargo exercido | Prefeito | Vereador |
|--|--|---|
| Administrador Regional | exoneração/4 meses | exoneração/6 meses |
| Procurador Geral | " | " |
| Diretor de Dep. | " | " |
| Chefe de Assessoria e Supervisor | " | " |
| Coordenador e Supervisor | " | " |
| Chefe de Gabinete | " | " |
| Os servidores que tenham interesse direto na arrecadação, lançamento, fiscalização de tributo ou para aplicar multas | " | " |
| Servidor público municipal | afastamento/ 3 meses, assegurada percepção integral dos vencimentos (Res.TSE-18.019/92.) | afastamento / 3 meses, assegurada percepção integral dos vencimentos/ (Res.TSE-18.019/92) |

Relevante é notar a hipótese de desincompatibilização dos servidores públicos da Administração Direta e Indireta, que sofreu alteração de tratamento não apenas por parte do legislador como também por força da jurisprudência construtiva emanada da Justiça Eleitoral. Assim, num primeiro passo, cumpre frisar que a modelagem adotada pela Lei Complementar nº 64/90 ofereceu contornos diferentes à figura do afastamento do servidor público para a promoção da respectiva campanha (art. 1º, II, "I"). Até aí, esse afastamento recebia o tratamento de favor legal, mera li-

beralidade que o servidor poderia usar ou não. Um benefício assegurado a cada nova consulta eleitoral pelo respectivo diploma regulamentador.

Na sua nova roupagem, contudo, foi erigido à **hipótese de inelegibilidade**, obrigando o servidor a se afastar de suas funções, assegurados os vencimentos, por um período fixado em razão da data do pleito e não mais do registro da respectiva candidatura². E mais, nesse particular domínio, o próprio prazo de afastamento acabou sendo fixado pelo exercício da função normativa da Justiça Eleitoral, que estendeu aos pleitos municipais o período de 3 (três) meses preconizado pelo já referido art. 1º, II, "II", enquanto que, por força do disposto nos incisos IV e VII desse mesmo preceito, os prazos seriam de quatro e seis meses, dependendo da candidatura visar o cargo de prefeito ou de vereador. E mais ainda, nulificou o E. Tribunal Superior Eleitoral a viabilidade de afastamento quanto às candidaturas a cargos não pertinentes ao Município em que o servidor exercesse suas funções. Memorável, pois, a decisão consagrada por intermédio da Resolução nº 18.019-DOU 7.04.92, *in verbis*:

"I,a: Aplica-se às eleições municipais a inelegibilidade da alínea I, do art. 1º, II, da Lei Complementar nº 64/90, desde que vinculado o servidor candidato a repartição, fundação pública ou empresa que opere no território do município.

I,b: Para excluir a inelegibilidade de que cuida o item I, a, supra, deve o candidato às próximas eleições municipais afastar-se do cargo, emprego ou função até 2 de julho

I,c: O servidor afastado para o fim do item 2, supra, tem direito à remuneração integral por todo o tempo de afastamento exigido."

Interessante assinalar, também, as razões que conduziram a mais alta Corte Eleitoral a tal interpretação, igualando, em relação a todos os servidores públicos, independentemente do pleito a que venham a concor-

(2) No Município de São Paulo, a questão foi objeto de regulamentação especial - Portaria nº81/SMA-G.96 - da Secretaria Municipal da Administração, que, atendido o quadro normativo eleitoral, estabeleceu os trâmites processuais e condições de deferimento dos pedidos de afastamento formulados pelos servidores/candidatos

rer, o período necessário para fins de desincompatibilização: 3 meses. Tal solução, resta anotado no mencionado decisório, **“impede consequências catastróficas, dificilmente conciliáveis com o princípio constitucional da moralidade, quando transposta para o prisma de seus reflexos sobre a Administração Pública”**

Integrando o rol da legislação aplicável ao quadro eleitoral de 1996, não há como deixar de assinalar a nova lei dos partidos políticos, **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**, já em plena operabilidade, em especial no que toca à previsão de veiculação publicitária pelo sistema de curtas inserções, com a participação inclusive dos candidatos, mecanismo já absorvido pelos partidos de maior força político-eleitoral e com o qual a sintonia foi instantânea.

De fato, o diploma contemplou as agremiações partidárias de forma generosa com o acesso gratuito ao rádio e à televisão, preconizando, a par da possibilidade de divulgação, por semestre, de um programa em cadeia nacional e um em cadeia estadual, com a duração de 20 minutos, a utilização de inserções nesses veículos de comunicação, de trinta segundos a um minuto, perfazendo um total de oitenta minutos semestrais, quarenta em emissoras nacionais e outros quarenta nas estaduais (art. 49). No que toca ao programa semestral, o texto disciplinou a matéria para o período compreendido entre a sua edição e o início da próxima legislatura seguindo modelo mais econômico (art. 56, II e III). Não ofereceu, porém, tratamento diferenciado à nova técnica publicitária por via de inserções. E essas inundaram as telas no primeiro semestre do corrente ano, sendo acopladas a um *marketing* pré-eleitoral das candidaturas já definidas pelos respectivos partidos.

Questionada a utilização da propaganda partidária, por “spots”, para fins eleitorais e antes mesmo de qualquer definição, por via do processo de registro das candidaturas, a Justiça Eleitoral (Representação do Ministério Público Eleitoral contra inserções realizadas pelo PPB-decisão da 1a. Zona Eleitoral da Capital de São Paulo, datada de 11 de maio de 1996) concluiu inoportunizar qualquer vedação legal no tocante à transmissão de programas partidários que tenham como protagonista pré-candidato, frisando que **“pelo fato de aparecer o pré-candidato para difundir o programa é, sem dúvida, antiético, mas não ilegal”**.

Alinhando-se ao quadro produzido pelo legislador, não há como ignorar os atos reguladores emanados da Justiça Eleitoral com base na sua competência normativa e formalizados por via de Instruções. Nessa esteira, a comandar os pleitos eletivos de 1996,

o Calendário Eleitoral (Resolução nº 19.382, D.J.U. 22.11.95-pg40009), e as Instruções de nº 2 (Escolha e Registro dos Candidatos), 4 (Prestação de contas das Campanhas Eleitorais), 6 (Recibo eleitoral), 11 (Propaganda), 12 (Pesquisas Eleitorais Recepção dos votos e Garantias Eleitorais), 14 (Atos Preparatórios, Cédula Eleitoral, Recepção de Votos e Garantias Eleitorais nas seções em que for utilizado o sistema eletônico de votação), 15 (Formulários para as eleições), 16 (Apuração das eleições nas seções onde não for utilizado o sistema eletrônico de votação), e 17 (Apuração das eleições nas seções onde for utilizado o sistema eletrônico de votação), todas publicadas no DJU de 25.04.96-pg12993 e seguintes.

3. DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Nos termos do modelo eleitoral agasalhado pelo texto da Lei Maior (art.14, parág. 3º, V), na paisagem doméstica *não há lugar para candidaturas independentes*³ As candidaturas são vinculadas a partidos políticos, embora não mais perdue a regra da plena e exclusiva responsabilidade das agremiações político-partidárias no concernente à realização das campanhas eleitorais. Impõe-se, assim, um exame – ainda que sucinto – do quadro partidário, dos partidos que, isoladamente ou por intermédio da figura da coligação, engajaram-se no processo eleitoral e da responsabilidade do partido no tocante ao desenvolvimento da campanha e às ações que envolvem a disputa dos votos.

O panorama brasileiro oferece-se propício à proliferação das formações político-partidárias, ensejando uma considerável pulverização, um turismo interpartidário, de contornos bastante acentuados a nível parlamen-

(3) Sobre o tema, aliás, oportuna a observação do Prof. Cláudio Lembo, no sentido de que "o virtual monopólio conferido aos partidos políticos na indicação, apresentação e divulgação de candidatos, por toda parte, com cada- lhes uma relevância especial no quadro das instituições políticas, a ponto de, hoje, estar em curso uma tendência à "constitucionalização" destas associações – "Participação Política e Assistência Simples", São Paulo, Forense Universitária, 1991.

tar, e o surgimento em cena política dos denominados partidos nanicos. O quadro coloca o analista, de imediato, diante de uma realidade de 32 partidos políticos — 26 com registro definitivo, 4 com registro provisório e 2 com requerimento em tramitação, solicitando capacitação jurídica.

QUADRO PARTIDÁRIO

| <u>Partidos com registro definitivo</u> | <u>Partidos com registro provisório</u> | <u>Partidos com solicitação de capacitação jurídica</u> |
|--|--|---|
| PCdoB-Partido Comunista do Brasil | PAN-Partido dos Aposentados da Nação | PFB-Partido Feminista Brasileiro |
| PCB-Partido Comunista Brasileiro | PCO-Partido da Causa Operária | PJP-Partido de Justiça Popular |
| PDT-Partido Democrático Trabalhista | PSDC-Partido Social Democrata Cristão (ex-PDC) | |
| PFL-Partido da Frente Liberal | PSN-Partido Solidarista Nacional | |
| PL-Partido Liberal | | |
| PMDB-Partido do Mov. Dem. Brasileiro | | |
| PMN-Partido da Mobilização Nacional | | |
| PPB-Partido Progressista Brasileiro (fusão entre PPR e PP) | | |
| PPS-Partido Popular Socialista | | |
| PRN-Partido da Reconstrução Nacional | | |
| PRONA-Partido de Reedificação da Ordem Nacional | | |
| PRP-Partido Republicano Progressista | | |
| PSB-Partido Socialista Brasileiro | | |
| PSC-Partido Social Cristão | | |
| PDS-Partido Social Democrático | | |
| PSDB-Partido da Social Democracia Brasileira | | |
| PT-Partido dos Trabalhadores | | |
| PTB-Partido Trabalhista Brasileiro | | |
| PTdo B-Partido Trabalhista do Brasil | | |
| PV-Partido Verde | | |
| PSTU-Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado | | |
| PRTB-Partido Renovador Trabalhista Brasileiro | | |
| PTN-Partido Trabalhista Nacional | | |
| PGT-Partido Geral dos Trabalhadores | | |
| PST-Partido Social Trabalhista | | |
| PSL-Partido Social Liberal | | |

Desse invejável elenco de opções partidárias, poucos aqueles que efetivamente contam com adequado nível de representatividade. Como de maior expressão, continuam com o seu domínio o **PMDB** (107 deputados eleitos no último pleito de 1994, com uma bancada total de 129, incluindo os senadores), o **PFL** (90 deputados eleitos /94-bancada de 107 congressistas, incluindo os senadores), o **PSDB** (63 deputados eleitos/94-bancada de 73 congressistas, incluindo os senadores), o **PPB** (decorrente da fusão do **PPR** e do **PP** que elegeram em 1994, em conjunto 99 deputados), o **PT** (49 deputados - bancada de 54 congressistas, incluindo os senadores). E, dentre os

de menor densidade eleitoral, podemos anotar casos como o do **PL** (14 congressistas), **PC do B** (10 congressistas), **PMN** (4 congressistas), **PSC** (3 congressistas), **PPS** (3 congressistas), **PRP** (1 congressista), **PRN** (1 congressista) e **PV** (1 congressista).

As agremiações de menor expressividade eleitoral ingressam na disputa basicamente por via de coligações (para os pleitos municipais de 1996 autorizadas desde que pertinentes à eleição majoritária e proporcional ou apenas à majoritária- art. 6º), comumente visando a ampliação do tempo de antena⁴ dos mais poderosos, conquistando, em contrapartida, recursos de *marketing* e espaço mais promissor para os seus próprios candidatos. Por vezes, porém, sua participação tem por escopo mero ato de presença eleitoral, presença que, quando não produz efeitos nocivos sobre a campanha, por privilegiar, a partir da sombra, candidato de maior potencial, é salutar para o robustecimento da participação política e ampliação das possibilidades de exercício da cidadania.

As eleições municipais de 1996 já têm um quadro definido nesse sentido. Assim, em São Paulo, concorrendo ao pleito de 3 de outubro há o registro:

| Partidos Expressivos/Coligações | Partidos Nínicos |
|---|--|
| PSDB/coligação SP com PPS,PV e PSL/candidato José Serra/ 15min.27seg. | PSC/candidato Pedro de Camilo Neto |
| PMDB/coligação Viver São Paulo, com PSDC/candidato João Leiva ou José A. Pinotti (deputando a candidatura perante a Justiça Eleitoral) 17min.54seg. | PRTB/candidato José Levy Fidelis / 1 min.48 segs. |
| PPB/Coligação Não Deixa São Paulo Parar com PFL/ candidato Celso Pita/ 29 min.8seg. | PSTU/candidato Valério Arcary/ 1 min. |
| PT/coligação Sim Por São Paulo com PSB, PC do B, PMN, PCB/candidata Luiza Erundina/ 14min.18seg. | PTB/coligação São Paulo Esperança com PAN e PSD/candidato José Campos Machado/1min. |
| PDT/coligação Rossi por São Paulo com PL e PST/candidato Francisco Rossi/ 8 min.45segs. | PTN/coligação Bandeira Paulista com PGT e PT do B / candidato Derival Masci de Abreu/ 1 min.48 segs. |
| | PRP / candidato Carlos Alves/ 1 min.49 segs. |
| | PHONA/ candidata Havanli Tavares de Almeida Nimiz/ 1min.48segs. |
| | PCO |

(4) A questão aqui tratada diz respeito ao tempo de cada partido no horário gratuito de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. A partilha, nos moldes preconizados pelo legislador, sofre forte influência da representação de que dispõe cada agremiação junto à Câmara dos Deputados. As coligações, notadamente para os pleitos majoritários, sofrem o reflexo da necessidade de ampliação desse tempo de antena, poderoso veículo de *marketing* político-eleitoral. (Lei nº 9.100/95- art. 56 e seq.)

* Os partidos PPB, PMDB, PFL e PSDC não realizaram coligação para a eleição de Vereadores (sistema proporcional) e o PCO requereu apenas o registro de candidatos a Vereador na Capital de São Paulo.

** A título ilustrativo, parece-nos oportuno, apontar algumas coligações e candidaturas registradas em outros municípios, capitais de Estados da Federação brasileira. Assim, no Rio de Janeiro, verifica-se a realização de 6 coligações: "Verde Arco Íris" (PPS, PV), "Melhor Para o Rio" (PSDB, PMDB, PL, PB, PSD, PTB, PSC) — só para a eleição majoritária, "PT do B-PGT", "Rio Cidade Maravilhosa" (PST, PRP), "Unidade Popular" (PDT, PC do B, PSB). O PFL não integrou qualquer coligação, apresentando candidato isoladamente. Em Florianópolis, Estado de Santa Catarina, foram formadas 4 coligações: "Aliança Pela Vida" (PRTB, PAN, PMN, PSD, PV), "Força Capital" (PPB, PTB, PSDB), "Frente Popular" (PDT, PT, PCB, PPS, PSB, PC do B), "Nossa Cidade" (PFL, PL, PSC, PSL). O PMDB e o PSTU apresentaram candidatos independentemente de qualquer coligação. O quadro de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, oferece 4 coligações: "Frente Popular" (PT, PPS, PC do B), "União por Porto Alegre" (PSDB, PL, PFL, PSC, PSL), "União Social Popular" (PST, PMN, PSD, PRN), "Unidade Popular" (PC do B, PDT). Os partidos PTB, PPB, PSB, PSTU, PRONA, PMDB e PAN apresentaram candidaturas próprias, independentemente de qualquer coligação. Em Aracaju, Estado de Sergipe, há 7 coligações: "PDT/PTB", "PT/PCB/PC do B", "PMDB/PSB", "PST/PRN", "PL/PPS/PFL", "PPB/PMN/PRP", "PTN/PSC/PT do B". Os partidos PSTU, PSDC e PV apresentaram candidatos a prefeito sem coligação. Em Recife, Estado de Pernambuco, os partidos PPB, PT, PSTU, PSC, PFL, PPS, PSDB e PC do B apresentaram isoladamente candidatos. Em Salvador, Estado da Bahia, há 5 coligações: "PDT/PSDB", "PT/PCB/PPS/PSB/PC do B", "PRN/PSD/PRP", "PTB/PSC/PL/PFL/PT do B". Os partidos PMN, PGT, PMDB e PCO apresentaram individualmente candidaturas. Em Fortaleza, Estado do Ceará: os partidos PPB, PDT, PMDB,

PSL, PSC, PSN, PV, PSDB PC do B e PT do B apresentaram individualmente candidatos a prefeito. Em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, há 7 coligações "PSB/PMDB/PPS", "PSTU/PCO", "PRN/PST/PRP", "PT/PV/PCB/PC do B", "PSDB/PL/PPB/PTB/PSL/PSD/PT do B", "PDT/PMN/PAN/PRONA" "PFL/PSC". O partido PTN apresentou candidato isoladamente. Em Vitória, Estado do Espírito Santo, há 6 coligações: "PDSB/PDT/PV/PSDC" "PTB/PFL", "PMDB/PL/PC do B", "PSB/PAN/PPS/PSN", "PSD/PST", "PMN/PSC". O PT, PPB, PDT e o PRN apresentaram candidaturas individuais. Em Curitiba, Estado do Paraná: "PPB/PDT/PTB/PSC/PFL", "PT/PCB/PV/PC do B", "PST/PL/PSDC/PT do B", "PSDB/PPS". Os partidos, PSB, PMN, PTN, PSTU e PMDB apresentaram candidaturas isoladas. Em Belém, Estado do Pará, há 4 coligações, sendo que os partidos PRN, PMDB, PPB e PL apresentaram candidatos isoladamente. Em João Pessoa, Estado de Paraíba, há 4 coligações: "PPB/PDT/PC do B", "PSC/PMN/PSD", "PSDC/PRN/PRP", "PSB/PSDB". Os partidos PCO, PSL e PSTU apresentaram candidatos isoladamente. Em Porto Velho, Estado da Rondônia, há 4 coligações: "PT/PC do B/PV/PPS", "PSDC/PAN/PRP/PSN/PRN", "PDT/PPB/PL/PTB/PMN/PSD/PFL", "PMDB/PSDB". Os partidos PTdoB, PSB e PRONA apresentaram candidatos isoladamente. Em Boa Vista, Estado de Roraima, há 3 coligações: PTB / PMDB /PP", "PDT /PL/ PFL/PMN/PSB/PV/PSDB/PCdoB", "PT/PST/PTN/PSC/PPS/PSDC/PSD/PRP" Os partidos PRTB e PSL apresentaram candidatos isoladamente.

O exame do momento eleitoral, quando o enfoque se dirige ao partido político, impõe especial atenção à questão da responsabilidade das agremiações no que concerne ao espectro financeiro das campanhas e ao *marketing* político. Afastando-se da clássica responsabilização integral dos partidos pela propaganda e movimento financeiro das campanhas pré-eleitorais, o legislador (Lei nº 9.100, de 29.09.95) optou por atribuir *solidariamente - a partidos e candidatos, tal reponsabilidade*. Quanto à figura da agremiação, a esta foi acoplada, em caráter obrigatório, a tarefa de registrar comitê financeiro e a relativa à abertura de conta bancária específica para o registro de todo movimento financeiro, contemplando, de forma

facultativa, os candidatos com essa última atribuição, com exceção dos candidatos a Prefeito e, nos municípios com mais de 50 mil eleitores, também os aspirantes a mandato de Vereador, para os quais impera também a obrigatoriedade. (art. 35, parág. 3º). O preceito contido no parágrafo 5º do já assinalado art. 35 é taxativo, porém, ao designar o candidato como:

“o único responsável pela veracidade das informações financeiras e contábeis referentes à sua campanha...”, embora persista a regra de que ***“a prestação de contas à Justiça Eleitoral será sempre feita por intermédio do comitê financeiro e assinada pelo presidente do Partido.”*** (art. 35, parág. 7º).

Em verdade, o documento legal a disciplinar os pleitos de 1996 acompanha o espírito que norteou a produção da Lei nº 8 713/93 (eleições a nível federal e estadual de 1994), aprimorando, até, o tratamento oferecido naquela oportunidade a vários pontos de intensa e eterna nevralgia nos domínios das consultas eletivas. Continua paradoxal e nebulosa, porém, a definição da responsabilidade. O candidato é o único responsável? É ao partido, contudo, que foi cometido o dever da prestação final de contas à Justiça Eleitoral. E mais, em se tratando agora de pleitos municipais, vários serão os lugares a comportar campanhas a vereador realizadas por candidatos que não têm a obrigação e não abrirão conta bancária própria (art. 35 parág. 3º). Nessa última hipótese, a campanha será desenvolvida pelo partido e alimentada financeiramente por contas partidárias. Ainda assim, persistirá a exclusividade pertinente à responsabilidade do candidato?

4. Do Financiamento das campanhas

Cuida-se aqui do aspecto financeiro a envolver a operação eleitoral, tema de irrecusável notoriedade porquanto ninguém há de ignorar que o custeio da atividade política demanda quantias cada vez mais vultosas, mormente nos momentos pré-eleitorais⁵, quando a disputa pelo voto impõe a busca incontrollável de fontes de captação de receita, conduzindo invaria-

(5) No artigo *“Legalidade, Legitimidade e Corrupção em Campanhas Eleitorais”*, (v. infra) de 1994, registrou a autora estudo elaborado pelo Prof. Roberto Aguiar que apontava o elevado custo do voto no Brasil, cerca de \$ 35.00. Em recente levantamento promovido pela revista *“Veja”* (ed. de 31.07.95), verifica-se uma redução desse valor, sendo orçado o custo médio do voto para prefeito em \$ 20.00 e para vereador \$ 10.00. O montante de dinheiro que deve circular nas eleições municipais de 1995, na eslativa apresentada, implicará em cerca de 3 bilhões de dólares.

velmente a um processo periférico e nocivo de obtenção de aportes financeiros que desvirtuam e contaminam todo o cenário eleitoral.

A verdade é que a questão financeira a envolver a atividade partidária tem sido encarada com reserva, não só por força das dependências que possam originar, como, também, em face do iminente perigo de deterioração da vontade popular expressa através do voto. Daí o vasto e grave repertório de escândalos, girando em torno do financiamento da atividade política, a ocupar os espaços da imprensa. Daí, ainda, a busca de meios e adequada regulamentação, aptos a intimidar, a desmotivar e a reduzir as práticas espúrias, timbradas pela corrupção.*

O legislador de 1995 (Lei nº 9.100) acompanhou, de perto, o espírito arrojado do texto normativo a comandar o pleito de 1994, editando normas mais consentâneas com as práticas de arrecadação de fundos, reconhecendo e regulamentando a captação de recursos no âmbito da esfera privada, de pessoas físicas e jurídicas, de molde a assegurar um determinado equilíbrio à campanha (estabelecimento de limites-art. 34), a transparência (visando identificar quem financia quem – a obrigatoriedade do recibo previsto no parág. 5º do art. 36), a lisura e a autenticidade da consulta.

Aprimorou o mecanismo pertinente à introdução de tetos máximos de contribuição e o respectivo controle, inaugurado por ocasião do pleito de 1994, abandonando o sistema do "bônus eleitoral", para manter simplesmente a exigência do já aludido *recibo* a ser fornecido pelo candidato ou partido a cada contribuição, documento cuja confecção exige a lei formulário impresso em série própria para cada agremiação, segundo modelo aprovada pela Justiça Eleitoral (art. 36. parág. 5º).

Em resumo e para uma melhor visualização do quadro possível de doações em prol das campanhas eleitorais de partidos e candidatos, parece-nos oportuno registrar o seguinte esquema:

(6) O fenômeno corrupção foi objeto de análise no artigo "*Legalidade, Legitimidade e Corrupção em Campanhas Eleitorais*", da autora, in "*Cadernos Liberais*", ed. Centro de Estudos Políticos e Sociais-CEPS, S. Paulo, Brasil.

Limites de Doações

| <u>Pessoas Físicas</u> | <u>Pessoas Jurídicas</u> |
|---|---|
| 10% da renda de 1995 ou 70 mil UFIR (R\$ 61.929,00 em 1º .07.96) - o que for maior | 1% da receita operacional bruta de 1995 ou 300 mil UFIR (R\$ 265.410,00 em 1º.07.96) o que for maior. |
| 200 UFIR (R\$ 176.94 em 1º.07.96), quantia não sujeita à contabilização, que poderá ser dispendida por qualquer cidadão em apoio do candidato de sua preferência. | Em relação a todos os candidatos de determinada circunscrição - 2% da receita de impostos arrecadados pelo Município em 1995, acrescida das transferências constitucionais. |

Limites de Recursos do Próprio Candidato

→ limite máximo estabelecido para despesas pelo partido ou coligação (art. 36, parág. 1º. II).

Vedações

→ utilização de serviços gráficos custeados pelas Casas Legislativas, na hipótese de candidato detentor de mandato eletivo (art. 40).

→ doações de entidades estrangeiras, Administração Pública Direta e Indireta, concessionários e permissionários de serviço público, pessoas jurídicas ou físicas que mantenham contrato de obra ou serviço com o Poder Público, entidades declaradas de utilidade pública, entidades de classe ou sindical, pessoa jurídica, sem fins lucrativos, que receba recursos do exterior. (art. 37).

→ doações por intermédio de: confecção de material impresso de qualquer natureza; propaganda e publicidade, direta ou indireta, por qualquer meio; aluguel de locais para a promoção de atos de campanha; despesas com transporte ou deslocamento de pessoal a serviço das candidaturas; correspondência e despesas postais; instalação e funcionamento de comitês; montagem e operação de carros de som, de propaganda; confecção, aquisição e distribuição de camisetas, chaveiros e outros brindes; realização de pesquisas ou testes pré-eleitorais; aluguel de bens particulares para veiculação de propaganda eleitoral (art. 38) - tudo isto quando sua verificação ocorrer sem o registro da contribuição na forma regulamentar e se afigurar de valor superior a 200 UFIR.

Requisitos Formais.

→ o recibo, na forma preconizada no pará. 5º do art. 36; excetuada a hipótese autorizada por força do art. 39;

→ prestação de contas, na forma dos arts. 41 e seguintes.

→ balancetes mensais (pará. 3º art. 32. L. 9.096/95)

Instrumentos de Arrecadação - O dilema atinente ao levantamento de fundos de campanha, que os americanos reduzem à clássica expressão "raising the money", impõe a utilização de modernas técnicas promocionais direcionadas, ao lado do fundo partidário⁷ e das doações, a incrementar as possibilidades arrecadatórias, tema amplamente discutido no "Finanças Partidárias", publicado em 1983⁸ e que, a título ilustrativo, aponta, dentre outras, as modalidades infra arroladas:

→ maia direta

→ "fund-raising dinners, brekfast, lunches" e os atuais "brunches"

→ venda de adesivos, camisetas, bottons, etc.

→ publicações (venda avulsa ou por assinatura)

5. Da Propaganda Eleitoral

A temática pertinente à veiculação publicitária vem disciplinada pelo diploma que comanda o pleito de 1996 em capítulo à parte (arts. 50 e seguintes), texto complementado pela Instrução nº 11, editada pela Superior Corte Eleitoral, quadro normativo norteado pelo princípio alojado no art. 237 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65).

(7) Segundo noticiado pelos jornais "O Estado de S. Paulo" e "Jornal da Tarde" (ed. de 23.07.96), os partidos serão contemplados com cerca de R\$ 33 milhões, o maior repasse já realizado pelo Tesouro Nacional, montante a ser repartido entre todos os partidos, sendo os maiores privilegiados os que contam com bancadas mais numerosas junto à Câmara dos Deputados. Notícias-se, ainda, projeto de lei em tramitação, aumentando ainda mais a verba destinada ao Fundo Partidário, sendo proposto um valor aproximado de R\$ 500 milhões para partilha entre as agremiações.

(8) "Finanças Partidárias". Monica Heiman Salem Cagliano, Brasília, Sen. Federal-Centro Gráfico, 1983.

Em princípio, o legislador manteve o tratamento clássico, acompanhando de perto a linha adotada por ocasião das duas últimas consultas eletivas, de tom mais aberto e benevolente. Alguns itens impõem, contudo, uma atenção especial, em razão da eterna polêmica que suscitam. Dedicaremos, pois, maior atenção às modalidades permitidas, às vedações e a algumas hipóteses de maior teor nevrálgico.

Modalidades Permitidas

Após a escolha em convenção⁹, a partidos e candidatos é permitida a realização de propaganda, frisando o legislador a inviabilidade de cerceamento do *marketing* político-eleitoral por força de legislação municipal ou estadual.

Os veículos de divulgação albergam:

→ fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas, inscrições ou murais de qualquer dimensão em bens particulares.

→ alto-falantes e amplificadores de voz, das 14 às 22 horas, instalados nas suas sedes e em veículos de partidos, candidatos ou coligações, sempre a pelo menos 200 m de distância das sedes dos Poderes e estabelecimentos enumerados no parágrafo único do art. 244 do C. Eleitoral, a exemplo de hospitais, bibliotecas, igrejas, teatros ou quartéis. (art. 53, parág. 4º, L. 9.100/95).

→ distribuição de folhetos, volantes e outros impressos (panfletagem) em vias e logradouros públicos;

paradoxal e inconstitucional nos parece, porém, a liberação ampla e global da panfletagem eleitoral, ignorando-se a legislação municipal, notadamente quando esta tem por escopo preservar a higiene e a estética urbana. A questão já foi suscitada perante o Poder Judiciário, advindo o entendimento de que "o Código Eleitoral, prevê em seu art. 248 que ninguém poderá impedir propaganda eleitoral ... e dispõe no artigo seguinte que o direito de propaganda não

(9) O parág. 1º do art. 50 da lei eleitoral em vigor para o pleito de 1996 autoriza aos postulantes a legenda para candidatura a cargo eletivo promoverem suas campanhas uma semana antes da realização da convenção partidária.

importa restrição ao poder de polícia quando este deva ser exercido em benefício da ordem pública. Bastante claro também o art. 243 que relaciona casos em que não será tolerada propaganda, entre eles, quando houver prejuízo à higiene e à estética urbana, ou contravenha a postura municipais ou a outra qualquer restrição de direito" (Ac. nº 93954, DOE 4.11.86). E em outros municípios, a exemplo da cidade de São Paulo, deve haver legislação de limpeza pública que veda a panfletagem nas ruas e logradouros públicos; parece-nos, pois, que tal legislação local - com suas penalidades e sanções - deve prevalecer sob pena de lesar a previsão constitucional de competência reservada e exclusiva do Município (C.F. a.30. I) no que tangenciar o interesse local. E mais, a panfletagem irrestrita, tal qual pretendida pelo legislador eleitoral (art. 52) importaria aos municípios um ônus financeiro demasiadamente pesado (limpeza dos logradouros públicos, desobstrução de bueiros e bocas de lobo, etc.), o que também seria absurdo. Daí o nosso entendimento de que a propaganda por via de panfletagem deve adequar-se às disposições dos textos legais editados no âmbito de cada município.

→ realização de comícios em recinto aberto ou fechado, independentemente de licença da polícia e no horário compreendido entre 8 e 24 horas. O art. 3^o da Lei nº 1207, de 25 de outubro de 1950, comete à Secretaria Estadual da Segurança Pública a tarefa de fixar, ao começo de cada ano, as praças destinadas à realização de comícios e o art. 53, parág. 1^o da Lei 9.100/95 (repetindo regra anterior do art. 245 C.E.) exige apenas mera comunicação à autoridade policial com 24 horas de antecedência, no ensejo de se assegurar uma determinada ordem e tranqüilidade a tais atos de propaganda.

** é interessante notar que a recente lei editada no Município de São Paulo (Lei municipal nº 12.153, de 29 de julho de 1996), que dispõe sobre a necessidade de prévio aviso às autoridades municipais de trânsito nas hipóteses de manifestações públicas na Av. Paulista, visando assegurar o regular fluxo de tráfego na região, vai produzir reflexos sobre os atos de propaganda política, nessa modalidade,*

na indicada área. Por mais uma vez, porém, parece-nos oportuno assinalar a impositiva exigência de preservar o poder de polícia da autoridade municipal, interpretando a lei eleitoral de forma a não nulificá-lo, pois, isto seria absurdo.

→ a modalidade conhecida como "outdoor", que inunda ruas e avenidas no momento pré-eleitoral e que devido a sua larga utilização demandou regulamentação especial. A esse instrumento é dedicado o art. 55 da Lei nº 9.100/95, adotando-se a técnica do sorteio para a distribuição dos locais entre os partidos e rígida fiscalização da Justiça Eleitoral. A distribuição dos locais para a afixação do "outdoor" entre os candidatos de cada partido é tratada como questão "interna corporis" de cada agremiação (parág. 7º, art. 55).

→ divulgação na imprensa escrita, publicidade paga e que atende ao preceito do art. 54 da Lei 9.100/95 que limita a um oitavo de página de jornal padrão e a um quarto de página de revista ou tablóide a propaganda de partido, candidato ou coligação.

→ o rádio e a televisão, sendo assegurado aos partidos e às coligações horário gratuito pelo período de 60 dias anterior à antevéspera do pleito, partilhado, principalmente, com base na representação partidária junto à Câmara dos Deputados, nos moldes já configurados às ffs. 8 deste trabalho. Na televisão, os partidos, conjuntamente, foram contemplados com uma hora de propaganda e nesse segmento publicitário introduziu, também, o legislador, o esquema das inserções ou "spots" de 30 a 60 segundos, a serem veiculados ao longo da programação diária das emissoras, independentemente do horário reservado à propaganda eleitoral. No rádio, o tempo destinado à publicidade eleitoral partidária é de uma hora e meia. Houve também previsão de dias específicos para a veiculação da propaganda aos cargos dos Legislativos (segundas, terças e quartas) e dias restritos à campanha para Prefeito – terças, quintas e sábados. Há vedação expressa, contudo, quanto à publicidade paga ou compra de horário nesses veículos complementando a produção apresentada no horário gratuito.

→ debates - já tradicional entre nós a previsão de debates entre os candidatos, por via de rádio ou televisão, inclusive emissoras de televisão que operem em VHF e UHF. A Lei 9.100/95 (arts. 62 e 63) assegurou a

todos os candidatos — eleições majoritárias e proporcionais — a participação em debates. No que toca aos pleitos majoritários, previu duas possibilidades: a primeira, com a presença de todos os candidatos e a segunda, em grupos, devendo, nesta última hipótese, a escolha do dia e da ordem de fala ser feita mediante sorteio, salvo se celebrado acordo diverso entre os candidatos. É de se observar, no entanto, que, já na realização do primeiro debate a envolver apenas um grupo de candidatos a Prefeito no Município de São Paulo, a Justiça Eleitoral, por decisão datada de 1º de julho de 1996, do Juiz da 1ª Zona, garantiu a presença dos demais candidatos dos denominados partidos “nanicos”.

No que concerne às candidaturas aos Legislativos Municipais (Vereador), o documento preconizou, na organização dos debates, garantia da presença de, pelo menos, 3 partidos concorrentes. Deixou, porém, à livre escolha do partido a indicação de seus representantes no encontro, entendendo a questão, pois, como de interesse “interna corporis”.

→ presença de autoridades - faceta de elevado grau de nevralgia do momento eleitoral, até agora, a questão da participação das autoridades nas produções de *marketing* eleitoral ganhou tratamento mais ameno no cenário dos pleitos municipais de 1996. Por intermédio da regra do art. 61, o legislador assegurou a participação, em apoio aos candidatos, de qualquer cidadão filiado ou não ao partido daqueles, vedando apenas a presença remunerada e a propaganda que possa degradar ou ridicularizar candidatos, ainda que de forma dissimulada. E mais, nessa linha, previu para o segundo turno, onde o reagrupamento partidário é obrigatório, a participação de filiados a partido diferente daquele defendido pelo candidato que pretende apoiar.

A regra, da forma como idealizada pelo legislador, aberta e sem restrições, colidiu frontalmente com posicionamentos já consolidados no âmbito da Justiça Eleitoral, posturas mais restritivas que impediam o apoio claro e expresso das autoridades em prol de seus candidatos. Suscitada a temática perante o E. Tribunal Superior Eleitoral, houve inequívoca remodelação do entendimento anteriormente perfilhado, advindo a Resolução nº 19.608, de 11.06.96, que, alterando a redação do inciso IX do art. 58 da Instrução nº 11 (Res. nº 19.512, de 18.04.96), consagrou a presença das autoridades nos palanques e demais veículos publicitários ao dispor que a tais personalidades somente será vedado “*participar de atos públicos de*

campanha eleitoral do candidato ou partido político, quando acarrete o comprometimento de recursos públicos". (D.J.U. 21.06.96.)

→ propaganda em táxis - a matéria já foi objeto de abordagem, notadamente no tocante ao Município de São Paulo, por ocasião das eleições de 1990¹⁰, quando se demonstrou a excrecência do Decreto municipal nº 22.252, de 28 de maio de 1986. Isto, de um lado, porque não havia e continua inocorrendo qualquer vedação expressa na lei eleitoral quanto à exploração de publicidade político-partidária e a afixação de cartazes de candidatos a postos eletivos no interior de táxis e, de outro, porque a Lei municipal nº 9.387, de 21.12.81, autorizativa dessa espécie de propaganda, encarregou a autoridade regulamentadora (o Executivo) tão só do delineamento das normas técnicas, tipo: dimensões, formato, área de exposição, etc.. Não lhe oferece, todavia, qualquer brecha para introdução de impedimentos quanto à matéria a ser veiculada por esse sistema de *marketing*. Evidente, assim, a conotação de "praeter legem" da regulamentação proposta por força do indigitado decreto.

Reflexo imediato da revogação parcial do já assinalado Decreto nº 22.252/86, a manifestação do MM. Juiz da 1ª Zona Eleitoral do Município de São Paulo que, transformando uma representação de Vereador do PT em consulta, resolveu respondê-la (proc. nº 026/96- 1ª Zona Eleitoral). Reconhecendo a inviabilidade de discutir o decreto revocatório municipal nessa sede, traçou, porém, orientação no sentido de que questionado ato de propaganda viria a ser proibido por força da regra do art. 51 da Lei nº 9.100/95.

Ora, é de se notar que assinalado preceito, como aliás é frisado nessa r. decisão, impede propaganda em "***bens cujo uso dependa de cessão, permissão ou concessão do Poder Público***"; o serviço de táxi não se enquadra em qualquer dessas hipóteses legais. É um bem particular que detém mera licença para operar no âmbito do transporte individual de passageiros. E não há como ignorar que as disposições legais restritivas, uma característica indissociável da norma eleitoral, devem ser interpretadas de forma estrita, restando vedado qualquer exercício de hermenêutica de maior elasticidade. Em especial, a produção e o exercício da propaganda eleitoral, meio de divulgação e veiculação dos personagens que pos-

(10) "Eleições 90 e o seu Metabolismo", Mônica Herman Salem Caggiano, in "Cadernos Liberais 97-90", edição do Instituto Tancredo Neves de Estudos Políticos e Sociais, São Paulo, 1990.

tulam cargos eletivos, não pode sofrer processos de engradamento e intimidação, totalmente destoantes da perspectiva participativa própria do período pré-eleitoral. Este, em verdade, pressupõe uma exacerbação do exercício do direito, constitucionalmente consagrado e tutelado, de livre e ampla manifestação e exteriorização do pensamento — tudo em homenagem e atendimento do cânone democrático conhecido como “free and fair elections”.”

Fato é que não há na legislação em vigor qualquer regra expressa inibidora dessa espécie publicitária, o que, a nosso ver, impõe a revisão do posicionamento adotado em primeiro grau por parte da Justiça Eleitoral.

→ Circuito fechado de Som e Imagem a que o público tenha acesso e vídeos - desde que a publicidade produzida (em salas de cinema ou espetáculos teatrais ou, ainda, por via de vídeos locados) venha a ser paga e devidamente contabilizada pelo partido, coligação ou candidato, não há qualquer óbice legal à veiculação.

Vedações

→ material publicitário produzido pelos serviços gráficos das Casas Legislativas beneficiando candidato detentor de mandato parlamentar. (art. 40. L. 9.100/95).

→ propaganda em bens cujo uso dependa de cessão, permissão ou concessão do Poder Público ou em bens públicos, englobando tal proibição as pichações, as inscrições, afixação de cartazes ou qualquer outra veiculação publicitária.

(11) O problema a envolver a questão publicitária em terreno eleitoral toca de perto a discussão pertinente à liberdade de manifestação do pensamento tanto em relação ao eleitor quanto do prisma do candidato. O lema foi objeto de amplo debate no cenário norte-americano logo após a revisão legal procedida em 1974 e que introduziu um esquema mais rígido de controle sobre o aprovisionamento das atividades partidárias. Memorável a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso “Buckley X Valeo” (30.07.76), eliminando grande parte dessas restrições sob a argumentação de que tal linha vedativa implicava uma ofensa à Emenda nº 1 do Estatuto Fundamental, por conduzir a restrições quanto à liberdade de expressão, posto que importaria em limitações quanto à profundidade dos debates, temas a serem debatidos e em limitação quanto à amplitude da audiência a ser alcançada. (In “Electing Congress”, abril de 1978, p. 110).

→ a partir de 1º.07.96 a veiculação, por emissoras e ainda que no curso de sua programação normal, de entrevistas jornalísticas com candidatos, de pesquisas ou consultas de natureza eleitoral em que seja possível a manipulação de dados; a utilização de trucagem, montagem ou outro recurso de vídeo ou áudio de forma a ridicularizar ou degradar partido, candidato ou coligação; difundir opinião favorável ou contrária a partido, candidato ou coligação; oferecer tratamento privilegiado a candidatos, partidos ou coligações; quaisquer alusões, na sua programação cotidiana – novelas, minisséries, etc. – a partido, candidato ou coligação; (art. 64. L. 9.100/95).

→ a partir de 2.08.96 transmitir programa apresentado ou comentado por candidato ou divulgar nome de programa, ainda que preexistente, se coincidente com variação nominal adotada por candidato (art. 64, parág.3º).

→ qualquer ato de propaganda, de valor superior a 200 UFIR e que não tenha sido objeto de correta contabilização por parte do partido ou candidato (art. 38 c/c art. 39 -L.9.100/95).

Pesquisas Eleitorais

Clássica a postura refrataria do legislador no que concerne à divulgação de prévias ou pesquisas eleitorais, sempre encarando esse meio informativo como de alto risco para a lisura e sinceridade do resultado eleitoral, por rotulá-lo como de elevado potencial de ingerência na exteriorização da vontade política do eleitor. Já em 1987 ("Sistemas Eleitorais e Representação Política"),¹² contudo, demonstramos a reduzida capacidade de aliciamento eleitoral desse instrumento, refletindo sua proibição um significativo prejuízo e, até mesmo, infringência ao direito de informação a todos assegurado.

O texto normativo a comandar o pleito de 1996 contemplou o segmento com um tratamento mais adequado, afastando-se da linha vedativa para autorizar sua produção; porém, sob rígido sistema de controle. Ao tema, a lei atual dedica capítulo à parte, arts. 48 e 49, dispositivos que, por intermédio de seus múltiplos incisos e parágrafos, oferecem à matéria uma regulamentação que visa impedir a manipulação de dados e a transmissão de informações tendenciosas ao eleitorado.

(12) Monica Herman Salem Caggiano. "Sistemas Eleitorais X Representação Política", Brasília, Senado Federal, 1996.

Começa a lei por introduzir um termo inicial de incidência, 02 .04.96, data a partir da qual quaisquer pesquisas de opinião pública relativas às eleições ou aos candidatos passam a se subordinar à regência de um sistema de controle norteado pelos princípios da informação – quem contratou a pesquisa, valor e origem dos recursos financeiros, metodologia, margem de erro, etc.- e da ciência e possibilidade de impugnação pelos interessados. A vedação persiste, nos novos moldes, tão só, em relação às pesquisas não registradas junto à Justiça Eleitoral, que, portanto, deixaram de atender ao procedimento de fiscalização imposto e em relação às denominadas sondagens de "boca de urna". Estas últimas inviabilizadas em razão da impossibilidade do atendimento do prazo de carência – registro junto à Justiça Eleitoral 5 dias antes da sua divulgação.

6. Do direito de resposta

Segmento eleitoral sobre o qual o legislador vem se debruçando de forma particular, introduzindo tópicos de flagrante aprimoramento, o quadro atinente ao direito de resposta foi merecedor de tratamento específico no âmbito do documento legal editado em 1995, (art. 66, com seus 12 parágrafos, sendo os três primeiros integrados por um expressivo rol de incisos), denotando uma acentuada preocupação com o delineamento de um procedimento célere e eficaz a coibir ou, ao menos, apto a corrigir e remediar situações que se afigurem ofensivas a candidatos, partidos, coligações, por via da transmissão de imagens ou afirmações caluniosas, difamatórias, injuriosas ou sabidamente inverídicas.

Nessa perspectiva, é de se notar, inicialmente, que o texto cuidou em separado das hipóteses de ofensa por intermédio da imprensa escrita, por via áudio visual (rádio e televisão), programação normal e horário gratuito. E mais, estabeleceu exíguos prazos para as partes, como também para o próprio Juiz, robustecendo, inclusive, as partes, por contemplá-las com a faculdade de, em não sendo proferida a decisão nos prazos fixados, se dirigirem aos órgãos superiores da Justiça Eleitoral, na busca do provimento jurisdicional. (art. 66, parág. 12 c/c com art. 65, parág. 6º) E mais, ainda, puniu o não cumprimento da ordem com sanção pecuniária (parág. 11, art. 66), a par de reforçar sua tipificação como crime eleitoral, ao qual é acoplada a pena de detenção de 3 meses a 1 ano (art. 347, C.E.).

Demais disso, preconizou determinadas condições – de forma e de fundo – para o exercício dessa prerrogativa, acoplando-lhe um procedimento rápido, preordenado ao atingimento concreto da finalidade do próprio instituto.

Ofensa praticada pela imprensa escrita:

→ condições de fundo:

→ legitimidade (competência)

partido, candidato ou coligação.

** embora o diploma legal mencione como titulares do direito de resposta apenas partidos, candidatos ou coligações (elenco ao qual a Resolução editada pelo TSE acrescentou também a figura do eleitor), parece-nos evidente que tal prerrogativa se estende a todo e qualquer ente que venha a ser alvo da ofensa de cunho eleitoral, restando a esse, também, facultado o procedimento previsto para o reparo moral, finalidade precípua desse instituto. Este entendimento decorre, de forma natural, até, do próprio preceito assecuratório consagrado no art. 5º, V da Constituição Federal (direito de resposta), reafirmado em sede eleitoral por força do respectivo Código (Lei nº 4.737/65), no art. 243, parág. 3º.*

→ hipóteses admissíveis:

→ calúnia, difamação, injúria ou afirmação sabidamente inverídica.

condições de forma:

→ instrução do pedido: exemplar da publicação e o texto da resposta.

→ prazo de defesa: 48 horas

→ prazo global para a instrução e julgamento: 3 dias contados da data da formulação do pedido.

→ ônus da prova relativa à adequada veiculação da resposta: ofensor.

→ prazo de recurso: 48 horas da publicação, previsto igual prazo para o oferecimento de contra-razões.

Ofensa praticada por intermédio de emissoras de rádio e televisão/programação normal

- condições de fundo: idênticas à hipótese anterior.
- condições de forma:
 - instrução do pedido: não há necessidade da exibição do material ofensivo. A Justiça Eleitoral notificará o responsável pela emissora para que entregue em 24 horas cópia da fita da transmissão.
 - prazo de defesa: não há; presume-se que eventual defesa deverá ser produzida juntamente com a apresentação do material de prova requisitado.
 - prazo global para instrução e julgamento: 72 horas.
 - prazo de recurso: 48 horas - tratamento idêntico à hipótese anterior

Ofensa praticada por intermédio de emissoras de rádio e televisão/ horário gratuito.

- condições de fundo: idênticas.
- condições de forma:
 - apresentação do pedido: 24 horas do término da transmissão.
 - instrução do pedido: não há necessidade de exibição do material ofensivo.
 - prazo para notificação do ofensor para a defesa: 24 horas.
 - prazo para a defesa: 24 horas.
 - prazo global para a instrução e julgamento: 72 horas.
 - tempo de resposta: nunca inferior a um minuto.
 - prazo de recurso: 48 horas.

7. Das representações e reclamações

A par do direito de resposta e no mesmo sentido de preservação da moralidade, da ética e do espírito cívico que devem emoldurar o momento pré-eleitoral, o legislador disciplinou a via das representações e das reclamações denunciadoras do não cumprimento da legislação e causas de eventual ruptura do equilíbrio de atuação que deve ser assegurado a todas as facções que ingressam na corrida pelo voto.

Nesse sentido a abrangente regra do art. 65 da Lei nº 9.100/95, que, em moldes similares aos prescritos no que toca ao direito de resposta, vem delinear um procedimento célere, fixando os seguintes requisitos:

→ condições de fundo:

- legitimidade (competência): qualquer eleitor, candidato, partido, fiscal, delegado.
- hipótese de admissão: denúncia de irregularidade nos quadros da publicidade eleitoral ou qualquer outra atuação que venha a lesar os dispositivos da legislação de regência das eleições de 1996.

→ condições de forma:

- apresentação da reclamação ou representação, afigurando-se oportuna e recomendável a adequada instrução do documento; não é contudo impositivo o oferecimento de provas.
- notificação imediata do reclamado

** em sendo candidato, a notificação poderá ser feita ao partido ou coligação a que pertença.*

- prazo para defesa: 24 horas.
- prazo global para decisão: 72 horas.
- prazo para recurso: 24 horas, sendo autorizadas contra-razões em igual prazo.
- prazo para julgamento em segundo grau: 24 horas.

na hipótese de inobservância dos prazos por parte da Justiça Eleitoral, faculta-se às partes conduzirem a questão à apreciação dos Tribunais Superiores (parág. 6º, art. 65).

8. Do dia da eleição

Por tradição e considerando que o eleitor necessita de algumas horas de reflexão para a emissão de um voto consciente, bem como em homenagem à garantia da livre expressão das preferências políticas, a lei eleitoral veda *"desde quarenta e oito horas antes até vinte e quatro horas depois da eleição, qualquer propaganda política mediante radiodifusão, televisão, comícios ou reuniões públicas"* (parág. único,

art. 240 C.E.). A par disso, à semelhança da legislação alienígena (exemplo francês e norte-americano), que dedica especial tratamento ao dia das eleições, por intermédio de legislação especial, editada a cada pleito, tem procurado definir normas que assegurem e complementem a eficácia desse princípio, erigindo o desatendimento a figuras penais, além das cominações de ordem pecuniária que são impostas. Em regra, busca-se o atingimento e a eficácia das garantias eleitorais, direcionadas a viabilizar a autêntica, livre e soberana manifestação da vontade por parte de cada um dos eleitores, isto por intermédio de precauções com a identificação do votante, com o seu isolamento, a proteção da cédula e a urna.

O texto legal elaborado para regulamentar o quadro eleitoral de 1996 não se afastou dessa regra. Foi mais rígido até, impedindo em quaisquer lugares — e não apenas nas proximidades das seções eleitorais — a distribuição de volantes e outros impressos, o funcionamento de postos de distribuição de material publicitário e outros atos de propaganda. Contemplou, ainda, vedação expressa a ***“qualquer forma de aliciamento ou coação tendente a influir na vontade do eleitor”***. E mais, tipificou o não cumprimento dessas determinações como crime eleitoral, acopiando à primeira dessas hipóteses sanção pecuniária (multa) e à segunda a pena de detenção de 1 a 3 meses (art. 67, IX e X).

Atenuando os efeitos da drástica restrição contida no inciso IX, art. 67, da lei, a Instrução de nº 11 (Propaganda) baixada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral explicitou que resta vedado, durante o dia da votação, ***“em qualquer local público ou aberto ao público, a aglomeração de pessoas portando os instrumentos de propaganda (inscrições no vestuário, bandeiras, flâmulas ou adesivos em veículos) de modo a caracterizar manifestação coletiva ...”***. Autorizou, porém, ***“a manifestação individual e silenciosa da preferência do cidadão por partido, coligação ou candidato, ...”***, utilizando tais meios (art. 57, “caput” e parág. 1^o). Evidenciou, ademais, que os fiscais, no decurso da votação, poderão portar nas suas vestes o nome ou a sigla do respectivo partido ou coligação (art. 57, parág. 3^o).

O dia da eleição, como já assinalado, engloba outras garantias, a par das atinentes à questão publicitária, tudo no sentido de prestigiar o cânone maior, insculpido no art. 234 do Código Eleitoral que dispõe: ***“Ninguém poderá impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio”***. Nesse diapasão,

a regra inibidora da prisão ou detenção de eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou ainda, por desrespeito a salvo-conduto - isto desde 5 dias antes e até 48 horas depois do encerramento da eleição. (art. 236, "caput"-C.E.) Nessa linha, também, o impedimento quanto à prisão dos membros das Mesas Receptoras e dos fiscais dos partidos ou coligações, no exercício de suas funções. (art. 236, pará. 2º-C.E.) E, ainda, nesse sentido, a proibição relativa à presença de força pública no edifício em que funcionar Mesa Receptora ou nas imediações. Aliás, como garantia da liberdade do voto, no período compreendido entre as 72 horas que antecederem a realização do pleito e as 48 horas imediatamente posteriores, desloca-se o poder policial para a autoridade eleitoral (art. 235, C.E.).

Resuscitando precaução abandonada pela Justiça Eleitoral, de identificar o eleitor por fotografia, porquanto há tempos já o título de eleitor não traz esse dado¹³, a lei atual impôs, por via do seu art. 75, a apresentação conjunta do respectivo título e de um documento oficial do qual conste a fotografia daquele, introduzindo sérios óbices à exteriorização da vontade política pelo voto. Isto porque uma grande maioria dos eleitores dos municípios do interior não possuem esse documento, para muitos afigurando-se suficiente o título eleitoral para o exercício da cidadania. Dúvidas não restam de que a exigência suplementar do texto regulamentador incidente sobre os pleitos de 1996 afigura-se meritória, decorrente da preocupação a cercar a correta identificação do eleitor; afigura-se, porém, inconstitucional por exigir dupla identificação para o exercício do direito de sufrágio, limitando-o e ignorando o único requisito insculpido no Estatuto Fundamental, ou seja, o alistamento. E este é comprovado tão só pela apresentação do título de eleitor; exigir mais significa um retrocesso, podendo-se, nessa trilha, chegar até ao sufrágio censitário, o que seria absurdo.

Outro tópico a demandar especial enfoque é o relativo à atuação dos fiscais e delegados dos partidos, em plena atividade no dia da eleição. Cada partido ou coligação poderá nomear 2 delegados em cada município — naqueles que contem com mais de uma Zona eleitoral, 2 delegados junto a cada uma delas — e 2 fiscais junto a cada Mesa Receptora, sendo que estes atuarão um de cada vez. O credenciamento dessas figuras é

(13) A Lei nº 7. 444/85, art. 5º, pará. 4º, c/c com art. 1º p. único, dispensa da fotografias no processamento eletrônico do alistamento.

atribuição das agremiações ou coligações, exigindo-se apenas a indicação, aos Juízes Eleitorais, do nome das pessoas autorizadas a expedir as credenciais dos fiscais e dos delegados.

Compete aos fiscais e delegados, conjuntamente com os candidatos, fiscalizar a votação e a apuração, formular protestos e fazer impugnações, inclusive sobre a identidade do eleitor, vigiar e fiscalizar a urna, bem como todo o material referente à eleição. Aliás, acertuada é a responsabilidade desses personagens, na medida em que, em sede eleitoral, salvo raras exceções, a ausência de impugnação no momento oportuno, torna a matéria preclusa, inviabilizada restando a via judicial para a discussão da eventual irregularidade.

9. Da apuração / da validade do voto

Cuida-se aqui do momento de contagem dos votos, matéria objeto de remodelação legal em 1990, quando se optou por uma linha de privilégio do candidato, em detrimento do partido, reforçando-se a postura de priorização do nome do candidato como indicativo da expressão da vontade eleitoral e desprezando-se a indicação por número. No âmbito do processo convencional de votação — não eletrônico — há regras claras a distinguir os votos nulos, i.é. aqueles que não estampam qualquer exteriorização da vontade eleitoral (são absolutamente vazios, sem conteúdo) daqueles que, embora defeituosos, oferecem possibilidades de apreensão da efetiva e verdadeira preferência eleitoral por seu intermédio expressada. Assim, alguns equívocos acabaram sendo perdoados, desde que decifrável a opção eleitoral, com respaldo nas regras interpretativas dos arts. 176 e 177 do Código (Lei nº 4737/65).

Dúvidas, no entanto, emergem quanto ao tratamento da vontade eleitoral no âmbito do novo sistema eletrônico de votação e apuração. Neste caso será a própria máquina, de acordo com alimentação padronizada, a decidir se este ou aquele voto poderá ser considerado válido. O eleitor estará trabalhando com números — e muitos nos pleitos proporcionais, para vereador — o nome não mais terá o peso que tem na votação e apuração pela técnica tradicional.

O processo eletrônico constitui, não há dúvida, um avanço; uma conformização aos tempos contemporâneos dominados pela informática, da qual, parece-me, não há como se esconder. Evidente, contudo, que a máquina não poderá expressar com a mesma fidelidade a vontade do eleitor, será incapaz de qualquer esforço interpretativo da opção eleitoral; e mais que isso será incapaz de espelhar resultados de protesto, a exemplo do "voto cacareco" que integra o nosso folclore eleitoral.

De forma geral, contudo, poderíamos nos permitir elaborar o seguinte quadro esquemático, ilustrativo das hipótese de validade ou invalidade do voto:

| Eleições Majoritárias | | Eleições Proporcionais | | |
|--|---|--|---|---|
| Voto Nulo | Voto Válido | Voto Nulo | Voto Válido p/a Legenda | Voto Válido p/o candidato |
| Voto em branco. Voto conferido em cédula não oficial, em cédula não autenticada, ou que con- tiver expressões ou sím- bolos que possam identi- ficar o voto. | Voto que identifique a vontade política do eleitor. O voto que in- dicar apenas a sigla par- tidária, o número de re- gistro ou, ainda, expres- so na parte da cédula destinada à eleição pro- porcional. | Voto conferi- do em cédu- la não oficial, ou fora do procedi- mento ado- tado. | Voto em bran- co. Voto que registrar a sig- la partidária; que registrar dois ou mais candidatos do mesmo par- tido; que não indique o can- didato com clareza ne- cessária para distingui-lo de outro do mes- mo partido | Voto que re- gistre o nome de um can- didato e o nú- mero de outro; que indique nome de can- didato ou seu número e a sigla de outro partido. |

**** O voto em branco é considerado válido e aproveitado nos pleitos proporcionais. É computado para a fixação do quociente eleitoral e acaba beneficiando, na distribuição das cadeiras, o partido de maior densidade eleitoral no momento, i.é., aquele que consegue o maior número de assentos.***

julho de 1996

APÊNDICE

DO PERÍODO PÓS-ELEITORAL. BREVE ANÁLISE DOS RESULTADOS E DOS REFLEXOS DA COMPETIÇÃO ENVOLVENDO OS PLEITOS MUNICIPAIS/96.

A inserção do presente capítulo afigurou-se oportuna, em razão da publicação do trabalho após a realização das eleições municipais de 1996, impondo o oferecimento de alguns registros, radiográficos – porém sucintos – acerca do cenário a envolver a disputa eletiva a nível local, com os dados que lhe foram peculiares.

Num primeiro plano, cabe apontar o índice de abstenção registrado, principalmente, no primeiro turno, quando da eleição dos vereadores. Em São Paulo, referido índice superou o apurado em 1992 (12,4%), alcançando o nível de 16,4%.

Quanto ao resultado para os cargos executivos - Prefeito e Vice-Prefeito, impôs-se a interveniência de um segundo turno em 31 municípios, abrangendo as seguintes capitais de Estado: Aracaju (SE), Belo Horizonte (MG), Belém (PA), Campo Grande (MS), Florianópolis (SC), Goiânia (GO), João Pessoa (Paraíba), Maceió (AL), Manaus (AM), Natal (RN), Rio de Janeiro (RJ), São Luís (MA), São Paulo (SP), Teresina (PI). Particularmente em São Paulo, no primeiro turno, as urnas desvendaram uma flagrante preferência do eleitorado pelo candidato do PPB (partido do prefeito Paulo Maluf, então em exercício), configurada no seguinte quadro:

| Candidato | Partido/coligação | Votos | % |
|-------------------|---|-----------|-------|
| Celso Pitta | PPB - Coligação PFL | 2.541.150 | 48,24 |
| Luiza Erundina | PT - Coligação com PSB, PC do B, PMN, PCB | 1.291.120 | 24,51 |
| Jose Serra | PSDB - Coligação com PPS, PV e PSL | 619.995 | 15,57 |
| Francisco Rossi | PDT - Coligação com PL e PST | 400.536 | 7,60 |
| José Pinotti | PMDB - Coligação com PSDC | 101.358 | 1,92 |
| Hayanir Nimitz | PRONA | 52.328 | 0,99 |
| Campos Machado | PTB - Coligação com PAN e PSD | 26.479 | 0,54 |
| Carlos Aives | PRP | 16.674 | 0,32 |
| Valeão Arcary | PSTU | 9.290 | 0,18 |
| Levy Fidelix | PRTB | 3.608 | 0,07 |
| Dorival de Abreu | PTN | 1.738 | 0,03 |
| Pedro Camilo Neto | PSC | 1.451 | 0,03 |

Votos brancos: 87.078

Votos nulos: 300.333

O acentuado privilegiamento eleitoral do candidato do PPB, que essa primeira etapa patenteou, foi consagrado no segundo turno, com a vitória de Celso Pitta (PPB) e a derrota da ex-prefeita Luiza Erundina, concorrendo pelo PT.

O quadro acima, porém, denota mais:

→ **liderança política** - a vitória envolveu não somente o candidato ao cargo executivo (Prefeito) como, ainda, a bancada parlamentar do partido, assegurando ao PPB a maior bancada da Câmara Municipal (19 vereadores), diante das demais bancadas: PT - 10 cadeiras; PSDB - 8 cadeiras; PMDB - 4 cadeiras; PL - 4 cadeiras; PDT - 3 cadeiras; PTB - 3 cadeiras; PFL - 2 cadeiras; PRONA e PC do B cada um com 1 cadeira.

→ **partidos nanicos-representatividade escassa** - os partidos pequenos se apresentaram de, extremamente, reduzida densidade eleitoral. PRTB, PSDC, PSTU, PCO, etc. - são legendas que integraram o momento eleitoral; ingressaram e saíram sem deixar qualquer rastro de expressividade. Quanto às demais, produziram uma indistigável pulverização da Casa Legislativa de São Paulo, impondo coligações. No que toca ao grupo de apoio governamental, no entanto, a perspectiva é de fácil maioria, com o agrupamento das bancadas do PPB, PFL, PTB, PDT e PL e, eventualmente, PMDB, PSDB e PRONA.

Interessante, a esse passo, examinar **o perfil da nova Câmara**, que sofreu renovação de, apenas, 32,7%, portanto menor do que a expectativa

oferecida pelas pesquisas anteriores¹. O componente feminino, de outra parte, apesar da reserva de cota legal introduzida pela Lei nº 9.100/95, não avançou. Passou de cerca de 7%, na legislatura anterior, para 9% na legislatura que se iniciou em 1º.01.97. Assim, de 5, o número de mulheres com assento na Câmara dos Vereadores, subiu a 6 na legislatura atual. E mais, reflexo do resultado eleitoral, a tendência conservadora, que já começara a se delinear em 1989, vem a se robustecer, assegurando um confortável domínio sobre os trabalhos parlamentares ao PPB (partido situacionista) e àqueles que lhe dão sustentação, a exemplo do PDT, PTB, PL, PFL, Prona e, por vezes, PSDB e PMDB.

O PT e o PC do B, contando com bancadas reduzidas (PT de 13 cadeiras na legislatura anterior, conquistou só 10 e o PC do B de 2 cadeiras, obteve apenas 1), permanecem numa esfera de difícil oposição, à vista da postura que passam a assumir, de minoria com frágil poder de composição.

A questão atinente ao *financiamento das campanhas* políticas desenvolvidas na cidade de São Paulo, a seu turno, reclama atenção. Em termos numéricos, os valores declarados ao TRE, a título de despesas com a campanha, montaram, respectivamente, a: PSDB - R\$ 8.188.143,99; PPB - R\$ 6.604.380,62; PT - R\$ 3.197.103,27. Deduz-se, pois, que a campanha mais dispendiosa não foi a do partido e candidato vencedores. Foi a do PSDB, que sequer ingressou no 2º turno. De outra parte, o relatório apresentado ao TRE denota sobras, em relação às agremiações partidárias mais poderosas²: PPB, uma importância de R\$ 8.733,33 e PSDB, num montante de R\$ 71.642,16, perfazendo um total de cerca de R\$ 80.000,00, valor muito superior ao custo das campanhas promovidas pelos partidos pequenos, fenômeno que reabre a discussão sobre a oportunidade do financiamento da atividade político-eleitoral, pelos cofres públicos, no ensejo de, eventualmente, nessa esteira, restarem asseguradas a todos os partidos concorrentes iguais possibilidades de alcançar o eleitor, transmitindo a sua proposta política.

(1) Pesquisa realizada pelo INFORM ESTADO, em setembro de 1996, demonstrava que 88,4% da população paulistana desejava uma profunda e substancial renovação da Câmara dos Vereadores. (O Estado de S. Paulo, ed. de 5.1.97)

(2) O PT não logrou cobrir suas despesas, encerrando sua campanha com débito de cerca de R\$ 1.189.622,17

De fato, levantamentos realizados junto aos registros da Justiça Eleitoral demonstram que, somadas as despesas de agremiações como Prona, PTB, PRP, PSTU e PRTB, o montante total não alcança R\$ 4.000,00, – uma quantia quase que insignificante perante os R\$ 80.000,00 que sobraram da arrecadação procedida pelas potências partidárias de maior expressão e apoio políticos.

A argumentação, no entanto, não nos parece procedente. Isto porque, a nosso ver, a arrecadação e o volume de recursos investido no âmbito de uma campanha eleitoral, a rigor, acompanha o índice de representatividade – a densidade eleitoral – de cada agremiação. Nesse sentido, dúvida não resta de que as legendas de maior penetração, de maior grau de representatividade dos diferentes setores da comunidade social, garantem uma captação de recursos mais vantajosa que as demais, como, também, apresentam, na coluna própria, maiores despesas, porquanto o universo a que se dirigem é mais amplo e mais ampla é a expectativa da conquista de novos simpatizantes.

A previsão de um fundo público a servir de suporte à realização das campanhas político-eleitorais somente encontraria justificativa na hipótese de a figura partidária vir a ser novamente contemplada com a natureza de pessoa jurídica de direito público interno e, ainda, aqui, com a recomendação de duas diferentes parcelas: uma a ser repartida igualmente entre todos os partidos em funcionamento e outra, cuja partilha fosse comandada pela votação obtida pelo partido, no último pleito a que tivesse concorrido. Isto porque a representatividade da agremiação não pode ser ignorada. Cada partido – já que a operação eleitoral é articulada a partir dos partidos políticos – tem o seu próprio nível de expansão e, portanto, cada um deles apresenta demandas diferenciadas no tocante aos instrumentos e meios necessários para alcançar o seu público alvo.

Daí porque, ainda que recursos públicos fossem destacados para as campanhas político eleitorais, a partilha – em razão da questão da representatividade – sempre ensejaria situações diferenciadas, com a agravante de que isto traria um ônus extremamente elevado ao erário.

Reflexo, também, do quadro eleitoral municipal de 1996, *a alteração imposta na composição da Câmara dos Deputados*, onde 42 suplentes

assumem suas cadeiras, em decorrência de vagas abertas com a eleição dos respectivos titulares para postos em esfera municipal.

Considerando, no entanto, a possibilidade de turismo entre partidos por parte do detentor de mandato parlamentar, os suplentes que agora assumem o assento liberado nem sempre pertencem à mesma legenda do antecessor. Este pode ter mudado de partido. A cadeira, contudo, permanecerá vinculada à legenda que a conquistou originariamente e a suplente dessa legenda será atribuída.

dezembro de 1996.

As Compras e o Sistema de Registro de Preços

Neyde Falco Pires Corrêa

Procuradora Municipal Aposentada. Professora de Direito Administrativo das Faculdades de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Universidade Mackenzie. Assessora Especial da Secretaria das Administrações Regionais da Prefeitura de São Paulo.

O sistema de Registro de Preços para compras vem, cada vez mais, tomando vulto na legislação correlata, em face da necessidade de se acelerar as aquisições nos órgãos públicos.

O Decreto Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, responsável pela Reforma Administrativa da União, dedicou o Título XII às normas relativas às licitações para compras, obras, serviços e alienações, classificando-as em diversas modalidades, de acordo com o vulto da despesa, sem se referir ao sistema Registro de Preços.

Posteriormente, Estado e Municípios passaram a regulamentar a matéria expedindo normas de natureza administrativa, dentre elas a Lei Estadual nº 10.395 de 17 de dezembro de 1970, revogada pela Lei Estadual 89 de 27 de dezembro de 1972 e a Lei Municipal de nº 8.248 de 07 de maio de 1975, bem como seus regulamentos.

O artigo 13 da Lei nº 10.395 de 17 de dezembro de 1970 dizia:

"Quando conveniente, as compras deverão ser processadas pelo sistema de Registro de Preços".

§ 1º - O Registro de Preços será precedido de coleta realizada na forma de concorrência.

§ 2º - Os preços registrados no órgão central de compras do Estado serão periodicamente publicados no D.O.E., para orientação da Administração.

§ 3º - O sistema de Registro de Preços será regulamentado por decreto.

A Lei Estadual nº 89/72 repetiu em seu artigo 13 as mesmas disposições da Lei 10.395/70.

A Lei Municipal nº 8.248/75, ao cuidar da matéria, dispôs da seguinte maneira:

"Quando conveniente, as compras deverão ser processadas pelo sistema de Registro de Preços."

§ Único - O Registro de Preços será precedido de licitação realizada na forma de concorrência, quando for o caso.

Convém salientar que até aquele momento a matéria vinha sendo tratada pelo legislador de forma genérica, relegando ao decreto regulamentador o seu processamento.

O Decreto Lei nº 2.300 de 86 no artigo 14, inciso II previu:

As compras, sempre que possível e conveniente, deverão:

II - "Ser processadas através do sistema de registro de preços".

.....
§ 1º - O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º - Os preços registrados serão periodicamente publicados no D.O. da União, para orientação da Administração.

§ 3º O sistema de R. P. será regulamentado por decreto.

A prévia exigência de procedimento licitatório na modalidade de concorrência não foi contemplada no referido Decreto Lei.

O decreto regulamentador, expedido em 17 de fevereiro de 1992, Decreto Federal nº 449, ao dispor sobre sistema de Registro de Preços, denominou-o SIREP - Sistema Integrado de Registro de Preços, atribuindo-lhe a função específica de orientador da Administração.

Dando prosseguimento à regulamentação prevê o artigo 5º desse decreto:

"Os registros do SIREP constituirão necessariamente parâmetro para análise das propostas e julgamento das compatibilidades dos mesmos com os preços e custos do mercado" (grifo nosso).

E mais:

"Enquanto não for implementado o SIREP, os responsáveis pela homologação das licitações confirmarão, mediante pesquisa de pelo menos 2 outras empresas do ramo pertinente ao objeto licitado, se os preços propostos são compatíveis com os praticados no mercado nas mesmas condições de pagamento e de entrega" (art. 6º).

O SIREP, a nosso ver, segundo a legislação federal não passava de um simples cadastro de preços, com o único objetivo de orientar a

Administração na aquisição de bens, visando atender o objetivo primordial, qual seja a obtenção da melhor proposta.

O Município de São Paulo, dando outro enfoque ao que chamou de Registro de Preços criou uma forma diversa de processamento, abstraindo do procedimento licitatório a adjudicação e a homologação.

Assim estabeleceu o parágrafo 1º do artigo 2º do Decreto nº 29.347, de 23 de novembro de 1990.

"No procedimento do Registro de Preços, serão observadas as exigências da Lei nº 10.544 de 31 de maio de 1988, relativas à concorrência, desde a convocação e habilitação dos interessados até a classificação das propostas."

Substituiu, portanto, a adjudicação pela ata de Registro de Preços e aboliu a fase da homologação, ato de controle da autoridade superior.

Ocorre, porém, que a Lei nº 10.544/88, que regulamenta as licitações no âmbito municipal, exige que o Registro de Preços seja precedido de concorrência, não o colocando como nova modalidade de licitação ou mesmo como um procedimento diferente da Concorrência, nos moldes do que exige quando fala de Concorrência para venda de imóveis.

Dando prosseguimento ao nosso estudo chegamos às disposições da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, alterada pela Lei nº 8.883 de 08.06.1994, que trata o Registro de Preços da seguinte forma:

Art. 15 - As compras, sempre que possível, deverão:

I -

II - ser processadas através do sistema de R. P.

§ 1º - O Registro de Preços será sempre precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º - Os preços registrados serão publicados trimestralmente para a orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º - O sistema de Registro de Preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência.

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados.

III - validade do registro não superior a um ano.

IV - a existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

Caberá, portanto, a cada pessoa jurídica, no âmbito de sua jurisdição, regulamentar o processamento do Registro de Preços, observando as normas gerais dispostas na Lei nº 8.666/93 e os princípios básicos da licitação.

O enfoque dado ao sistema de Registro de Preços deixa algumas dúvidas, que não serão de pronto solucionadas, mas que permitirão muita meditação por parte dos estudiosos da matéria.

Dentre elas temos a seguinte:

Seria um Registro de Preços um contrato, enquadrado nas disposições do parágrafo único do artigo 2º da Lei 8.666/93? Ou estaríamos, conforme demonstra o Decreto Federal nº 449/92, diante de um simples cadastro de preços, que servirá de orientação para as aquisições dos órgãos públicos?

O inciso IV do parágrafo 3º do artigo 15 da Lei 8.666/93 coloca em dúvida a natureza contratual do Registro de Preços ao mencionar "as contratações que dele poderão advir", bem como denominando o vencedor da concorrência prévia ao Registro de Preços como "beneficiário do registro".

Releva notar, também, que o Registro de Preços contempla obrigações apenas para o beneficiário, ficando a Administração obrigada exclusivamente na hipótese da aquisição de mercadoria de igual padrão e preço.

Para Marçal Justem o Registro de Preços “destina-se a selecionar fornecedor e proposta para contratações inespecíficas, seriadas, que poderão ser realizadas durante um certo período, por diversas vezes”.

Segundo ele “os preços ficam à disposição da Administração, que formalizará as aquisições, quando lhe for conveniente”.

Conforme podemos verificar, absteve-se o autor de examinar a natureza do Registro de Preços, deixando também alguma dúvida quanto ao seu enquadramento na categoria de contratos quando afirma que “uma vez decidida a contratar, a Administração verificará se os preços registrados são compatíveis com os praticados no mercado” (grifamos).

Por outro lado, ao tratar do assunto, Ivan Barbosa Rigolini chama o Registro de Preços de “modalidade de concorrência para eleição de cotações vencedoras”, que podem ensejar ou não contratos de compra (grifos nossos).

Diante da inexistência de posição firmada pela doutrina, permitimo-nos classificar o Registro de Preços como ato condição, por ser um mero “ato meio” para a realização de um “ato fim”.

Esta conclusão decorre do confronto entre as disposições do artigo 15 da Lei 8.666/93 e o conceito de ato condição, magnificamente expendido pelo ilustre mestre Hely Lopes Meirelles, conforme transcrição abaixo:

“Ato-condição: é todo aquele que se antepõe a outro para permitir a sua realização. O Ato-condição destina-se a remover um obstáculo à prática de certas atividades públicas ou particulares, para as quais se exige a satisfação prévia de determinados requisitos. Assim, o concurso é ato condição da nomeação efetiva; a concorrência é ato condição dos contratos administrativos. Como se vê, o ato-condição é sempre um ato-meio para a realização de um ato-fim. A ausência do ato-condição invalida o ato final, e essa nulidade pode ser declarada pela própria Administração ou pelo Judiciário, porque é matéria de legalidade, indissociável da prática administrativa.”

Em que pese a inexistência de regulamentação da matéria, o seu processamento não traz grandes novidades pois, como mero ato gerador de contratos, deverá ser precedido de um procedimento licitatório, na modalidade de concorrência.

Assim sendo, deverá o administrador interessado em registrar o preço de determinado material de uso corriqueiro, levantar previamente junto aos órgãos públicos da entidade, a quantidade de que cada um necessitaria durante determinado período.

De posse desses dados, providenciará a abertura de uma licitação na modalidade de concorrência, sem necessidade de reserva de verba, havendo, porém, dotação orçamentária própria.

Encerrada a concorrência e adjudicado o objeto ao primeiro classificado, lavra-se uma ata registrando o seu preço, ata esta denominada "ata de Registro de Preços", com validade de até 1 (hum) ano, de acordo com as normas da Lei 8.666/93.

Releva notar que também podem ser registrados vários preços, obedecida a ordem de classificação, devendo, porém ficar claro no ato convocatório que os demais classificados fornecerão o produto pelo preço do primeiro classificado.

O Sistema de Registro de Preços veio facilitar as aquisições de materiais corriqueiros, pois evita a realização de licitação a cada aquisição, sem ferir a legislação vigente, além de dispensar o prévio empenho de todo o valor da aquisição, a ser onerado à medida em que haja necessidade.

Este posicionamento não colide com as disposições da legislação vigente e nem com as disposições constitucionais, porque não cria nenhuma outra modalidade de licitação e nem procede a qualquer combinação dos existentes. Ao utilizar a Concorrência Pública, com todas as suas fases atende o previsto no artigo 15 § 3^o, inciso I e artigo 22 § 8^o da Lei 8.666/93 e o artigo 22, inciso 27 da Constituição Federal.

Em poucas palavras, é o que temos a dizer a respeito da matéria.

Ilícitos Previdenciários: Crimes sem Pena?

Nelson Bernardes de Souza

Juiz Federal em Campinas, São Paulo

“Ganharás o pão com o suor de teu rosto.”

Esta sentença bíblica ecoa no ouvido da humanidade há milênios e o homem não conseguiu, ainda, libertar-se desta condenação. Está destinado a empregar sua capacidade laborativa para poder obter os bens necessários à sua subsistência. Para isso conta com a força bruta de seu corpo e com as energias de sua mente. Ferramentas que se estragam à medida que o organismo biológico envelhece, ou até mesmo antes, diante de acontecimentos imprevisíveis. Está o homem exposto a toda sorte de risco, que a qualquer momento podem minimizar sua força de trabalho, impedindo-o de prover ao seu sustento e de sua família. Necessita então de amparo, de socorro que

possibilite a continuação de sua existência sem que se prive do mínimo razoável para sua subsistência. Se não pode obtê-lo pelos seus meios próprios, alguém há de fazer por ele. Surge assim a idéia de socorro mútuo, assistência, finalmente, de previdência, em que o encargo de assitir aos que atingiram o limiar de suas forças ou capacidade é repartido entre todos os membros da coletividade. É a Previdência Social, também chamada por alguns de Seguro Social.

O sistema de previdência social apresenta um complexo de relações jurídicas em que a lei estabelece direitos e obrigações para os sujeitos abrangidos pela atividade da Seguridade Social. Ao dissertar sobre a natureza jurídica do Seguro Social, quando então o órgão dele encarregado denominava-se Instituto Nacional de Previdência Social, o renomado Professor A. F. Cesarino Júnior bem demonstra a teia de relações jurídicas existentes envolvendo a matéria, ao dizer que: *no seguro social tal como está estabelecido entre nós, intervêm quatro pessoas: o Instituto Nacional de Previdência Social, o Estado, o empregador e o empregado. Destas, abstraindo do poder de controle do Estado sobre as autarquias, duas somente têm obrigações, são sujeitos passivos: o Estado e o empregador, meros contribuintes: duas têm ao mesmo tempo direitos e obrigações: o Instituto que tem o direito de receber as contribuições (do Estado, do empregador e do empregado) e a obrigação de conceder os benefícios (aposentadorias, auxílios, etc.); e o empregado (substituído em caso de morte e, às vezes, no seguro-maternidade por um ou mais dependentes) que tem o direito de exigir a concessão dos benefícios, e a obrigação de pagar a sua contribuição, aliás, de consentir no desconto de sua contribuição do seu salário. Todas estas obrigações resultam exclusivamente da lei e não da autonomia da vontade. Têm, portanto, caráter estatutário e não contratual.* (DIREITO SOCIAL BRASILEIRO – Saraiva – 6ª ed. 1970 – 1ª vol., pág. 270).

Esta pequena digressão sobre o sistema previdenciário ou do seguro social teve por objetivo demonstrar, aquilatar e reavivar a importância de um sistema previdenciário sadio, capaz de atender às diversas hipóteses de sinistros ocorrentes em meio a enorme massa de trabalhadores brasileiros. Um sistema dito de cobertura universal, como o nosso, precisa contar com uma enorme capacidade financeira para atender a demanda por seus benefícios e prestações, sempre crescente, tendo em vista o aumento demográfi-

co. E, ainda mais, para compatibilizá-lo com os preceitos constitucionais da **dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho, da criação de uma sociedade justa** (arts. 1º, III, IV, 3º, I, da Constituição Federal de 1988).

No tocante ao sistema previdenciário brasileiro, dispõe a Carta Magna, em seu artigo 194, que a **ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais**.

No Brasil adota-se o sistema tripartite de custeio da previdência social: o Estado, o empregador e o empregado, nos termos do que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 195.

A Constituição Federal atribui competência privativa à União para legislar sobre a seguridade social (art. 22, XXIII); o legislador ordinário editou a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Juntas, traçam as diretrizes normativas para que o Estado brasileiro possa atender aos ditames constitucionais relativos à previdência social, com o escopo de a todos garantir, nas hipóteses de sinistros e infortúnios o amparo necessário. A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 cuida das tradicionais contribuições dos trabalhadores e empregadores sobre a folha de salários.

Além desta lei, conta a previdência social também com a contribuição das empresas sobre os seus lucros, a chamada Contribuição Social sobre o Lucro, instituída pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988 e a contribuição para financiamento da seguridade social (COFINS), da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 85, de 15 de fevereiro de 1996 e Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Conta também com recursos oriundos do Fundo Social de Emergência, aprovado pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1 de março de 1994, com as alterações da Emenda Constitucional nº 10, de 4 de março de 1996.

Para garantir o real recebimento dos recursos que são destinados à Previdência Social, o legislador pediu socorro às armas características do Direito Penal. Na mesma lei em que instituiu o Plano de Custeio da Previdência Social definiu também as condutas consideradas ilícitos penais. Entretanto, ao assim agir, trouxe à baila a velha discussão sobre as imperfeições da obra legislativa.

Como conteúdo da expressão “dá outras providências” do enunciado da referida lei está o artigo 95 e alíneas, que define e institui os chamados “crimes previdenciários”.

No contexto da lei sobre o custeio do sistema de previdência social no Brasil, resolveu o legislador elencar condutas que atentam diretamente contra os interesses de seus integrantes e, por via indireta, o de todos os componentes da sociedade que necessitam da proteção previdenciária.

A tipificação das condutas atentatórias aos bens ou interesses da Previdência Social não é nenhuma novidade e não foi introduzida agora com a citada lei. Surgiram os delitos contra a previdência com a edição da Lei nº 3. 807, de 26 de agosto de 1960. Referido diploma legal, em seu artigo 155, com as alterações do Decreto-lei nº 66, de 21 de novembro de 1966, elencava as condutas tidas como caracterizadoras de ilícitos penais. Para a definição dos ilícitos penais previdenciários, o legislador de então tomou de empréstimo definições de condutas ilícitas já existentes no ordenamento jurídico, ao invés de criar uma tipificação própria. Era a chamada tipificação por equiparação. Assim, o citado artigo 155 (com as alterações introduzidas pelo Dec.-lei nº 66), em seu inciso I enumerava determinadas condutas e as equiparava ao delito de **sonegação fiscal**, previsto na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965; o inciso II mencionava conduta equiparada à de **apropriação indébita**, definida no art. 168 do Código Penal; o inciso III arrolava uma série de condutas que foram equiparadas ao delito de **falsidade ideológica**, previsto no art. 299 do Código Penal e, finalmente, o inciso IV contemplava condutas equiparadas ao **estelionato**, previsto no art. 171 do Código Penal.

Assim, ao legislador de 1960 pareceu mais fácil a enumeração de delitos previdenciários por assemelhação, renunciando a sua prerrogativa de criar os tipos penais autônomos, próprios e específicos, destinados à proteção da previdência social.

Tal situação, que criou inúmeras dificuldades de interpretação para os aplicadores do Direito, persistiu até a edição da Lei nº 8.137/90, que define os crimes contra a ordem econômica e tributária e abrangia também as ações criminosas contra a previdência social. (cf., a propósito, a sábia discussão entre Manoel Pedro Pimentel e Jorge Medeiros da Silva sobre se o não recolhimento de contribuições descontadas dos empregados caracterizaria ou não o delito de apropriação indébita, *in* RT 451/321 e Direito Penal Especial, respectivamente).

Finalmente, em 1991 é editada a Lei nº 8.212 que cuida do custeio da previdência social, dispondo seu artigo 95 sobre condutas que o legislador entendeu definir como ilícitos penais previdenciários. Abandonou em parte a velha tradição e resolveu definir os ataques à Previdência Social estabelecendo as condutas ilícitas em uma lei própria, tida então como especial, no tocante à definição de ilícitos penais, em relação às mesmas condutas da Lei nº 8.137/90.

Algumas das figuras típicas criadas pelo artigo 95 e suas várias alíneas são novas; outras, porém, já eram conhecidas.

Dispõe o art. 95 que **constitui crime:**

a) deixar de incluir na folha de pagamentos da empresa os segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou autônomo, que lhe prestem serviços;

b) deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa o montante das quantias descontadas dos segurados e o das contribuições da empresa;

c) omitir total ou parcialmente receita ou lucro auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições, descumprindo as normas legais pertinentes;

d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público;

e) deixar de recolher contribuições devidas à Seguridade Social que tenham integrado custos ou despesas contábeis relativos a produtos ou serviços vendidos;

f) deixar de pagar salário-família, salário-maternidade, auxílio-natalidade ou outro benefício devido a segurado, quando as respectivas quotas e valores já tiverem sido reembolsados à empresa;

g) inserir ou fazer inserir em folha de pagamentos, pessoa que não possui a qualidade de segurado obrigatório;

h) inserir ou fazer inserir em Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a Seguridade Social, declaração falsa ou diversa da que deveria ser feita;

i) inserir ou fazer inserir em documentos contábeis ou outros relacionados com as obrigações da empresa, declaração falsa ou diversa da que deveria constar, bem como omitir elementos exigidos pelas normas legais ou regulamentares específicas;

j) obter ou tentar obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo direto ou indireto da Seguridade Social ou de suas entidades, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, contrafação, imitação, alteração artilosa, falsificação ou qualquer outro meio fraudulento.

§ 1º No caso dos crimes caracterizados nas alíneas d, e e f deste artigo, a pena será aquela estabelecida no artigo 5º, da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, aplicando-se à espécie as disposições constantes dos artigos 26, 27, 30, 31 e 33 do citado diploma legal.

Embora passados 35 anos do início da proteção penal à Previdência Social, o legislador ainda não conseguiu criar uma legislação escoimada de equívocos, pois, ao estatuir sobre as condutas definidoras dos tipos legais, o legislador produziu obra defeituosa.

Com efeito, para as condutas descritas nas alíneas “d”, “e” e “f” após enumerar o preceito, tomou de empréstimo, uma vez mais, como cos-

tuma fazer o legislador em matéria previdenciária, numa demonstração de pouco caso com tão relevante assunto para a nacionalidade, a sanção estabelecida para os chamados crimes do colarinho branco, previstos na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Parece que a intenção foi a de aumentar sensivelmente a gravidade da sanção cominada a essas condutas delituosas.

Entretanto, para as condutas definidas nas demais alíneas, o legislador esqueceu-se da sanção! Assim, quem praticar qualquer das condutas enumeradas nas alíneas “a”, “b”, “c”, “g”, “h”, “i” e “j”, não terá sanção nenhuma. Nas normas elencadas nessas alíneas, o legislador instituiu o preceito, porém, olvidou-se de estabelecer a sanção correspondente à sua violação.

O tema tem profunda imbricação com o princípio da legalidade, pois, **não há crime nem pena sem lei anterior.**

Pretendeu o legislador de 1991 criar normas incriminadoras para a proteção de bens jurídicos ligados diretamente à previdência social. Entretanto, não instituiu uma norma penal porque a característica desta é a enumeração do preceito, definindo uma conduta, de comando ou de proibição, com a necessária descrição da sanção correspondente.

O binômio preceito e sanção é parte integrante de toda norma jurídica. Não se trata de característica particular do Direito Penal.

Veja-se a clássica definição de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO – Curso de Direito Civil – Parte Geral – 14ª ed. – Saraiva – 1976 – lei é um preceito comum e obrigatório, emanado do poder competente e provido de sanção (p. 13). O renomado civilista, ao tecer considerações sobre a diferença entre Direito e Moral ensina que: a principal oposição entre a regra moral e a regra jurídica repousa efetivamente na sanção. ... a segunda, ao inverso, conta com a sanção para coagir os homens. Se não existisse esse elemento coercitivo, não haveria segurança nem justiça para a humanidade. O conceito de sanção, ou possibilidade de constranger o indivíduo à observância da norma, torna-se inseparável do direito. Neste, como diz JEAN HÉMAR, essencial é o problema das sanções, pois, justamente através de sua aplicação é que a regra jurídica adquire sua mais completa eficácia, seu valor absoluto (ob. cit, p. 3).

Prossegue o eminente jurista: Por fim, a última característica da lei é a **sanção** (no sentido de coação), do verbo *sancire*, que significa reforçar o preceito, torná-lo inviolável. Trata-se, como já vimos, de elemento inseparável do direito. Regra jurídica sem coação, disse IHERING, é uma contradição em si, um fogo que não queima, uma luz que não alumia (ob. cit., p. 14).

A mesma integração entre preceito e sanção, como elementos componentes da norma jurídica também se faz presente no Direito Penal.

Isto porque, a norma penal, como espécie de um conceito mais amplo (a norma jurídica), contém, portanto, uma ordem, ou norma de conduta, e a respectiva sanção, como garantia para seu cumprimento e eficácia... e ... toda norma incriminadora contém, portanto, dois elementos constitutivos: o preceito e a sanção ... no Direito Penal, não há normas incompletas, pois se ao imperativo de que decorre o preceito não suceder uma "sanctio juris", a norma é inexistente... (TRATADO DE DIREITO PENAL – José Frederico Marques – Saraiva – 2ª ed. – 1964 – Vol 1º, p. 118).

Nas precisas palavras de ANIBAL BRUNO, como toda norma jurídica, a norma penal compreende o preceito e a sanção; o preceito, que contém o imperativo de proibição ou comando, e a sanção, que ameaça de punição a violação do preceito. No preceito se exprime a vontade estatal de estender a determinados bens jurídicos a proteção penal, proibindo ou ordenando atos, em conformidade com essa proteção; na sanção manifesta-se a coercibilidade do preceito, que é uma das características da norma jurídica. São dois termos que se prendem indissolúvelmente um ao outro, para integrar a unidade de conteúdo da norma de Direito. (Direito Penal – Forense – Livro I, Tomo I, 1959 – p. 180).

Ou como leciona HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, a norma penal é constituída do conjunto formado pelo preceito e a sanção, que constituem unidade lógica indissolúvel. A norma sem preceito ou sem sanção é inexistente (LIÇÕES DE DIREITO PENAL – Forense – 4ª ed., 1980 – p. 75).



De fato, é inconcebível pensar-se em uma norma que contenha o preceito sem a sanção. Seria um vazio, um nada, pois o elemento característico da norma jurídica é a sua coercibilidade, que se caracteriza pela imposição de uma sanção quando violada.

Ora, sem a previsão da correspondente sanção, a norma incriminadora é inexistente, de modo que lícitas seriam as condutas elencadas nas alíneas "a", "b", "c", "g", "h", "i", "j", do art. 95, da Lei nº 8.212/91.

Continuando a dar pouco caso à sistematização penal, à definição clara e precisa dos tipos penais instituidores dos ilícitos previdenciários, o legislador de 1995 perdeu outra oportunidade de reparar o mal cometido. Editou a Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, que alterou várias das disposições das Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, sem alterar o malfadado art. 95 da primeira delas, deixando-o intocado. Agora, bem recentemente, em obediência ao art. 6º da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, o Poder Executivo promoveu a publicação consolidada das Leis nº 8.212/91 e 8.213/91 no Diário Oficial da União, de 11 de abril de 1996. Nessa consolidação das leis permaneceu a redação defeituosa do art. 95, na parte em que instituiu os crimes previdenciários sem prever as respectivas sanções.

Estará, então, a previdência social destituída da poderosa proteção que é conferida pelo Direito Penal, como a *ultima ratio* para a garantia de seus interesses e proteção jurídica de seus bens?

Poderão então os indivíduos e as empresas, por seus dirigentes, tranquilamente agir sem que sejam molestados pelo **soldado de reserva** da ordem jurídica que é o Direito Penal?

Nosso entendimento inclina-se pela resposta negativa.

Uma interpretação mais ligeira da norma estaria a indicar que ela ofende o princípio da legalidade, tão bem insculpido na fórmula latina de FEUERBACH: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, inserido na Constituição Federal, em seu art. 5º. XXXIX e reproduzido no art. 1º do Código Penal.

Apesar dessa lacuna, as hipóteses elencadas nas citadas alíneas continuarão a ser punidas. É que a Lei 8.212/91 é especial em relação à lei anterior, de nº 8.137/90 e aos dispositivos do Código Penal em que se amoldavam condutas que violavam bens e interesses da previdência social. Os chamados delitos previdenciários, embora previstos em lei especial, não escapam às teorias e princípios gerais do Direito Penal.

De fato, muitas das condutas enumeradas naquelas alíneas do art. 95 já se encontravam anteriormente descritas na Lei 8.137/90 e, ainda que não houvesse a previsão típica desta lei, de caráter geral em relação a de nº 8.212/91, mesmo assim, muitas delas estariam perfeitamente elencadas no Código Penal, de modo que, subsidiariamente haveria a previsão legal de punição, obedecendo assim ao princípio da legalidade. Compare-se, por exemplo, a título exemplificativo, as condutas descritas nas alíneas “g”, “h” e “i” do art. 95, que nada mais são do que a mesma conduta descrita no art. 299 do Código Penal, que define o delito de falsidade ideológica. Tome-se, ainda, como exemplo, a conduta definida na alínea “j” e a descrita no art. 171, § 3º do Código Penal. Em verdade, estas alíneas reproduzem as anteriores definições dos delitos de **falsum, do estelionato**.

Não se trata de aplicação de analogia, proibida em Direito Penal em matéria de normas incriminadoras. Trata-se, apenas, da aplicação dos princípios próprios que regulam o instituto da tipicidade, segundo os quais, o tipo está na lei, que contém a descrição abstrata da conduta, e a tipicidade, encontra-se na ação, que revela o comportamento do agente amoldável àquela descrição. Desse modo, pode haver subsunção típica das condutas do art. 95 em tipos da Lei 8.137/90 ou em tipos previstos no Código Penal, aplicados subsidiariamente. Deixa de haver a tipicidade pela lei especial, porém, está ela presente na norma incriminadora de caráter geral.

A solução do problema dar-se-ia pela simples aplicação do princípio da subsidiariedade: *lex primaria derogat legi subsidiariae*.

Na impossibilidade de aplicação do art. 95, alíneas “a”, “b”, “c”, “g”, “h”, “i” e “j”, da Lei nº 8.212/91, aplica-se a Lei nº 8.137/90, ou disposições incriminadoras do Código Penal, se for o caso, àquelas condutas que se amoldam nos tipos penais descritos nestas leis, porque, sempre que um tipo especial não puder, por um motivo qualquer, abrigar tipicamente o episódio que se analisa e examina, o tipo geral, subsidiária e supletivamente, como reserva do tipo especial (já que este contém todos os seus

elementos), outorgará guarida típica ao fato (FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO – Conflito Aparente de Normas Penais – RT 673/294).

A não previsão da sanção, que deixou a norma incompleta, não significa que as hipóteses elencadas nas alíneas “a”, “b”, “c”, “g”, “h”, “i”, “j”, do art. 95 da Lei nº 8.212/91 não serão punidas. Aparentemente, tal punição viria de encontro com o princípio da legalidade.

Entretanto, tal princípio em sua formulação completa impõe o reconhecimento de que não basta a existência de lei. É necessário que a lei seja anterior – falando-se, então, no princípio da anterioridade da lei penal, tal como definido no art. 1º do Código Penal, em combinação com o disposto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Assim, as condutas descritas no art. 95, alíneas “a”, “b”, “c”, “g”, “h”, “i” e “j” se amoldam, ou na adequação típica dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90, ou então, nas descrições típicas dos arts. 171, 299, etc. do Código Penal. A concretude dos fatos e sua subsunção em uma norma penal incriminadora é tarefa que se apresentará ao julgador no momento da decisão, em que dirá da certeza do direito a ser aplicado.

O que não se pode admitir é que os sonegadores e fraudadores da Previdência Social permaneçam ilesos e impunes diante da omissão do legislador. A punição é possível como demonstrado acima.

Entendemos, pois, que esta solução é mais consentânea com os princípios e postulados do Direito Penal, e atende aos fins sociais preconizados no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que, na hipótese retratada, significa dar a devida proteção penal à Previdência Social, punindo aqueles que por meios ilícitos pretendam se furta à obrigatoriedade de seus deveres e obrigações de contribuir com a Seguridade Social, mesmo porque, se assim não fosse, a ordem jurídica agasalharia uma gritante desigualdade. É que, o agente que praticasse um delito de *falsum*, com o fim de eximir-se do recolhimento de tributos, por exemplo, o ICMS ou o IRPF, seria punido com as sanções dos art. 1º ou do art. 2º da Lei nº 8.137/90, conforme as hipóteses comprovadas, enquanto que, aquele que praticasse a mesma conduta com o fim de sonegar o pagamento de contribuições devidas à Previdência Social não teria punição alguma, face à omissão do legislador em prever e estabelecer a respectiva sanção. Seria dar tratamento

desigual aos iguais, o que contraria frontalmente o art. 5º, I, da Constituição Federal.

Assim, todos que ofendam ou venham a ofender os bens jurídicos de interesse da previdência social, cuja proteção se pretendeu no art. 95, alíneas "a", "b", "c", "g", "h", "i" e "j", da Lei nº 8.212/91, não escaparão da respectiva punição, apesar da inexistência da norma incriminadora, posto que, os comportamentos lesivos ali descritos se subsumem em outras disposições definidoras de delitos e o enquadramento deles nestas normas incriminadoras atende ao **princípio da anterioridade** da lei penal, pois, antes da edição da Lei nº 8.212/91, que almejou instituir aqueles ilícitos previdenciários, muitas condutas nela descritas já eram consideradas ilícitos penais.

Ad extremum, consideremos **inexistentes** as normas incriminadoras previstas no art. 95, alíneas "a", "b", "c", "g", "h", "i", "j", que não chegaram a adquirir sua inteira configuração e por isso não ingressaram validamente no mundo jurídico; as condutas descritas nessas alíneas continuarão a ser consideradas ilícitas, pois, se apresentam como subsumíveis ora nos tipos definidos nos artigos 1º ou 2º da Lei nº 8.137/90, ora, algumas delas, em disposições do Código Penal. São condutas que se revelam típicas e antijurídicas em função de outras normas penais incriminadoras existentes **previamente** no ordenamento jurídico repressivo. Em verdade, tudo se resume a uma questão de técnica jurídico-penal, de qualificação dessas condutas à luz da teoria da tipicidade, basilar no Direito Penal. O fundamento para a imposição da pena está em o agente realizar no mundo fático, condutas que encontram sua correspondência no mundo abstrato do tipo penal, que encerra o preceito. Basta que se faça a indagação sobre a existência de normas penais que encerram as mesmas condutas descritas nas citadas alíneas do art. 95. Em caso positivo, serão elas típicas, o que legitimará, então, a imposição das sanções nelas previstas, sem que com isso se malfira o princípio da legalidade inscrito no art. 1º do Código Penal.

Por isso, é injurídico pensar-se em absolvição do agente com fundamento no disposto no art. 386, inciso III do Código de Processo Penal, que prevê a não responsabilização penal quando o fato imputado não constituir crime, porquanto, as condutas enumeradas nas alíneas "a", "b", "c", "g", "h", "i" e "j" do art. 95, da Lei 8.212/91, podem e devem ser consideradas criminosas porque revestidas da necessária tipicidade, tendo em vista a anterior existência de outras normas penais incriminadoras nas quais elas se

amoldam. Além do mais, cabe ao julgador dar aos fatos a correta definição jurídica, nos termos do disposto nos arts. 383 e 384 do mesmo diploma legal. A inexistência da sanção naquelas alíneas não significa não possa o julgador encontrá-la em outras normas, desde que, evidentemente, faça-se presente o requisito da tipicidade.

Dessa forma, a ordem jurídica, com o emprego do Direito Penal, estará garantindo que o suor do rosto para o ganha-pão será enxugado pela Previdência Social.

Aspectos Constitucionais da Reeleição

Edvaldo Brito

*Professor de Direito Constitucional do Centro de
Pós-graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia
Professor da Faculdade de Direito da Universidade
Mackenzie (São Paulo)*

O sistema jurídico: noção e classificação. O sistema jurídico brasileiro

Toda a afirmação do homem é uma mensagem que ele *emite* para outrem, o *receptor* ou destinatário, na perspectiva de comunicar o seu pensamento. Por isso, deve esse *emissor* cuidar, sempre, para evitar que seja *patológica* a sua *comunicação* com o *receptor*.

Um estudo sobre os padrões, patologias e paradoxos da interação humana está em um livro escrito por três pesquisadores do Instituto de Pesquisa Mental de Palo Alto, Califórnia¹, no qual demonstram que, no contexto comunicacional, são reduzidas, a três, as reações possíveis: 1ª) – “rejeição” de comunicação, 2ª) – aceitação de comunicação e 3ª) – *desqualificação* de comunicação. Essas situações configuram-se quando, respectivamente, o destinatário expressa desinteresse pela mensagem ou a aceita ou se comunica de modo a invalidar essa sua própria comunicação e a do outro.

Essas reações comportam desdobramentos que implicam na estrutura dos níveis de comunicação, identificando-se distúrbios ou no nível de conteúdo ou no de relação, através de três comportamentos: ou a *rejeição* do eu do emissor, ou a *confirmação* desse eu, ou a sua *desconfirmação*.

A comunicação desenvolve-se quando há *confirmação*, isto é, quando os indivíduos aceitam-se, porque “a base da vida do homem com o homem é dupla e é una: o desejo de todos os homens de serem confirmados pelo que são, mesmo pelo que podem vir a ser, pelos demais homens; e a capacidade inata do homem de confirmar os seus semelhantes dessa maneira”. Em razão disto é que os outros dois comportamentos são *formas patológicas* de comunicação.

Afirmo², na companhia ilustre de *Tércio Sampaio Ferraz Júnior*³, que no repertório jurídico não pode haver a *desconfirmação*, conseqüentemente, o *cometimento* tem de integrar o discurso jurídico para dar a *sanção* a *comportamentos patológicos* do destinatário da norma, isto porque a *efetividade* da norma, que consiste na sua estabilidade, está no *relato* que lhe incumbe e que deve ser capaz de ser recebido pelo destinatário⁴ de modo a que não ocorra *desconfirmação* e, em havendo, esta, ocorra, então, a *sanção*.

(1) - cf. Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson. Pragmática da comunicação humana. trad. de Alvaro Cabral, São Paulo: Cultra, 1993

(2) - cf. Eivaldo Brito. Limites da revisão constitucional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, Editor, 1993

(3) - cf. Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1986, ps. 113 e sags e introdução ao estudo do direito, São Paulo: Atlas, p. 171

(4) - *destinatário* é o receptor da norma jurídica tida como pensamento da conduta humana na sua interdependência intersubjetiva. Assim, o juiz é o receptor do legislador; a comunidade pretensora é receptor do legislador e do juiz; o legislador é receptor da comunidade pretensora, do doutrinador e do juiz. Sobre essa teoria, cf. Miguel Reale. O direito como experiência (introdução à epistemologia jurídica), 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, ps. 173 e sags; Celso Lafer. Prefácio ao livro Poder e legitimidade; autor: José Eduardo Faria. São Paulo: ed. Perspectiva, 1978, ps. 10/11.

Todo esse aparato compõe, enfim, o que a semiótica denomina de *linguagem* e, ao estudo do respectivo conteúdo, chama-se *teoria da linguagem*.

Não se confundem, obviamente, *língua* e *linguagem* porque se relacionam como conteúdo e continente. A *língua* é um dos *símbolos* da *linguagem*, como o são, por exemplo, as vestes talaras dos magistrados, a solenidade com que se processam as leis, o *poder constituinte* e a sua produção, que é a *Constituição jurídica*, a *competência para emendá-la* e para *revisá-la* (*competência para reforma do texto constitucional*).

A *língua*, porém, é o *símbolo* que fornece a maior quantidade de elementos da *linguagem*. A *língua* ou *idioma* é o conjunto dos *signos* ou palavras ou expressões que, forrado por convenções espontâneas, é cristalizado em regras (gramática) com o propósito de operar-se a comunicação entre os membros de uma comunidade.

Há *objetos do conhecimento* que se expressam, somente, como *linguagem*. É, exemplo, o *direito*. Nessas hipóteses, cumpre cuidar para evitar o malogro da comunicação que, na lição de John Parry⁵, é efeito das ciladas das ambigüidades da *linguagem*.

A *Semiótica* e a *Lógica* são ancilares da Ciência do Direito "stricto sensu", ou seja a Ciência Jurídica, cuidando para prevenir este malogro no campo jurídico. Há, por isso, uma *Semiótica Jurídica* e uma *Lógica Jurídica*. Radbruch⁶ designa por "*ciências do direito*" as diferentes ciências que podem ter o *direito* por objeto, reservando a expressão "*ciência jurídica*" para designar aquela entre essas ciências que trata do *direito* com os métodos especificamente chamados jurídicos. Neste sentido, Tércio Sampaio Ferraz Junior⁷ fala de *zetética* e de *dogmática*, para exprimir situações em que, respectivamente, o jurista pesquisa elementos de *conceitos*, buscando-os em *instituições*, para, com eles, doutrinar na formulação dos elementos de um determinado *instituto* ou de uma *categoria*.

Poder constituinte e *competência reformuladora* não são conceitos de direito positivo, assim, tiveram de ser construídos lógico-lingüísticamente.

(5) - cf. Psicologia da comunicação humana, trad. de Octávio Mendes Calado, 2ª ed. São Paulo: Cultrix, p. 65

(6) - cf. Gustav Radbruch, Filosofia do direito, trad. de L. Cabral de Menezes, 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado - Editor, Succesor, 1979, p. 277

(7) - id. Introdução ao estudo do direito, ob. cit. nota de rodapé 3, ps. 45/52

Todo o exposto autoriza a conclusão de que há várias ciências que têm o *direito* como o seu *objeto de conhecimento*, tratando-o, pois, pelos seus diferentes ângulos e servindo como ancilares da *ciência jurídica* ou ciência do direito "*stricto sensu*".

Destaquem-se, entre tantas (história do direito, sociologia do direito, sociologia jurídica, antropologia jurídica, etc.), a *semiótica jurídica*⁸ e a *lógica jurídica*. É que o direito exterioriza-se como um *discurso*, seja através da *norma* expedida ou pela fonte legislativa, ou pela fonte jurisdicional; seja pela manifestação doutrinária.

Sendo um *discurso*, a *norma* é uma mensagem e, assim, enquadra-se no campo da *comunicação humana*, que é plena de ambigüidades. Ora, a *semiótica* revela os meandros dessa *comunicação* e a *lógica* disciplina-a enquanto a trata como *pensamento* que deve ser emitido com o maior rigor para evitar as *patologias*.

A semiótica jurídica

A *Semiótica* vê nessa *comunicação a linguagem*, sobretudo, pela sua ótica de *língua*, que, por definição, é um *signo* ou um *conjunto de signos*, através do que o homem faz as suas afirmações; embora, no caso jurídico, essa *linguagem* não se resume ao elemento *língua*, porque engloba vários outros elementos, inclusive os dos exemplos supra falados: vestes talares dos magistrados, processo de elaboração legislativa, etc., os quais são frutos de uma espontânea convenção que se realiza tacitamente entre os membros de um mesmo grupo⁹. Esses *signos* são sensíveis, habitualmente auditivos ou visuais, destinados, principalmente, a significar nossos pensamentos e a expressar nossos estados emocionais¹⁰. Essa *linguagem* tem caráter convencional que provém sempre de um acordo, em regra, tácito e espontâneo e as suas expressões possuem diversas funções que podem ser distribuídas em três categorias de relações: *semântica*, *sintática* e *pragmática*.

(8) - sobre as obras referentes à *Semiótica Jurídica*, v. Edivaldo Brito Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, in. Ação declaratória de constitucionalidade, coord. nos Garcia da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 42

(9) - cf. Ricardo Gutwong et alii. Introducción al conocimiento científico. Buenos Aires: EUDFBA, 1985, p. 18

(10) - cf. Georges Kolnowski. Introducción a la lógica jurídica, trad. de Juan Casabon, supervisión de Juan Vermañ, Buenos Aires: EUDEBA, 1973 p. 37

A *semântica* consiste em que cada *signo*, palavra ou expressão guarda uma relação com um objeto do qual fornece o significado, à medida em que o caracteriza. Contudo, um mesmo *signo* serve, às vezes, para designar mais de um objeto. Ex. "banco" (assento e instituição financeira). Por isso, o pensamento tende a desanuviar-se mediante a função que nele desempenha a relação *sintática* que consiste na ligação entre os *signos* para que um contribua com a clareza do conteúdo semântico do outro em um certo *contexto* de suas utilizações. Ainda assim, a simples ligação de um *signo* a outro, em certos *contextos*, não é bastante para evitar as *patologias* da *comunicação*. No exemplo supra, se a palavra "banco" associar-se à palavra "quebrou", nem por isso dissipa-se a ambigüidade; há de perguntar-se: fala-se de assento que se partiu ou de instituição financeira que faliu?. Daí que a relação *pragmática* tem, no particular, função fulminante. Nela se encontra a vinculação entre o *signo* e o sujeito que o utiliza. Assim, a expressão "banco quebrou", emitida por pessoa do mundo financeiro, torna-se uma mensagem clara, no sentido de que se fala de instituição financeira que faliu...

Na *pragmática* desdobram-se as funções de *comunicação* e de *expressão* porque as expressões permitem aos homens *comunicar* conteúdos cognoscitivos e *expressar* estados emocionais. Kalinowski lembra, por isso, que a *linguagem* do *direito* cumpre função de *comunicação* e a do jurista, a de *expressão*.

Esta constatação implica em uma outra, a de que há uma *linguagem objeto* e uma *linguagem* com que se fala do objeto, ou seja a *meta-linguagem*.

A *norma* saída da fonte legislativa, no nosso sistema jurídico, que é do tipo *continental europeu*, constitui a *linguagem objeto*. A *norma* saída da fonte jurisdicional e aquela que é fruto da produção doutrinária constituem a *meta-linguagem*.

À *linguagem objeto*, por ter de ser decodificada, necessariamente, pela *meta-linguagem*, não se exige rigor quanto ao conteúdo semântico técnico, próprio da *linguagem técnica* e da *linguagem científica*. Obviamente, ao contrário, a *meta-linguagem* tem de ser, invariavelmente, um fruto técnico-

científico. A *linguagem técnica* é artificial e consiste em um conjunto de signos com um conteúdo semântico restrito, porque é típico do setor do conhecimento em que são utilizados. A *linguagem científica* é, também, artificial, na medida em que utiliza a linguagem técnica adotando critérios que dão rigor à comunicação sobre os fenômenos descritos; esses critérios são verdadeiros axiomas, dado que as expressões com que o homem comunica conteúdos cognoscitivos já não estão carregadas de imprecisão significativa e são fruto de experimentação ou de experiência comprovadas pelo trato específico do investigador.

No campo jurídico, Carlos Santiago Nino, sustentado em Leszek Nowak, procura explicar essas linguagens (a objeto e a com que se fala do objeto), ao identificar dois tipos de legisladores: o "de carne e osso" e o "racional". O traço característico deste último é a interpretação dos textos legais otimizando a lei: ou seja, reconstrói, a partir das prescrições legais as melhores normas possíveis do ponto de vista da exigência da doutrina moral e política dominantes. Os juristas utilizam um modelo de legislador que pouco tem que ver com os legisladores "de carne e osso", isto é, legisladores que sancionam as leis. O modelo de legislador "racional" de que se revestem os juristas é singular, perdurável, único, consciente, finalista, onisciente, onipotente, justo, coerente, onicompreensivo, econômico, operativo, preciso, em suma, tem quase todas as propriedades dos deuses teológicos, talvez com a única diferença relevante de que sua tarefa esgota-se com a legislação. É uma das espécies de legislador "racional". Já o legislador "de carne e osso", diz Nino, é um corpo colegiado formado por uma pluralidade de pessoas, a maioria das vezes com opiniões discrepantes; quase nunca é a mesma gente a que discute e elabora o primeiro artigo e o último de um código; vota por ordem do líder político de seu setor, sem saber de que se trata, outras, somente concorre ao recinto de sessões para votar; nem sempre persegue um propósito definido ao votar a lei; não conhece todas as circunstâncias fáticas abrangidas pelas normas gerais que dita, sejam aquelas que ocorrem no momento da votação, sejam as que virão no futuro; não legisla para um caso concreto, por isso, não é sempre justo, circunstância que sempre envolve o mister do legislador "racional" que aplica a norma de modo a adequá-la aos padrões valorativos vigentes à época da aplicação¹¹.

(11) -cf. Consideraciones sobre a dogmática jurídica, México. UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974 pgs. 65 e segs.

Nesta linha de raciocínio dá-se razão a *Kelsen*¹² ao falar do *legislador negativo*, no sentido de que o juiz quando anula uma lei elaborada pelo legislador “de carne e osso” (*legislador positivo*) opera uma função legislativa, “um ato – por assim dizer – de legislação negativa”.

A lógica jurídica

A *Lógica*, então, passa a ter função porque lhe incumbe fornecer os princípios com os quais se disciplina o *pensamento*, que é o meio de *comunicação* entre os homens mediante a *mensagem* que cada qual *emite*. Essa função desenvolve-se por intermédio de *princípios* cuja observação impõe-se. Além de outros, citem-se: a) – um objeto somente pode ser idêntico a si mesmo e não ao seu contrário (*princípio da identidade*); b) – assim, o contrário do que é verdadeiro é falso, porque o mesmo objeto não pode, ao mesmo tempo, ser e não ser (*princípio da contradição ou de não contradição*).

Falar-se, portanto, de *sistema*; de *sistema jurídico*; de *Constituição jurídica* como lei preeminente do *sistema jurídico*; de *reforma* do texto da *Constituição jurídica*, seja pela via de *revisão*, seja pela via da *emenda*; é falar de *signos*, palavras, expressões que estão inseridos em um *contexto de linguagem técnico-científica* que não dispensa o apoio dos conhecimentos da *Semiótica* e da *Lógica*, para apurar a *pragmática da comunicação normativa jurídico-constitucional*. É o que se fará a seguir, estudando o tema à luz desses conhecimentos lógico-lingüísticos.

A noção e a classificação de sistema

Esse apoio da *Semiótica* e da *Lógica* já se faz presente quando se tende a identificar que conteúdo semântico atribui-se, no tempo e no espaço da especialização (relação *pragmática*), à palavra *sistema* e à expressão *sistema jurídico*, capitaneado pela *Constituição*.

A palavra *sistema* pressupõe um *conjunto* de partes ou elementos *integrados* e *coordenados*, entre si. Por isso, é um conjunto ordenado, lógico e racional. E, porque é assim, todo sistema traduz-se num conjunto de *princípios* e de *normas* os quais estabelecem um corpo de doutrina.

(12) - Cf. *Teoria geral do direito e do estado*, trad. de Luis Carlos Borges; revisão técnica de Pêicles Prado, São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 261.

A palavra fornece, então, o sentido de *coordenação* entre os elementos que compõem o fenômeno por ela definido. Esta coordenação garante o funcionamento das partes como uma estrutura organizada.

Logo, *sistema jurídico* é expressão que terá de significar um conjunto harmônico e conjugado de *princípios* e de *normas jurídicas* sobre, respectivamente, a *conduta humana na sua interferência intersubjetiva* e os métodos que põem em execução esses *princípios* e *normas*.

Se se trata, pois, de um *sistema jurídico*, as suas partes têm de estar organizadas como um todo, de modo que, pelos seus efeitos, possam corrigir e equilibrar umas às outras.

Se se trata, pois, de um *sistema jurídico*, os entes, representativos aos quais incumbe pôr em execução os métodos, através dos quais se realizam esses *princípios* e *normas* devem estar harmoniosamente estruturados para oferecer os resultados almejados pela finalidade a que se destinam, tal como se propõe a convenção tácita, antes falada e elaborada para o bem-estar social; resultados orientados e submetidos ao controle necessário a produzirem o rendimento deles esperado para a eficácia do processo, em um *Estado Democrático de Direito* no qual há o primado dos princípios da *segurança jurídica* e da *certeza do direito*, dos quais se ocuparão as linhas seguintes.

O melhor *sistema* será sempre aquele que mantiver o equilíbrio dos *fatores* que lhe são condicionantes: psicológico, político, moral, religioso e econômico. Por isso, cada comunidade elabora a sua convenção à medida em que a convivência vai processando-se, mas, sempre, monitorada pelos *valores humanos superiores* ou fundamentais: *igualdade, liberdade, pluralismo*. Esses valores são o conteúdo da *cidadania* com o que se vive com dignidade humana. Todas as Constituições do mundo, elaboradas na terceira fase do direito constitucional (Alemanha, Itália, França, Portugal, Espanha, Brasil), sintetizam os elementos de identificação da organização política que se debuxa através do *direito*, em sua norma máxima¹³.

Com efeito, o direito constitucional evoluiu em três fases: a *primeira* é aquela em que as normas do direito constitucional positivo tinham, apenas,

(13) - cf. Gregorio Peces-Barba. Los valores superiores. 1ª reimpressão, Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 11

a natureza dos direitos políticos e civis; a *segunda* é a que se inaugura com o final da Primeira Guerra Mundial, quando se acrescentaram as normas veiculadoras dos direitos de conteúdo econômico e social; a *terceira*, após a derrocada das célebres ditaduras do mundo (nazismo, fascismo, salazarismo, franquismo, peronismo, getulismo), caracterizada por normas de outorga de prerrogativas da *cidadania*.

Esta *fase da cidadania* sucede à *do súdito*. O povo brasileiro, em 1889, banii a fase de súdito, legitimando a *república* através da Constituição de 1891 e, recentemente, em 1993, com o *plebiscito* quando teve a oportunidade de recusar o retorno à *monarquia*, a que lhe querem condenar, *inconstitucionalmente*, agora, com a proposta de emenda constitucional para permitir a *reeleição* com o fim das *inelegibilidades*, tal como ficará demonstrado neste estudo.

O *sistema jurídico* dos povos que adquiriram a *cidadania* é integrado pelos princípios nascidos das instituições sociais que resultam das práticas democráticas da vida coletiva. A *reeleição*, nessas circunstâncias, ofende essas instituições que são fruto da evolução.

*Santi Romano*¹⁴ chama a atenção para essa circunstância, ao falar de uma interpretação evolutiva do direito positivo: "se de vida e de evolução se quer falar, inclusive daqueles seus elementos que são as normas jurídicas, não há que olvidar que se trata de uma vida e uma evolução que as afetam, as tocam e as animam e na medida em que nelas se manifestam a vida e a evolução da instituição: somente esta, em seu conjunto, e não cindida em suas partes essenciais, tem uma vitalidade e uma idoneidade para evoluir".

Essa evolução resulta, também, das práticas que permeiam experiências de povos que têm história similar, então, o *direito comparado* é instrumento de investigação desse processo institucional que atina para o sucesso ou para o infortúnio de institutos jurídicos (regimes jurídicos das práticas sociais de outros povos). O *direito comparado*, por isso, não implica em copiarem-se institutos jurídicos sem que se faça *redução sociológica*, ainda quando tenham bom resultado alhures, porque nem sempre "*o que é bom para os Estados Unidos é bom para o Brasil*", mensagem equivocada que ficou célebre, entre nós.

(14) - cf. Fragmentos de um dicionário jurídico, trad. de Santiago Santi Malendo e Marino Ayeta Padin, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América 1964, ps. 210/1

Logo, lembre-se que mesmo os sistemas jurídicos de uma mesma raiz têm-se diversificado quando adotado, nos seus postulados, em comunidades diversas. É o exemplo do *sistema continental europeu* e o *sistema do casuísmo fundamental* (o anglo/norte-americano).

É possível, nestes termos, encontrar distribuídos entre os povos, pelo menos, quatro sistemas de relevância mundial: 1) anglo/norte-americano: *casuísmo fundamental*; 2) – chinês; 3) islâmico; 4) – romântico (*continental europeu*)¹⁵.

O Brasil insere-se nesse último tipo (*continental europeu*) porque foi colonizado por um país europeu que absorveu o dito sistema. Contudo, o seu *direito público*, por influência, inclusive, da doutrina de *Ruy Barbosa*, buscou no sistema anglo/norte-americano muitos dos seus postulados, os quais não podem ser desprezados, mas, devem ser, hoje, apreciados de acordo com o tratamento que a *convenção tácita*, de que se fala supra, vem-lhe dispensando na sua evolução. O tema da *reeleição* é um exemplo, pois, modificou-se, nos Estados Unidos da América, para ser restringido.

Gize-se, por necessário, que o próprio povo americano adaptou o sistema que herdou do seu colonizador, a partir da elaboração de uma Constituição escrita, a primeira do mundo (1787), ao contrário do povo matriz, cuja Constituição é assistemática difundida em vários documentos escritos: a Magna Charta Libertatum (1215), a Petição de Direitos ("Petition of Rights", 1628), a lei do "Habeas Corpus", 1679, a Declaração de Direitos ("Bill of Rights", 1689), etc.

Têm em comum, porém, o culto às instituições políticas democráticas, entre elas a idéia de preeminência da Constituição, que não conspiram com qualquer casuísmo, fazendo prevalecerem a **segurança jurídica** e a **certeza do direito**.

O *sistema jurídico* incorpora, pois, todos os elementos, até aqui, descritos e mais os que o serão adiante. Torne-se relevante, a esta altura, que esse sistema é caracterizado por uma *linguagem* integrada por critérios que se expressam em *normas-princípios* e *normas-regras*.

(15) - cf. Mario G. Losano, Os grandes sistemas jurídicos, trad. de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão; revisão e índice remissivo de Wanda Ramos. Lisboa: Editorial Presença Ltda., São Paulo: Martins Fontes, 1979, p. 225

Isto porque o *direito* sendo um *objeto cultural* a interpretação dessa *linguagem* impõe rigor que se obtém através da sua sistematização feita com arrimo na *Semiótica* e na *Lógica Jurídica*. O *direito* é *objeto* porque consiste em algo que se apresenta ao homem, na *percepção exterior*, de modo fixo e estável, independentemente dos seus pontos de vista, dos seus desejos ou das suas opiniões. Por isso, quando o *objeto* é submetido ao *conhecimento* do *sujeito* (o homem), trava-se entre os dois (*sujeito* e *objeto*) uma relação a que se denomina "*teoria do conhecimento*".

Ainda que essa *percepção* ocorra independentemente do subjetivismo, não raro o homem é levado a imprimir a tudo que *conhece* a nota do "bias", expressão com que os norte-americanos designam a *parcialidade* do investigador.

É o advogado a expressão da *parcialidade* porque o melhor dos causídicos tem de ter essa tônica. Já o juiz, ao contrário, por não ser *parte*, nem defendê-la, há de ser sempre *imparcial*, louvando-se nas *ciências* que têm o *Direito* como *objeto* de sua investigação.

Esta a razão de os advogados sempre se apoiarem nos pareceres jurídicos e os juizes neles se louvarem, para formarem o seu livre convencimento em matéria do *conhecimento* especial do técnico cuja função é tornar incontroversos fatos ambíguos.

Se ao advogado, por defender, sempre, *causa*, é natural a *parcialidade*; ao parecerista, a conduta exigida é a de quem cuida com *rigor* do fato que lhe é submetido, evitando introduzir na opinião que veicula a sua "bias". É aqui que se afirmam as *linguagens científica* e *técnica*, as quais se impõem, sobretudo, quando o *objeto* investigado é *cultural*.

Husserl¹⁶ em sua célebre "*A idéia da fenomenologia*" (parágrafo 24) adverte para as fundamentações arbitrárias da "*teoria do conhecimento*" e lembra que, nos nossos dias, aumentam as reações contra estes preconceitos funestos, porque na esfera natural da investigação, uma ciência pode servir à outra de modelo metódico.

(16) - cf. Edmund Husserl, *A idéia da fenomenologia*, trad. de Artur Morão, Lisboa: Edições 70. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 47

O procedimento correto para trabalhar essa interdisciplinariedade é cuidar de um quadro no qual se apresentam as supremas regiões ônticas e, assim, o ilustre autor distingue os *objetos do conhecimento humano* em quatro campos ônticos: *ideal, natural, cultural e metafísico*.

*Cossio*¹⁷, estudando a idéia, resume essas ontologias regionais esclarecendo que os *objetos ideais* são irrealis: não têm existência; não estão na experiência e são neutros ao valor. Os *naturais* são reais: têm existência; estão na experiência e são, também, neutros ao valor. Os *metafísicos* são reais: têm existência; não estão na experiência e são valiosos positiva ou negativamente. Os *culturais* são reais: têm *existência*; estão na *experiência* e são *valiosos* positiva ou negativamente.

Essa *valoração* é onde está o sentido de um *objeto cultural*. Ela pode referir-se tanto ao *valor* da coisa como aos *valores* da conduta que são *valores* da pessoa. Esta circunstância exige *neutralidade axiológica* do investigador, porque ao analisar tal *objeto*, afinal, está analisando seus próprios *valores*, os da pessoa.

Nesse quadro é errado estudar *objeto cultural* por um único dos seus ângulos, como o fez o *logicismo* em que se envolveu a escola denominada de *positivismo lógico*, considerando-se, sobretudo, a lição de *Klug*¹⁸, segundo a qual é inadmissível o alheamento da vida e o caráter abstrato de um sistema jurídico *calculizado*, salvo se a *calculização* adotar na fixação dos *axiomas* uma aproximação tal com a vida que se alcance uma clareza maior sobre os supostos jurídicos.

Todo o exposto autoriza que se reitere a conclusão de que há várias ciências que têm o *direito* como o seu *objeto de conhecimento*, tratando-o, pois, pelos seus diferentes ângulos e servindo como ancilares da *ciência jurídica* ou ciência do direito "*stricto sensu*".

Já se destacaram, por isso, a *semiótica jurídica* e a *lógica jurídica*, bem assim, a circunstância de que o *direito* exterioriza-se como um *discurso*, seja através da *norma expedida* ou pela fonte legislativa, ou pela fonte jurisdicional; seja pela manifestação doutrinária.

(17) - cf. "La teoría agnológica del derecho y el concepto jurídico de libertad". Buenos Aires: ed. Abeledo-Perrot. ps. 54 e segs.

(18) - cf. Ulrich Klug. *Lógica Jurídica*, trad. de J. C. Garduña. Bogotá, ed. Temis, 1990 p. 250

Já se destacou, também, por isso, que a *norma* é um *discurso*, razão pela qual ela é uma *mensagem* e, assim enquadra-se no campo da *comunicação humana*, que é plena de ambigüidades. Ora, a *semiótica* revela os meandros dessa *comunicação* e a *lógica* disciplina-a enquanto a trata como *pensamento* que deve ser emitido com o maior rigor para evitar as *patologias*, dissipando-se, ao máximo, as ambigüidades.

Aquí está o motivo de sistematização do estudo desse *objeto*, na sua exteriorização através das *formas de manifestação do direito positivo*: as *normas* submetidas, no seu *conjunto*, a uma classificação hierárquica. Esse *conjunto* de *normas* impõe o exame de sua própria estrutura porque inspira-o a concepção de *Kelsen*¹⁹ sobre o funcionamento de um ordenamento coercitivo, sob a forma de pirâmide, a partir da *norma fundamental hipotética* que delega, na *primeira Constituição histórica*, a determinação do processo pelo qual se devem estabelecer as *normas* estatuidoras de atos de coação.

A Constituição jurídica, por essa forma, ocupa o ápice da pirâmide e dela derivam-se todas as outras *normas* do sistema e nela todas se fundamentam.

A *norma fundamental hipotética* há de ser o conjunto de *valores superiores* referido linhas atrás. Esta *norma* prevalece enquanto há uniformidade entre ela e esses *valores*. Por isso, na p. 103 do meu livro "*Limites da Revisão Constitucional*", citado na nota de rodapé nº 2, lembro o magistério de *Bielsa*, segundo o qual há costumes puros e leis viciosas; há sociedade rica e desenvolvida regida por instituições decrépitas que não podem satisfazer as suas necessidades atuais e, aí, ela se levanta e pede seus títulos ao poder formal e, como esses títulos estão escritos por outras gerações, essa sociedade atual erige-se em tribunal e estabelece que esses títulos foram válidos enquanto caminharam unidas, com eles, as aspirações sociais, mas, diante do divórcio, os vínculos estão dissolvidos. Então, sucumbe o poder formal decrépito e um outro, inteligente, sucede-o e declara, no momento de sua ascensão, que a borrasca passou fazendo-se o centro das forças vitais da sociedade, procede, sem trégua, nem descanso, a sua organização. Esse poder inteligente e forte é *legítimo*. Para as enfermidades desse tipo, possíveis em todos os povos, *Bielsa* prescreve três remédios: a ditadura, a *reforma* e a conquista.

{19} cf. Hans Kelsen. Teoria pura do direito, 3ª ed. trad. de Dr. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado - Editor, Sucessor, 1974, pp. 79, 82, 110, 267 e segs.

A reforma, por ser a menos traumática, é a recomendada e há de consistir, sempre, na execução das funções necessárias à promoção das transformações sociais decorrentes da *evolução* ou da *revolução* que resultem da dinâmica da vida humana subordinada à permanente criatividade da inteligência.

O sistema jurídico do *casuismo fundamental* promove essa reforma, institucionalmente, pela *evolução*, mediante o exercício da *função jurisdicional*. É a Suprema Corte, nos Estados Unidos, ou o Parlamento, na Inglaterra, a que incumbe dizer o que é *constitucional*, sob a ótica da *Constituição real* ou *material* cujo conteúdo está nos valores superiores; e, assim, faz a permanente adaptação da *Constituição jurídica* a essa *evolução*.

O sistema jurídico *continental europeu*, institucionalmente mais solene, confia-a ao exercício da *função de governo* ou ao exercício da *função administrativa* coadjuvadas pelo exercício da *função legislativa*. Esta prática não propicia estabilidade porque, no exercício dessas funções, os órgãos confundem-se como *parte e julgador*.

A Alemanha, que participa desse último sistema, é exceção a ser citada, porque inseriu na sua Constituição (a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 8.5.49) esses valores superiores, sob a denominação de *direitos fundamentais* (art. 1º) e estabeleceu que eles vinculam os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a título de direitos diretamente aplicáveis; estabeleceu, outrossim, que a Corte Federal Constitucional decidirá sobre o que, mediante esses valores, corresponde a um *direito suprapositivo* que obriga, também, o *legislador constituinte*²⁰.

Diante desse quadro, o *direito comparado*²¹ consagra, como *institutos jurídicos*, integrantes de um sistema, as espécies de critérios: a) – *normas-*

(20) - cf. Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, trad. de José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Alameda Editora, 1977, p. 3

(21) - cf. sobre o tema, além de Bachof; J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5ª ed., totalmente refundida e aumentada, Coimbra: Liv. Almedina, 1991; Eros Roberto Grau, *Direito, conceitos e normas jurídicas*, São Paulo: Ed. Rev. dos Trib., 1988; José Alonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 7ª ed. ver e ampli. São Paulo: Ed. Rev. dos Trib., 1991; Rolando E. Pina, *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1973; Guido Alpa, *I principi generali*, Milão: Giuffrè, 1983; Massimo Caroli, *Il limite del principi fondamentale*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1992; Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid: Editorial Civitas, 1984; Luis Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 2ª ed. trad. de María Gustavo, Barcelona: Ed. Ariel, 1989; Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastian: Servicio Editorial Universidad del País Vasco; Argitarapen Zerbitzua: Euskal Herriko Unibertsitatea

princípios, ou, simplesmente, *princípios* e b) *normas-regras*, ou, simplesmente, *normas* ou *preceitos*.

Noção de "princípio" e de "princípio constitucional"

Afirmou-se supra que o direito é um objeto cultural. Logo, é preche de *valores* que o informam desde os *signos* empregados para compor a mensagem emitida pela fonte normativa, apreendendo conduta humana para explicitar padrão de comportamento, até a própria *recepção* da mensagem pelo seu *destinatário*, também, pronto para absorvê-la na linha dos *valores* que cada indivíduo preserva ao lado daqueles forjados em âmbito social. Essa *recepção*, as mais das vezes, ocorre em um momento diverso, no tempo, daquele em que atuou o *emissor*.

Logo, é recomendável guardar-se, na análise das situações jurídicas, *neutralidade axiológica* e, para tanto, há de trabalhar-se no campo do direito, com conceitos lógico-jurídicos porque esses têm uma esfera de validade muito mais abrangente do que os conceitos jurídico-positivos os quais têm essa validade determinada, em sentido histórico, quanto ao espaço e quanto ao tempo.

Tal metodologia envolve um estudo interdisciplinar do direito: "a interdisciplinabilidade é o princípio da máxima exploração das potencialidades de cada ciência, da compreensão e exploração de seus limites, mas acima de tudo, é o princípio da diversidade e da criatividade" (Norberto J. Etges). Afinal, a fragmentação do conhecimento, apenas, tem utilidade didática ou, quando muito, pedagógica, à luz de uma teoria dos tipos de racionalidade. Não é em vão que o direito submete-se a metodologia variada: antropologia jurídica, sociologia jurídica, história do direito, semiótica jurídica, lógica jurídica, etc. Cada qual dessas áreas do conhecimento tem o direito como seu objeto o que significa apreciá-lo por métodos diferentes, inconfundíveis com o da ciência do direito "stricto sensu". Contudo, inexistem incompatibilidades, razão porque se poderá, nessa interdisciplinabilidade, *fazer epistemologia jurídica*.

O método da interdisciplinabilidade é o recomendável quando se estudam temas como o dos "*princípios*". De logo, verifica-se que não há univocidade, quanto a esse *signo*. Portanto, para encontrar, sob a forma mais

veraz, o conteúdo semântico do *signo* "princípio", na ciência do direito "stricto sensu", necessária é a epistemologia, mediante conhecimentos colhidos na área da *semiótica* e da *lógica*.

Na *semiótica*, há de descobrirem-se as *relações* oriundas da utilização desse *signo* no discurso jurídico. Na *lógica*, há de buscar-se arrimo para disciplinar o pensamento cada vez que o *signo* for utilizado, nessas *relações*, as quais já foram analisadas supra em sinopse de teoria da linguagem (*relações semântica, sintática e pragmática*).

Ora, se não há univocidade, no campo jurídico, sobre o conteúdo *semântico* de "princípio", porque ele pode referir-se a mais de um objeto, então, ele sempre há de ser estudado sob a ótica das *relações sintática e pragmática*, cuidando-se de observar os princípios lógicos da *identidade* (um ser é igual a si mesmo) e da *não-contradição* (um ser, ao mesmo tempo, não é igual a si e igual a outro ser).

Conseqüentemente, há de construir-se o conteúdo semântico do *signo* "princípio", para o efeito, aqui, pretendido: é um *critério* elaborado pela *pragmática* (comportamental) da comunicação jurídica e utilizado como base para o discurso *deontico*. Por isso, o "princípio" tanto pode apresentar-se como norma jurídica em um determinado sistema, como pode constituir pautas de valores adotados pelo sistema para inspirar normas jurídicas. São exemplos de tais pautas, a que nega proteção jurisdicional a quem invoca sua própria torpeza; a que proscreeve a interpretação analógica das leis penais; a que estabelece a presunção de legitimidade dos atos do poder público, etc.

É nessa perspectiva que se pode falar de "princípio" *constitucional* porque, apresentado, ou não, como norma de direito positivo, dentro da Constituição escrita, ele representa, sempre, um *critério* fruto da *pragmática* da comunicação jurídica. Os *princípios federalivo e republicano*, por exemplo, exprimem, no *Estado Democrático de Direito*, as *relações* entre a *sociedade civil* e a *sociedade política*, através dos mecanismos de representação política e de exercício difuso dos poderes daí decorrentes.

Portanto, *critérios*, como este, dispensam normatização no sistema. Há, porém, normas às quais se quer emprestar a natureza de "princípio",

mas que não o têm. Por conseguinte, deve-se identificar em cada campo do direito, a situação que constitui "*princípio*", porque essa categoria jurídica é preeminente no *sistema jurídico*. No caso da *República* e a *Federação*, por serem *princípios constitucionais*, impõe-se a sua posição hierárquica de *pressuposto*, cada vez que se tenha de interpretar as normas que disciplinam as relações de *poder* que, sempre, há de ser exercido por meio de *representantes* eleitos pelo povo ou exercido, também, *diretamente*, pelo próprio povo: respectivamente, República Democrática *Representativa* ou República Democrática *Participativa*; sempre há de ser um *poder* descentralizado territorialmente (*Federação*).

O sistema jurídico brasileiro

O sistema jurídico brasileiro é, como já afirmado acima, integrante do sistema continental europeu. Assim, participa de suas características, dos seus postulados, porém, adaptado, como convém, à realidade nacional.

No sistema jurídico positivo brasileiro, também, a Constituição é o fundamento de validade de todas as outras normas.

A Constituição de 1988 atribui à curul do poder judiciário a função de *guardá-la* (art. 102), assegurando, assim, a sua rigidez.

Por via de consequência, não é privilégio do Congresso Nacional dizer o que é *realmente constitucional*, nem ele está imune do controle de constitucionalidade sempre que os seus atos atentem contra a Constituição, mesmo os atos do processo legislativo, ainda quando estejam sob fase procedimental.

Ademais, a *Constituição jurídica* brasileira já inibe o Congresso Nacional ao dispor que o *direito constitucional positivo*, que ela própria expressa, não contém todo o direito constitucional como *fonte de direitos subjetivos públicos* e de *interesses legítimos* (art. 5º, § 2º).

O exercício da *competência reformadora* do texto constitucional ou o exercício do *poder legislativo*, pelo Congresso Nacional, condiciona-se a esse discurso do § 2º do art. 5º da Constituição.

Conseqüentemente, tanto esses *direitos subjetivos*, quanto esses *interesses legítimos* podem ter, também, como fonte:

- a) – o regime constitucional adotado pela Constituição;
- b) – os princípios adotados pela Constituição;
- c) – os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dai a necessidade, agora, de, após definir o regime constitucional, situar as *atribuições do Congresso Nacional* perante o sistema jurídico brasileiro, plasmado pela Constituição de 1988 seja, no que se refere aos *limites constitucionais* dessas suas atribuições, seja no que se refere à *natureza jurídica* dessas mesmas atribuições. Começa-se, pois, o exame desses dois temas, a partir da análise do regime constitucional adotado pela Constituição de 1988.

O regime constitucional de 1988

O regime constitucional de 1988, no plano da organização da *sociedade política*, consiste: a) – na forma do exercício dos chamados *interesses legítimos*, a que está subordinada e b) – no sistema de *governo presidencialista*.

Logo, em nada a sociedade política pode deliberar em sentido contrário ao Estado democrático de direito instituído pela Constituição, com uma *forma de governo republicano, democrático participativo*; em nada pode deliberar que atinja a *separação de poderes*, incluída a *rotatividade* do exercício dos poderes legislativo e executivo, nos termos estabelecidos pelo *poder constituinte*.

A Constituição adota um *regime republicano, federativo, pluralista, de participação popular* (cf. *preâmbulo: parte dogmática*: arts. 1º, 2º, 14; incisos XXXIII e LXXIII do art. 5º; § 4º do art. 27; inciso XIII do art. 29; § 3º do art. 31; inciso II do § 2º do art. 58; § 2º do art. 61; § 2º do art. 74; *ato das disposições constitucionais transitórias*: art. 2º).

Conseqüentemente, o Congresso Nacional exerce suas atribuições sob os *limites constitucionais*, como titular de *competência*. Em contraposição ao poder constituinte que é *potência*.

A Constituição jurídica brasileira de 1988 regrou, também, o exercício da *competência* para a *reforma* do seu texto em dois distintos regimes: o da *emenda* e o da *revisão*. Nas suas disposições transitórias, traz norma-regra sobre a sua *revisão*. Torna-se, assim imprescindível examinar essa norma quanto à sua natureza; à sua ligação com as norma-princípios do preâmbulo ou da parte dogmática; quanto à sua extensão. Este exame, no plano das *relações sintáticas* conduzem não só à distinção entre situações jurídicas de *emenda* e de *revisão* nesse texto de 1988, mas também, aos que devem ser observados para essas ambas situações, dado que, tanto a norma-regra da *emenda*, quanto a da *revisão* são normas de *competência* não de *potência*. Outrossim, esse exame há de estar associado à identificação do tipo de Constituição Jurídica, conforme a classificação assente, na *pragmática*, porque o conteúdo semântico de *reforma do texto*, na perspectiva dessa *pragmática* constitucional, revela-se em função do tipo de Constituição, relativamente à extensão.

Classificação da Constituição Jurídica

A classificação da Constituição jurídica é objeto da Teoria da Constituição e se relaciona com o tema da *reforma* do seu texto porque esta se condiciona pelo tipo de Constituição.

Analisada sob o *aspecto jurídico*, a Constituição pode ser classificada nos seguintes tipos: *escrita* (se o texto é sistematizado) e *costumeira* (se são esparsos os textos que a compõem). Esta forma *escrita* serve de base para caracterizar a Constituição jurídica, quanto à sua *reforma*, em *rígida* (se o processo de mudança é especial e específico) e *flexível* (se esse processo for idêntico àquele com que se elaboram e se alteram as leis infra-constitucionais).

Analisada sob o *aspecto sociológico*, encontra-se a essência das forças reais de poder que legitimam a Constituição jurídica. Aqui, é possível classificá-la em razão da *origem*, isto é, da fonte histórica: se é *pactuada* democraticamente, como a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988, toda a

sua eficácia e aplicabilidade estão condicionadas por uma “*legitimação de aspirações sociais*” que informaram a sua *elaboração*.

Por conseguinte, é necessário tipificar a Constituição jurídica brasileira para identificar os *limites* para as *alterações* do seu texto mediante *processos formais*. É uma *Constituição pactuada*, quanto a origem e rígida quando ao seu processo de *reforma*.

O processo constituinte

O estudo da *elaboração* da Constituição jurídica abrange: a *legitimidade* do poder que a promove, as *atribuições* que lhe são inerentes: o *procedimento* a adotar para cumprir essas atribuições.

O exame da classificação da Constituição jurídica, quanto à sua *origem*, é auxiliar desse estudo, sinalizando para a natureza do *poder constituinte* e para a do impropriamente chamado “poder de reforma”. Aqui se distinguem *potência* e *competência*, para identificar o processo constituinte como *potência* e a atividade de reforma como *competência*.

Poder constituinte

É antigo o debate sobre a caracterização do *poder constituinte*, a ponto de ser classificado como a) – *fundacional ou originário* e b) *derivado*, que são adjectivações, em parte, retóricas.

Rigorosamente, por ser *potência*, o *poder constituinte* é, somente, o denominado *fundacional* ou *originário*, porque ou inaugura uma ordem constitucional ou instaura uma outra ordem completamente nova ao acionar a sua *eficácia atual*. **Não há, assim, poder constituinte constituído ou derivado.** Há, sim, órgãos com *competência* para promover modificações na Constituição jurídica, observados os limites dessas atribuições outorgadas pelo *poder constituinte*.

Natureza do poder constituinte

A primeira questão, por conseguinte, a resolver, envolve as afirmações que definem o *poder constituinte* ora como *mero fato*, ora como *poder jurídico*.

Seria *mero fato* porque o *poder constituinte* operaria no mundo pré-jurídico; *fato* porque estaria no campo político-social; *fato*, porque não poderia ser poder jurídico, uma vez que, operando, como dito nos linhas anteriores, não estaria no meio do Direito, desde quando ele precederia a formação do Direito.

Este entendimento não é correto porque, admitida convenção institucional, nos termos em que este trabalho vem mencionando, o *poder constituinte* tem de estar no meio jurídico, sob pena de carência de *legitimidade* das regras que estabelece e que seriam, assim, até passíveis da censura daqueles a quem incumbe encontrá-las compatíveis com os *valores fundamentais* antes referidos, se elas não estiverem conforme estes valores.

A afirmativa de que se trata de *mero fato* é fruto do equívoco resultante da confusão entre esse *poder* e suas fontes... Mesmo estas, para quem adota concepção institucional do Direito, sob a inspiração da pragmática não operam no plano pré-jurídico. O seu mundo é o da Teoria da Constituição a qual formula *axiomas* a partir de comportamentos aceitos como verdades históricas, acolhidas em termos de proposições normativas ou como *princípios* não positivados, mas com eficácia jurídica.

Poder constituinte não é uma questão de semântica, no sentido de que variará a sua caracterização em razão das diferentes convicções filosófico-políticas. Ao contrário, este signo tem conteúdo semântico cunhado pela *linguagem técnica* elaborada pela Teoria da Constituição.

Poder constituinte, envolvendo sua titularidade, seus limites ocasiões de ocorrência; natureza das normas jurídicas componentes da lei constitucional, bem assim a sua eficácia, aplicabilidade, interpretação, validade no sistema jurídico; são exemplos de "conceitos" e de "categorias" do quadro jurídico na sua concepção institucional. *Poder constituinte*, em conclusão, não é um *mero fato*; é um *poder jurídico*. É uma *potência*, porque é um poder jurídico com atribuições originárias.

Oportunidade de exercício do poder constituinte

A identificação do *poder constituinte* como um poder jurídico é objeto da Teoria da Constituição que o dogmatiza a partir de abstrações que cons-

troem os elementos dessa "categoria" os quais são: os "conceitos" soberania, pluralismo, sociedade civil, cidadania. A Constituição *jurídica* de 1988 menciona-os, mas não positiva os seus conteúdos semânticos, dado que eles são de natureza lógico-jurídica e não jurídico-positiva. Estes "conceitos" portanto, não estão elaborados na própria Constituição *jurídica*, ainda que se possam encaixar no *direito constitucional*, a partir dessas formulações da Teoria da Constituição, desde quando esse direito constitucional não se esgota nas regras que estão positivadas na Constituição jurídica como o exemplifica o § 2º do art. 5º dessa nossa de 1988.

Se, como é verdadeiro, a "categoria" *poder constituinte* compõe-se de "conceitos", como *soberania, pluralismo, sociedade civil, cidadania*, ele pode ser entendido como uma *eficácia atual*, isto é, como produto da atuação das forças reais de poder expressas pelos núcleos de decisão constituídos pelo grupos sociais que, integrantes da sociedade civil, participam da formação da vontade coletiva e, efetivamente, institucionalizam-na criando uma ordem jurídica nova.

Esta concepção poderá sugerir uma noção de conteúdo emotivo tisnado pela ideologia da legitimidade do *poder constituinte*, somente enquanto expressão popular. Não é, porém, o que se pretende com os *signos* componentes da dita concepção.

Entender *poder constituinte* como uma *eficácia atual* é concebê-lo no plano lógico como "força histórica efetiva, apta a realizar os fins a que se propõe..., a plena consumação do fato, a plena consumação do seu objeto que é a criação de uma "ordem nova". Tomada essa noção, completamente desprovida de conteúdo emotivo, admite-se que o *titular* do *poder constituinte* é quem está em condições de produzir uma decisão eficaz sobre a natureza da *ordem nova*. Essa decisão expressa o permanente estado de natureza dessas forças com *atividade diferida* aptas a serem exercidas sempre que motivada. Essas forças são titulares do *poder constituinte*, na medida em que consumam a *ordem nova*. Entender assim importa em fazer um corte abstrato, num procedimento metodológico sobre a realidade social, sem vínculos histórico-culturais, sem ideologias que se contraponham, sem consciência de valores novos; enfim, com reflexos *institucionais*. É, desta forma, a lição de *Lourival Vilanova*²² quando, para circunstância similar, a da revolução, traça procedimento metodológico.

(22) - cf. Teoria jurídica da revolução. In: As tendências atuais do direito público. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 454

O *poder constituinte*, na concepção aqui exposta, é, abstratamente, considerado como um fato jurídico capaz de destruir os fundamentos da Constituição *jurídica*, implantando *outra* como versão da Constituição (*essência*).

Esse fato retrata o dinamismo das forças reais de poder; fato responsável pelas mudanças, tanto as *formais*, quanto as não-formais, da Constituição (*essência*) refletidas na *jurídica*.

O *poder constituinte*, portanto, na concepção exposta neste trabalho, é sempre aquele que a doutrina identifica com o signo "*originário*". Não há *poder constituinte constituído* (derivado), sob pena de ambigüidade insuperável. Esse mesmo "*originário*", é o próprio *fundacional*, quando se manifestou pela vez primeira em uma sociedade para *criar a nova ordem*, a exemplo da estruturação do poder político e dos seus efeitos sobre uma determinada *sociedade civil* que vivia como colônia, ou que se emancipou, politicamente, por qualquer outra causa.

O *poder constituinte*, enfim, na concepção deste trabalho, é *potência*.

Esta é uma lição que se colhe nos fundamentos do *poder constituinte*, em *Sieyès* (século XVIII) ou em *Lassalle* (século XIX).

*Carl Schmitt*²⁰, ao definir *poder constituinte*, integra esse elemento (*força real de poder*) ao defini-la como sendo a vontade política cuja *força* ou *autoridade* é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política. Ao destriçar essa sinopse, esta alta personalidade da ciência jurídico-política, distingue entre *força* e *autoridade*, embora ambas sejam eficazes e vivas, uma junto com a outra, no Estado. Lembra ele que contraposição clássica, entre as duas, encontra-se já no direito político de Roma: o Senado tinha *auctoritas*, o povo, *potestas* e *imperium*. Arrimado em *Mommsen* e em *Victor Ehrenberg*, o defensor da *teoria decisionista* informa que *auctoritas* é uma palavra sem definição rigorosa, designando algo ético-social numa posição de mistura entre *força* política e *prestígio social*. O papa, por exemplo, tinha *auctoritas* em relação ao Imperador que tinha *potestas*. Essa distinção – afirma ele, com razão – é de interesse para esclarecimento de questões atuais, dentre elas incluímos a

(23) - cf. Teoría de la constitución, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, ps. 86/87

natureza do poder constituinte que se revela aqui, novamente, ao ser examinada a sua *oportunidade de ocorrência*. Esse *poder*, portanto, é uma *força real, força do povo*, que tem *eficácia atual* porque se encontra *diferida* no tempo sempre a pique de atuar quando motivada por circunstâncias específicas. É *força do povo*, porque, ele há de atuar em qualquer das fases de ocorrência, ainda que o *fato fundamental* caracterize-se, por algum momento, sem essa atuação. Ora, *potência* é um tipo específico do poder, de *potestade*; vem do latim *potestas*.

Tomada, pois, a *teoria da linguagem*, observa-se que, na relação *pragmática* (isto é, a forma de utilização dos *signos* pelo *sujeito*) a ciência jurídico-política sempre emprestou ao titular do *poder constituinte* atribuição com natureza de *potência*, porque é atribuição desprovida de condicionamentos, chegando *Carrió*²⁴ a comparar o conceito com o de Deus na filosofia de *Spinoza*: algo absolutamente livre. Então, na linguagem técnica o "*conceito*" *poder constituinte* tem o conteúdo semântico (*relação semântica*) de *prerrogativa originária, sem outorga feita por nenhum antecedente*. Portanto, não há postura filosófico-política que tenha discrepado disto, ainda quando se discuta quem é o titular dessa *prerrogativa*. Reitere-se, pois: *poder constituinte* é *potência*²⁵.

Linhas atrás está revelada a simpatia deste trabalho pela trilha daqueles que caminham na distinção entre *potência* e *competência*, o que faz chegar ao "*jogo de lógica*" a que alude a "*auto-referência*" de *All Ross* nos seus estudos que remontam a 1929²⁶. Pois bem: uma fonte normativa é *potência* quando representa uma autoridade suprema cujas atribuições não derivam de nenhuma outra autoridade. Ao contrário, é *competência*, quando derivam.

Por ser *potência*, o *poder constituinte* tem atribuições diferentes daquelas que tem o ente que exerce *competência*, *v.g.*, o legislador que *emenda* e o que *revisa* a Constituição jurídica. O seu procedimento, também, não é previamente estipulado. Os seus titulares são indicados pelas circunstâncias (*fato fundamental*) dentro das quais as *forças reais de poder* mani-

(24) - cf. Sobre los límites del lenguaje normativo, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973, p. 44

(25) - cf. Jorge Vanossi, Uma visão atualizada do poder constituinte. in. Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. I, 1993, p. 15

(26) - cf. Sobre el derecho y la justicia. Trad. de Gerardo R. Carrió, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, ps. 78 e 321s.e El concepto de validez y otros ensayos, Buenos Aires: Centro Editorial de América Latina, 1969, ps. 49 e seqs

festam as suas condições de plena consecução do seu objeto que é a criação de uma *ordem nova*. Logo, na oportunidade de uma *emenda ou da revisão do texto da Constituição jurídica* não há exercício do poder constituinte. Essas duas formas de alteração revelam funções distintas, entre si; e distintas entre elas e o *poder constituinte*.

Atribuições do poder constituinte: a outorga do exercício da competência reformadora (emenda e revisão)

O *poder constituinte* é origem, é causa, por isso, é titular de prerrogativas, ou seja, tem atribuições próprias. É *potência*.

Diversamente, os entes a que incumbe a *emenda* ou a *revisão* da *Constituição jurídica* são titulares de *competência*.

Não custa lembrar que o *direito* é um objeto cultural expresso por prescrições, por si já elaboradas valorativamente; bem assim que se exprime também, por outras prescrições (atos jurisdicionais), que *falam (meta-linguagem)* sobre aquelas em que se expressa e, aí, por mais neutral que tente ser é *lisnada*. Nem por isso, porém, é impossível submetê-lo aos rigores do *método científico*; mediante um tratamento epistemológico como este trabalho está pretendendo, mediante auxílio da *Lógica* e da *Teoria da Linguagem: Semiótica Jurídica*, esta sob o prisma do comportamental do *sujeito cognoscente do objeto (pragmática da comunicação jurídica)*.

Esses rigores metodológicos recomendam o apelo à *Lógica* porque, como já foi dito, é entidade epistemológica, responsável pela disciplina do pensamento. *Klug* diz que a interpretação jurídica louva-se nas leis do pensamento correto que dão uma precisão à Ciência do Direito "*stricto sensu*" porque a construção de teorias científicas somente é possível mediante a lógica por ser esta um instrumento indispensável para o avanço do conhecimento e para o desenvolvimento teórico. Cada vez que esta verdade apresenta-se não se deve descuidar da imunização de referência ao *logicismo*, também, rechaçado neste trabalho; mas, "na verdade, a Ciência do Direito, na medida em que aspire a cientificidade ou, pelo menos, à adequação racional dos seus argumentos está evidentemente adstrita às leis da lógica". Exatamente, é com um "*jogo de lógica*" que *Ross* ajuda a entender a

(27) - cf. Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemico e conceito do sistema na ciência do direito*. Introdução e trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calisto Tanzi, 1989, ps. 31/32

diferença entre *potência* e *competência* ao explicar o sistema de emissão de normas jurídicas.

À semelhança de *Kelsen*, *Alf Ross*, nas obras e páginas citadas, explica que a *competência* para emitir normas não está, geralmente, limitada a uma única autoridade. Parte do direito que é criado mediante leis, consiste em novas normas de *competência* que, por sua vez, constituem novas autoridades, também competentes para estabelecer outras autoridades, surgindo, assim, um complexo sistema de autoridades de diversos níveis, obviamente, ocupando sempre o nível mais baixo aquela cuja *competência* está determinada por normas criadas pela última. Gozam do mesmo *status* autoridades que têm suas *competências* criadas pela mesma autoridade superior.

Assim é uma característica fundamental de uma ordem jurídica a de que a maioria das regras que a constituem seja estabelecida mediante um ato de criação, quer dizer, mediante uma decisão humana, conforme outras regras jurídicas, chamadas *regras de competência*. Uma regra de competência prescreve as condições para que um ato de criação seja válido e, por isso, tenha força normativa. Essas condições classificam-se em três: 1^ª – condições que indicam a pessoa ou as pessoas qualificadas para realizar o ato de criação; 2^ª – aquelas que descrevem o procedimento de criação; 3^ª – aquelas que limitam a matéria objeto da regra que há de ser criada por estas pessoas segundo este procedimento. Conseqüentemente, toda regra de competência (C) constitui uma autoridade (A), o que permite esquematizá-la, assim:

A1 é autoridade suprema do sistema

A1 cria C2 e, portanto, cria A2

A2 cria C3 e, portanto, cria A3

e, sucessivamente, vão-se constituindo as autoridades, ressalvando-se A1 que sendo a autoridade suprema do sistema, teve origem em norma pressuposta que *juridiciza o fato fundamental* fonte das atribuições dessa autoridade. Por isso, no plano da Lógica, é impossível que uma *norma de competência* determine as condições para a sua própria criação, ou que uma proposição possa referir-se a si mesma.

As normas que constituem uma autoridade (no exemplo, A2 e A3) e sua *competência*, são, ao mesmo tempo, as que determinam o procedimento de como pode ser reformado o direito criado pela autoridade "*criadora*" ou "*constituente*" que, dessa forma, estabelece as condições para a validade das normas subordinadas. Conseqüentemente, as *normas constituintes* regulam tanto a emissão, quanto a *reforma* das normas subalternas e, por isso constituem a própria autoridade que irá emití-las. A Constituição *jurídica*, por exemplo, que opera o efeito de norma que institui o processo legislativo, indica em que modalidade pode ser reformada uma lei e, inversamente, as normas, que nela regulam o procedimento especial para a sua *reforma* são, ao mesmo tempo, normas que estabelecem uma *autoridade reformadora* distinta daquela que *emite* as leis conforme o procedimento comum.

O esquema antes transcrito demonstra que uma certa *autoridade* era suprema e que, por isso, as normas que constituem essa autoridade não podem ter sido emitidas por nenhuma outra autoridade, razão porque se tem de conviver com uma ideologia pressuposta, quer dizer, a ideologia de que não existe, na hipótese, norma superior que determine as condições para a emissão e reforma válidas.

O pensamento de *Ross*, portanto, aproxima-se da *norma fundamental hipotética* kelseniana, ao admitir que a Constituição, tal como a lei, não pode expressar as condições de sua própria *reforma*. Contudo, as da lei, estão na Constituição *jurídica* emitidas pela autoridade constituinte, mas, as das Constituições *jurídicas* somente podem estar na *ideologia constituinte superior pressuposta*, portanto, conclui este autor, que não é logicamente parte da *Constituição jurídica* e sim compreende *normas pressupostas* de um plano mais alto. Estas, por sua vez, não podem estabelecer as condições para a sua própria reforma. Se tais condições existissem, elas estariam estabelecidas em um plano mais alto ainda. Porém, de fato não existem. Logo, a norma sobre *reforma* da Constituição *jurídica*, não é direito legislado, senão pressuposto. Reafirme-se: uma lei não pode estabelecer as condições para a sua própria reforma. As regras para isto têm de estar, necessariamente, em um nível que é superior em graus ao nível da lei. Este é o campo do sistema de direito legislado, em sentido amplo, que se baseia, necessariamente, em uma hipótese inicial que constitui a autoridade suprema, não criada por nenhuma outra. Conseqüentemente, qualquer *emenda*, pelo procedimento jurídico estabelecido somente é possível dentro do sistema, cuja identidade

está determinada por essa hipótese inicial. Toda modificação nessa hipótese inicial, isto é, toda transição de um sistema a outro, é um fenômeno extra-sistemático, uma modificação fática, sócio-psicológica na ideologia política dominante e não pode ser descrito como criação jurídica mediante um procedimento.

Tranca, assim, o autor a possibilidade, tanto no plano da Lógica Jurídica como no da ideologia política, de uma norma da Constituição *jurídica* que estabeleça sua *reforma* (seja *emenda*, seja *revisão*), seja alterada nos limites do sistema do direito legislado. Tal somente é possível, no plano da Lógica, se obedecidas as condições ditadas pela *hipótese inicial* pressuposta e no plano da ideologia política, objeto da ciência jurídico-política, pela ocorrência de um *fato fundamental* que é fenômeno extra-sistemático.

Este último (o *fato fundamental*), insere-se na linha das considerações da *pragmática* e aqui se adota por corresponder às *forças reais de poder* aqui defendidas como fonte da Constituição (*essência, real, material*, etc) que, por sua vez, é a fonte da Constituição *jurídica* (*formal, escrita*).

Romper com essas formulações, é renegar a convenção objeto da Ciência do Direito na perspectiva da concepção institucional sobre este objeto cultural acrescentada à sua concepção normativa; é admitir a "*teoria do acho*" divorciada de qualquer rigor metodológico e afastada dos efeitos pragmáticos (comportamentais) da comunicação humana. Afinal, lembre-se que os princípios não positivados e que constituem o sistema jurídico são a melhor prova da convenção.

Essa idéia de *sistema* no Direito tem espaço, novamente, nesta fase da exposição, porque Teran²⁸ examina-a a propósito dessa estrutura hierarquizada das fontes, para explicar que a subordinação destes elementos opera a partir de uma esfera de maior generalidade para esferas de menor, obedecido o escalonamento que consiste em um processo derivativo, ou seja a delegação de jurisdição ou competência que é uma prerrogativa que o seu titular entrega a outrem, em parte, para que seja exercida em determinada esfera. De referência ao *poder constituinte*, esclarece que ele não baseia seus atos em qualquer Constituição, porque ele tem de ser, como *constituinte, originário*.

(28) - cf. Juan Manuel Teran, *Filosofía del derecho*, 3ª ed. México, Editorial Porrúa, 1967, ps. 146 e seqs

Toda esta construção doutrinária, aqui desfilada, prova que as reflexões dos cientistas do Direito resultam na afirmação de que o *poder constituinte* é um "conceito" em cujos elementos insere-se a circunstância de ser absolutamente livre para criar uma nova ordem jurídica, enfim, de ser uma potência. Daí por que, se essa potência estabeleceu a competência para a reforma (*emenda* ou *revisão*) da Constituição jurídica descreveu as três condições: a) – quem é o outorgado dessa faculdade jurídica ou de um "munus" ou, até, de poder-dever; b) – que conteúdo tem essa outorga; c) – que procedimento deve ser observado pelo outorgado.

Juridicamente, pois, não pode o outorgado alterar suas condições dentro do sistema de direito legislado, sob pena de romper com a "hipótese inicial" e, então, já se encontrará no campo dos fenômenos extra-sistemáticos regado pelas mudanças fáticas.

A conclusão é a de que o outorgado não pode ditar as condições para reforma da outorga recebida, porque essas condições foram dadas pela autoridade suprema do sistema, a qual criou a regra de competência (*emenda* ou da *revisão*), inserida na Constituição jurídica, por isso, Ross demonstra que somente há uma forma possível de impugnar esse raciocínio expresso no esquema anteriormente apresentado: poderia sustentar-se que autoridade suprema A1 pode ser estabelecida em norma emitida por ela mesma, o que equivale a dizer que é possível que uma norma determine, condições para a sua própria emissão, incluindo a maneira pela qual ela pode ser reformada. Uma "reflexibilidade" deste tipo, porém, é uma impossibilidade lógica, tal como o reconhecem os lógicos. Repita-se: *uma proposição não pode referir-se a si mesma.*

Assim, as regras da *emenda* e da *revisão* são regras de competência e se submetem aos limites consubstanciados nos três tipos de condições que dão validade a um ato de criação dessa natureza (C).

A diversidade de natureza entre as funções do poder constituinte daquelas que ele incumbe aos entes competentes para emendar e para revisar a Constituição jurídica, conduz à diversidade de natureza entre esse poder e esses entes e à diversidade das alterações nessa Constituição, demonstrando que, para elaborá-la, originariamente, as funções, sob certo ângulo, são ilimitadas, mas, para alterá-la, há limites, quais sejam os estatuí-

dos pela *autoridade* que cria a *regra de competência* respectiva seja a da *emenda*, seja a da *revisão*.

Alterações (emenda e revisão) da Constituição Jurídica. Limites. Necessidade de PLEBISCITO ou de REFERENDO

Está comprovado, tanto no plano lógico-jurídico, como no comportamental (*pragmático*) da doutrina da Constituição, que a *reforma constitucional* não é *potência*, desde quando opera em nível de *competência*, isto é, em nível de funções recebidas de uma autoridade que a criou, para serem exercidas conforme estipulado no ato de criação.

Conseqüentemente, quando se procede a alterações na Constituição *jurídica* não se está exercitando *potência*, exercita-se *competência*, seja de modo formal, seja, não-formal. O tema será explorado adiante, porque deve ser antecedido pela lembrança de que no plano dessas *alterações*, as Constituições *jurídicas* classificam-se nos seguintes tipos: *imutáveis*, *fixas*, *rígidas* e *flexíveis*.

Imutáveis são aquelas que não prevêem nenhum processo de alteração, sob o fundamento de que a vontade constituinte exaure-se com a atividade originária. Em termos de Constituição *jurídica* sistematizada ("*escrita*"), não há exemplo, hoje. A figura é própria dos sistemas consuetudinários (instrumentos esparsos). As *fixas* somente poderiam ser alteradas pelo próprio *poder constituinte*, circunstância que implicava não em alteração, mas em elaboração, propriamente, de uma nova ordem. As *rígidas* são aquelas que estabelecem procedimentos especiais e específicos para sua alteração e, portanto, distintos daqueles que dispõem para o fazimento das normas legais infra-constitucionais. As *flexíveis*, ao contrário, são alteráveis pelo mesmo procedimento observado para essas normas legais.

Pois bem: quando se diz que a Constituição *jurídica* é *rígida*, como o é a brasileira, também, diz-se que as *alterações* dão-se *por modo formal*.

Importante que se distingam as *alterações formais* das *não-formais* por causa dos *limites* atribuídos a ambas e até daqueles existentes entre a *competência do órgão reformador* e a *potência da função constituinte*.

A doutrina nem sempre se preocupou em distinguir esses limites, até porque a *prática constitucional* descurou-se de regular, com precisão, a atividade *reformadora* (a de emenda e a de revisão) porque não era função de *exercício freqüente*. Nem todas as constituições regram-na. Por isso, não se vinha traçando, com nitidez, a linha divisória entre essa atividade, mera *competência* e aquela função que é uma *potência*. Nelson de Souza Sampaio²⁹ registra, contudo, que, desde meados do século XVIII, os germes dessa distinção foram anunciados por Vattel na sua obra “Le Droit des Gens” ao diferenciar o *poder de estabelecer as leis fundamentais do Estado* e o “*poder legislativo*” porque este, sendo *integrado por legisladores ordinários*, não poderia alterar a Constituição; a autoridade desses legisladores — dizia ele — não vai tão longe, é que as *leis fundamentais* são *sagradas* para eles, se a nação não lhes deu, de modo muito expresso, poder de mudá-las. A nação estabelece a lei fundamental e, em seguida, confia o “poder legislativo” a certas pessoas, excluindo-a dessa delegação.

Hoje, ao contrário, há preocupação nessa distinção que está firmada pela doutrina e práticas constitucionais, em bases sólidas, conforme aqui se vem descrevendo, tanto que as Constituições *jurídicas*, modernamente, revelam *competência* outorgada pela *autoridade suprema (poder constituinte)* para órgão específico exercer a *atividade reformadora*. A fecunda obra de Nelson Sampaio, atualíssima sobre essa atividade, recorda, também, nessa linha da distinção, o pensamento de John Alexander Jameson, exposto em um livro de 1887, publicado em Chicago, “A Treatise on Constitutional Conventions”, segundo o qual o desrespeito a essa separação configura a *usurpação, pela atividade reformadora, da função constituinte*. Tal ocorre quando uma convenção constitucional é convocada para um modo específico previsto na Constituição *jurídica*, atreve-se a ultrapassar a *esses limites* impostos pelo seu mandato, pelo costume, pelos princípios da prudência política e pratica atos próprios de uma *discriminação revolucionária*; então, cessa de ser uma convenção constitucional e se torna, sob o *aspecto jurídico*, uma convenção revolucionária. Toda ação usurpadora desse tipo gera *inconstitucionalidade* da norma produzida a ser declarada pelo órgão incumbido da *guarda da Constituição jurídica* dentro da baliza da Constituição (*essência*), isto é, dos *valores superiores*³⁰.

(29) - cf. O poder de reforma constitucional, 2ª ed. atualizada, Bahia: Ed. da Imprensa Oficial, 1961, ps. 35 a 42.
(30) - cf. Otto Bachof, ob. cit. e Nelson de Souza Sampaio, ob. cit., ps. 42 e 108 a 114.

A *guarda da Constituição jurídica* é um dos elementos de caracterização de sua *rigidez*, tanto quanto o é a distinção aludida, porque essa lei positiva um *núcleo irreformável* (seja pela forma da *emenda*, seja, da *revisão*) consistente na exclusão do âmbito dessa atividade de um certo número de valores inspirados pelas prerrogativas que alinam com a vida livre do indivíduo e que não podem ser alcançadas pelo poder formal reformador, sob pena de ofensa aos *princípios da segurança jurídica e da certeza do direito*. Vida livre é a atuação que surge do indivíduo mesmo, sem constrição, mas, harmoniosamente concertada: é a síntese dos conceitos material e formal de liberdade definidos por *Foss*¹. Esse núcleo irreformável, a doutrina festeja como o "*cerne imodificável*" (*Pontes de Miranda*), divulgado com o nome de *cláusulas pétreas*.

"O indivíduo tem prerrogativas que lhe são inerentes, portanto, integram o seu patrimônio vital. Elas são imunes a qualquer tipo de compulsão exógena essa é a sua *liberdade material* que conhece, apenas, as restrições que o concerto dos indivíduos admite numa *normação autônoma*: a norma que obriga o indivíduo é criada por ele mesmo (*liberdade formal*). Conseqüentemente, a vida livre é infensa a qualquer normação não consentida.

Ora, elaborada a *Constituição jurídica*, sob certas condições, não é possível a sua *alteração formal*, quanto a esse *núcleo*, nem mesmo pelo procedimento específico deferido para a sua reforma, vez que, de logo, fica preservado e qualquer exceção está deferida, somente, ao próprio indivíduo, no seu conjunto, ou pela forma de consulta (*plebiscito*) ou de homologação (*referendo*) ou de sua iniciativa, de que é exemplo, o "*recall*".

O objeto deste trabalho é a alteração formal da *Constituição jurídica*. Relembre-se que essa alteração especifica-se na *emenda* ou na *revisão* e que a Teoria da *Constituição* revela-as como *espécies da reforma* que, nas constituições rígidas, exige sempre processo especial, tendente a dificultá-la. Certo é que, hoje, se a tendência não é facilitar, a tentativa é nesse sentido, ameaçando o próprio "concelto" *Constituição*. E essa tentativa, até certo ponto, compreende-se face ao mimetismo e a multiplicidade das relações jurídicas no Estado de massas, em que até o contrato perdeu a tipicidade de um ato de vontade expressa com absoluta autonomia e ganhou espaços

(81) - cf. Por que democracia?. trad. de Heberto J. Vainango. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, ps. 104 e 108

como um dos atos jurídicos com os quais até a Administração atua; em que até a Constituição comporta, para boa parte do seu conteúdo, a adjetivação de "econômica" e de "financeira" para enquadrar a nova vida do Estado, a econômica, para além da tradicional vida política. Neste quadro, há de admitir-se norma constitucional de conteúdo diverso daquele que, classicamente, veiculava e, em consequência, há de se admitir a variação da Constituição jurídica.

Contudo, lembre-se, também, que tal circunstância não autoriza qualquer variação. Nessa perspectiva, são históricas as resistências conhecidas à reforma. Afinal, não se pode olvidar que a Argentina, entre 1811 e 1860 fez sete reformas constitucionais, mas somente começou a progredir e a enriquecer, quando abandonou essa idéia pueril de tentar regenerar-se por meio dessas reformas.

A soberania popular: o PLEBISCITO

Indiscutível, pois, que sendo uma realidade a alteração, também o são os seus limites que as novas tendências do Direito Constitucional, surgidas após a II Guerra Mundial, buscam, para o Estado Democrático de Direito, na soberania popular e no direito internacional. Indubitavelmente, a Constituição jurídica, como qualquer outra manifestação do Direito, como estrutura social é legítima na medida em que garante as expectativas sociais contra contingência a que estas estão sujeitas. Por isso, põe-se a questão do destinatário da norma, da participação popular nas decisões do poder formal, do pluralismo, do direito de resistência, da desobediência civil; a ponto Luhmann²² entender que uma estrutura jurídica é legítima na medida que é capaz de produzir uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões. Essas expectativas sociais, certamente, não são, por exemplo, a restauração da escravização do homem com a extinção do assalariamento em troca do uso de sua força de trabalho; a da extinção dos direitos sociais; a da perpetuidade de uma pessoa no poder, restaurando práticas monárquicas que colocam o homem, na sociedade civil, como súdito.

Uma alteração que sinalizar para esses exemplos, ultrapassará os limites impostos pelas ditas expectativas e ofenderá a soberania do povo,

(32) - cf. Niklas Luhmann. Legitimação pelo procedimento, trad. de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980

não podendo, por isso, ser implementada com sucesso e ensejaria, conforme lição dos doutos, dentre os quais *Celso Ribeiro Bastos*³³, a declaração de sua inconstitucionalidade perante os tribunais. Enfim, todas as constituições des-cansam sobre o princípio da *soberania popular*³⁴.

Por isso, para *alterações*, na Constituição *jurídica*, que contrariem o Estado Democrático de Direito, tal como instituído pelo *poder constituinte*, há que se ouvir o povo (titular desse *poder*), mediante *plebiscito* ou mediante *referendo*, nos termos do parágrafo único do art. 1º, combinado com o art. 14 da Constituição de 1988.

O direito internacional

Essas novas tendências do Direito Constitucional buscam esses *limites*, não só na soberania popular, mas, também, no *direito internacional*, enquanto *fonte de direito subjetivo*. Hoje não há mais *súditos*, nem mesmo quando monárquica é a forma de governo. Há cidadãos que são titulares de prerrogativas universalmente reconhecidas e asseguradas pelo comprometimento internacional de fazê-las realidades em qualquer parte. Em tais circunstâncias, até o *poder constituinte* tem, como *limite*, submissão ao direito internacional, quanto mais a *competência* do órgão de alteração... São os *limites heterônomos*.

Classificação dos limites à alteração da Constituição jurídica

Nessa ordem de idéias, pode-se sistematizar os limites, esquematicamente, no que toca à *reforma* (*emenda e revisão*), optando pelo esboço de *Horst Ehmke*, citado por *Nelson Sampaio* (*ob. cit.* p. 89):

1) Limites imanentes à Constituição jurídica:

1. materiais
 - 1.1. – explícitos
 - 1.2. – implícitos
2. circunstanciais
3. temporais

(33) - cf. Curso de direito constitucional, 12ª ed. reform. De acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 35

(34) - cf. Georg Jellinek. Teoria general del Estado, trad. de Fernando de Los Ríos. Buenos Aires, 1954, p. 396

II) *Limites transcendentés* à ordem constitucional positivada

1. objetivos da sociedade civil
2. os direitos e as garantias fundamentais do homem, preservados pelo direito internacional.

Lembre-se, por oportuno, que os *transcendentés* (dentre eles os direitos e as garantias fundamentais do homem preservados pelo direito internacional) são, também, impostos ao *poder constituinte*.

O exposto conduz a que o *poder constituinte*, ao elaborar a Constituição jurídica, formulou a norma da *reforma* (*emenda* e *revisão*) que é *norma de competência*, sintetizando nesses limites, ora identificados como *imanescentes*, as três condições próprias da competência encontradas nessas categorias.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁵ entende que as limitações materiais são as mais importantes de todas, porque vedam a *reforma* da Constituição relativamente a certos pontos considerados fundamentais; são explícitos quando o texto discrimina-os, fazendo-o, em regra "*numerus clausus*" por isso tem sido polemizada a existência de *limites imanescentes materiais implícitos*. A doutrina nacional³⁶, a partir dos estudos de Nelson de Souza Sampaio, já citado, tem debatido o tema, com a declarada aceitação. Este trabalho que adota, integralmente, a conclusão do pranteado professor baiano, de saudosa memória, que arrola como fora do alcance da *competência reformadora*, estejam ou não normatizadas, as seguintes *matérias*:

- 1) os direitos fundamentais;
- 2) a titularidade do poder constituinte;
- 3) a titularidade da competência reformadora (*emenda* e *revisão*)
- 4) o processo da reforma (*emenda* e *revisão*)

Pois bem: a *matéria* inclui-se entre as listadas supra, seja porque alinha com a titularidade do *poder constituinte*, a titularidade da *competência reformadora* e o seu processo (*emenda* e *revisão*); seja porque atina com os *direitos fundamentais* ao ofender os *princípios* da *segurança jurídica* e da *certeza do direito*, porque a norma que surgiria da proposta de *emenda*

[35] - cf. Direito constitucional comparado, p. 171

[36] - cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ob. cit. ps. 144 e seqs.; José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional, ob. cit. ps. 59/60; Michel Temer, Elementos de direito constitucional, p. 39; Paulo Bonavies, Direito constitucional, ps. 175 e seqs.; Celso Ribeiro Bastos ob. cit. (curso...) ps. 35/36

constitucional teria efeito retroativo, vez que seria aplicada a uma *situação jurídica perfeita* constituída, *anteriormente*, sob um outro *regime jurídico*.

Nestes termos, ainda que pudesse prevalecer *competência* para reformar a Constituição, nessa *matéria*, sem dúvida que a *eficácia* e a *aplicabilidade* da norma daí resultante terão de ser "*ex nunc*".

A pragmática normativa constitucional brasileira

As alterações da Constituição *jurídica* brasileira, no tempo, realizaram-se, *formalmente*, como *emenda* e como *revisão*, conseqüentemente, também, entre nós é respeitada, juridicamente, a diferença entre os dois signos; esta afirmação pode ser demonstrada mediante as três relações que eles e o complexo deles propiciam: *semântica*, *sintática* e *pragmática*.

O conteúdo semântico dos signos "emenda" e "revisão" na pragmática normativa constitucional brasileira.

Semanticamente, na pragmática normativa constitucional, distinguem-se, no Brasil, *emenda* e *revisão* tomando-se por base a importância dos dispositivos a serem alterados; a *extensão* da alteração e o procedimento a ser observado. Obviamente, reafirma Nelson Sampaio, "a *revisão* exigia, como é curial, requisitos mais rigorosos para sua proposta e aprovação do que a *emenda*", por isso, já a comissão constitucional da Assembléia Constituinte brasileira de 1823 "seguiu essa orientação, dispondo nos arts. 267 e segs. um processo muito mais lento e difícil para a reforma do que se considerava *constitucional*, no rigor do termo, ou no seu sentido material, isto é: tudo que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, direitos políticos e individuais". Assim, os dispositivos que veiculassem essa matéria somente poderiam ser alterados por "*assembléia de revista*", depois que três legislaturas consecutivas, pelo voto de dois terços de cada câmara, tivessem aprovado a proposta. Os demais dispositivos poderiam ser alterados pelas legislaturas ordinárias.

Em 1934, a Constituição *jurídica* brasileira foi promulgada consagrando, também, a distinção entre *emenda* e *revisão*, pela via dos *limites materiais*, pela via dos *procedimentos* a serem adotados. *Emenda* era a alteração que *não modificasse matérias* como: a estrutura do Estado, a organi-

zação ou a competência dos poderes da soberania e a própria norma, o art. 178, que prescrevia a distinção entre *emenda* e a *revisão*. Já a *revisão* ocorreria sempre que essa matéria, antes arrolada, tivesse de ser modificada no texto constitucional.

O *procedimento*, também, era distinto para cada qual: a *emenda* poderia ser implementada na mesma legislatura e incorporada, de logo, ao texto; a *revisão* seria *anexada* ao texto e elaborada em três discussões, por duas sessões legislativas, porém, na *legislatura* seguinte.

A *relação sintática* dos signos *emenda* e *revisão* nos textos constitucionais de direito positivo sempre denotou a distinção entre os dois, toda vez que o legislador constituinte deliberou em favor da existência das duas situações jurídicas. Gizem-se os exemplos de 1823/1824 e de 1934. Esse comportamento do legislador evidencia uma *relação pragmática*, ao utilizar os referidos signos para funções distintas de modo intencionalmente deliberado na *esteira da tradição constitucional*.

Em tais circunstâncias, dispensável era ao legislador constituinte de 1988 preocupar-se em declarar qual o conteúdo *semântico* do *signo* utilizado no art. 60 da *parte dogmática* a (*emenda*) e o do prescrito no art. 3º do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* (*revisão*), até porque as próprias *relações sintáticas* (um *signo* na *parte dogmática* e o outro no ATO) e *pragmática* (um objetivando preservar *cláusulas pétreas*, o outro permitir *modificações adaptativas*, após *consulta popular* sobre mudanças institucionais) já dispensam esse tipo de preocupação com a *semântica*.

O jurista não pode dispensar essas considerações da *teoria dos signos das linguagens*, porque, de outro modo, fica sem justificativa, no plano científico, para comportamentos que necessitam da obtenção do consenso dos governados pelo processo referido por Celso Lafer (ver. ob. cit. supra na nota de rodapé nº 4).

Inclua-se, entre as situações que poderiam comprometer uma justificativa se se ficasse carente dessas considerações lingüísticas, aquela que decorre da natureza do *poder constituinte* de 1988 em face de sua convocação por *emenda* à *Constituição jurídica* de 1967.

Com efeito, a Constituição *jurídica* de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1/69, disciplinava a *matéria* e o *procedimento* para a sua alteração excluindo, apenas, da *materialidade*, a *extinção* da *Federação* e da *República*. Conseqüentemente, tudo o mais poderia ser objeto de *alteração* e, assim o constituinte de 1988 estaria legitimado para as suas funções, apenas, formalmente. Contudo, certos fenômenos da vida contemporânea, por exemplo, a industrialização, a urbanização crescente, a necessidade da intervenção do Estado na vida privada para garantir o equilíbrio das relações sociais, têm favorecido (ainda que perigosamente, se for indiscriminada) a dissolução do formalismo jurídico e uma transformação rápida do individualismo jurídico para a socialização do Direito. Estas circunstâncias influem na interpretação das normas jurídicas, a ponto de excluí-las das regras usuais para admitir "procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais", por isso, em vez de perquirir-se se é duvidosa a legitimação formal do constituinte pela via da Emenda nº 26/85, que convocou a esse constituinte, melhor é afirmar, dentro da *concepção institucional do direito* que, no plano comportamental, o *poder constituinte* exercido por essa assembleia estava legitimado pelas aspirações sociais dissolutivas de qualquer formalismo jurídico, objetivando implantar o Estado de Direito. Isto quer demonstrar que os signos numa relação *pragmática*, podem servir ao rigor metodológico, porque utilizados, aí, com o conteúdo semântico conformado pelas condições sociais (*fato fundamental*), as quais pugnavam pela proscricção do *autoritarismo* implantado pelo regime inaugurado em 1964.

O exposto autoriza que se *conclua* afirmando que, sob o aspecto funcional (relação *pragmática*), o constituinte de 1988 decidiu adotar os dois signos (*emenda* e *revisão*), como ocorreu de outras vezes, para especificar situações diversas, atribuindo *limites* para ambas as *competências reformadoras*. Conclua-se outrossim, no sentido de que a Constituição instituiu um Estado Democrático de Direito que é um modelo que não se compadece com a alteração do seu texto na linha esconsa do *autoritarismo* proscrito por ela e de que é exemplo a *perpetuidade de uma pessoa no poder*.

Extensão da reforma da Constituição jurídica de 1988

A Constituição *jurídica* de 1988 consigna a extensão que pretendeu dar à sua *reforma*, retomando a distinção que a nossa *pragmática* constitucional faz entre *emenda* e *revisão*. Atua, assim, como o próprio veículo da

ideologia constituinte superior superposta que, em termos lógicos, é extra-sistêmica e a que este trabalho refere-se linhas atrás.

Esta distinção, a técnica constitucional faz, tanto pela *importância* dos dispositivos visados pela *reforma* (*emenda* os menos importantes, *revisão*, os mais), como, pela *extensão* (*emenda* abrange um campo menor; local. *Revisão*, um maior).

Já *Araújo Castro* invocava *W.F. Willoughby* para distinguir, sob o comando da Constituição *jurídica* brasileira de 1891, *revisão* e *emenda*, afirmando que se verifica a hipótese da *revisão* quando se reconstitui ou recompõe a Constituição no seu conjunto. Verifica-se a hipótese de *emenda*, quando a modificação versa somente sobre algum ou alguns pontos do texto constitucional, os quais não se incluem nos *elementos intangíveis*.

Há tempo, contudo, tanto se tem admitido a distinção como se tem resistido a operar qualquer das duas espécies de *reforma*. *Ruy Barbosa* enfrentou oposição tenaz, especialmente, porque na base estava a solução de questão social mediante a intervenção do Estado. *Castro Nunes* registra programas de reforma apresentados pelas diversas correntes nela interessadas, como precauções à tendência daquela época em que no nosso meio, para alguns, as lutas políticas nem sempre se travavam em torno de princípios. *Campos Sales*, *Rodrigues Alves* e tantas outras figuras da nossa História viam com irreprimível antipatia a *reforma* do texto constitucional. *Francisco Campos*, a propósito da *reforma constitucional de 1926*, enfrentou dificuldades em fazer-lhe a defesa.

A Constituição *jurídica* de 1988, ao retornar a distinção já consagrada nas de 1824 e 1934, deu-lhe os contornos bem nitidamente. Para a *emenda* fixou a abrangência ao excluir do seu alcance um extenso campo material implícita e explicitamente. Ex.: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os *direitos e garantias individuais*. A generalização do conteúdo semântico que os signos assumem na relação sintática como estão empregados no discurso do § 4º do arti. 60, amplia, em muito, a *intangibilidade* dos valores protegidos inseridos na matéria arrolada, porque impede as vias indiretas. "*Abolir a Federação*" é expressão de conteúdo mais preciso do que "*abolir a forma federativa*" expressão tal qual consta do texto; e é por isso que esta redação

tornece um conteúdo *semântico* mais amplo e, assim, impede as tais vias indiretas tendentes a extinguir a “*forma*” federativa. Para a *revisão* estabeleceu um *entlace lógico* entre a providência determinada pelo art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a competência regrada no art. 3º, de tal sorte que *limita* a modificação do conjunto a um aperfeiçoamento decorrente do *pronunciamento popular*.

A reeleição. O pronunciamento popular

A fase dessa *revisão* exauriu-se e, com ela, o tema da *reeleição*, também.

A *relevância* dessa matéria (*reeleição*) somente comporta decisão em nível de *revisão* porque, se adotada, não tem efeito, apenas, localizado, mas, sim permeia todo o *sistema de governo* que teria de ser adaptado. Para isso e por isso é que, o *poder constituinte* estabeleceu *competência revisora* específica a ser exercida com a *participação popular*.

Assim já ocorreu. Houve o *plebiscito*. O *pronunciamento popular* foi pela manutenção do sistema de governo presidencialista, nos termos plasmados pelo *poder constituinte*, inclusive quanto à *ineligibilidade* de quem está exercendo mandato, para, sucessivamente, exercer o mesmo; e a *competência de revisão* foi assim, *legitimamente*, exercida.

No particular da *reeleição*, o *poder constituinte* decidiu vedá-la; manteve-se, quando da *revisão*, também, a decisão do *poder constituinte*, vedando-a para o período subsequente, quando seria a oportunidade para a *reforma*, nesta extensão que, agora, *ilegitimamente*, pretende-se pela via proibida da *emenda*. A *competência revisional* exerceu-se, expressamente, inclusive, para reduzir o período de mandato de *cinco* para *quatro anos* (cf. a redação dada ao art. 82 pela Emenda Constitucional de Revisão nº 5, de 7.6.94).

Agora, para instituir-se essa matéria, pela via da *reforma*, considerando que ela se inclui entre aquelas dos *limites à competência* pela via da *emenda*, somente será possível com o *pronunciamento popular*, seja através do *plebiscito*, seja do *referendo*, tal como demonstrado, juridicamente, quando este trabalho refere-se à *soberania popular*.

Outrossim, acrescente-se que uma *reforma* da Constituição jurídica que, também, tenha como objeto direitos fundamentais adquiridos, somente tem eficácia e aplicabilidade para situações que se constituam, como realização da respectiva "*facti specie*" normativa, a partir da dita *reforma*, sob pena de ofensa aos *princípios* da *segurança jurídica* e da *certeza do direito* dos quais são corolários a *irretroatividade* e a *ultratividade* da norma jurídica, tal como se demonstrará adiante.

Natureza jurídica das atribuições do Congresso Nacional

Verificados, como o foram, os *limites constitucionais* da *competência* do Congresso Nacional em matéria de *reforma* do texto da lei fundamental, verifique-se, doravante, a natureza jurídica de suas atribuições. As atribuições do Congresso Nacional não correspondem a *direito subjetivo público* dos seus membros. *Tem outra natureza jurídica*. Trata-se de uma técnica para fazer efetivo o exercício de um *direito subjetivo*, também, *público*, da titularidade do cidadão, porque outorgado pela Constituição. *Direito subjetivo* esse, que se assegura mediante o exercício de um *interesse legítimo*. Não é, pois um *direito* do sujeito que exerce o mandato (deputado e senador), este sujeito (deputado e senador), é, sim, aquele que exerce o *interesse legítimo*. Fundamentam-no os arts. 1º, 3º e 5º, especialmente, o seu § 2º, todos da Constituição.

Além desses *limites constitucionais de suas atribuições*, o Congresso Nacional, também, tem de conformar-se nos termos da *natureza jurídica* dessas *suas atribuições*, tal como ficará demonstrado a seguir.

O congressista é representante do titular desse *direito subjetivo público*, supra referido e, por isso atua no campo do *interesse legítimo*, para assegurar esse *direito subjetivo público* do cidadão.

A matéria conduz ao âmbito das *situações jurídicas subjetivas* que consistem nos *direitos subjetivos*, nos *interesses legítimos*, nos *poderes* e nos *deveres* que a ordem jurídica disciplina relativamente às ações humanas em uma sociedade.

Os italianos aprofundaram o tema, a partir da interpretação do art. 113 de sua Constituição, "*in verbis*":

"Contra os atos da administração pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa.

Essa tutela jurisdicional não pode ser excluída ou limitada a particulares meios de impugnação ou para determinadas categorias de atos.

A lei determina quais os órgãos de jurisdição que podem anular os atos da administração pública nos casos e para os efeitos previstos pela própria lei."

E, nesse aprofundamento, classificam as *situações jurídicas subjetivas* em duas espécies: a) – favoráveis e desfavoráveis e b) – ativas e inativas. As primeiras conforme favoreçam, ou não, o sujeito e as segundas conforme se concretizem num fazer ou numa necessária abstenção do fazer ou no dever de esperar que outro faça³⁷.

Incluem-se entre as *favoráveis* os *interesses legítimos* que consiste, na lição de *Santi Romano*³⁸, em prerrogativas diretamente protegidas por uma norma que os contempla de modo especial, sem contudo fazer depender, pelo menos prevalentemente, a sua tutela da vontade de seus sujeitos: são interesses que, mesmo sendo particulares, ligam-se aos gerais e são tutelados por reflexo pela própria tutela destes últimos. Conclui o ilustre juspublicista que, com expressão equívoca, alguns – têm sido designados como "*direitos reflexos*", em contraposição aos direitos subjetivos.

O exercício do mandato parlamentar em conformidade com a Constituição, assegurando os *direitos subjetivos públicos*, outorgados ao cidadão consiste, pois, em um *interesse legítimo*.

O exercício do mandato parlamentar nestes termos, garante, pois, um dos elementos constitutivos desse direito que se consubstancia nos princípios da *segurança jurídica* e da *certeza do direito*, na medida em que os parlamentares somente têm *legitimidade*, no exercício de sua *competência*,

(37) - cf. Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Direito constitucional. Instituições de direito público*. Trad. de Maria Helena Diniz, revisão de Ricardo Ollvo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. ps. 126 e seqs.

(38) - cf. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. de Maria Helena Diniz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. ps. 152/3

enquanto atuarem nos *limites* caracterizadores desse *interesse legítimo*. Fora desses *limites*, vale a advertência de *Bielsa* já referida.

***Princípios da segurança jurídica e da certeza do direito.
Retroatividade e ultratividade de norma jurídica***

A partir da obra clássica de *Flávio Lopez de Oñate*, "La certeza del diritto", publicada em 1942, tem-se produzido uma substancial literatura sobre a *segurança* como pressuposto do direito.

Os totalitarismos exercidos na Europa e na América Latina e, por isso, inimigos da *segurança jurídica* foram os responsáveis por essa literatura que teoriza o princípio, com o propósito de neutralizar esses inimigos. Recentemente, 1992, em Florença, na Itália, reuniram-se vários juristas em congresso, apenas, para repassar o tema que, de tanta importância, teve a participação do presidente da República italiana³².

Os dois *princípios*, aliás, estão imbricados de tal sorte que há autores que os consideram único. Mas, *Antonio-Enrique Pérez Luno*³³ consegue, em feliz síntese, distingui-los. Assim, fala: a) – de uma segurança jurídica "*stricto sensu*" que se manifesta como uma exigência *objetiva* de regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico, através de suas normas e instituições e b) – de uma segurança jurídica de aspecto *subjetivo* que se apresenta como *certeza do direito*, quer dizer, como projeção nas situações pessoais de segurança objetiva. Neste segundo sentido, consiste no reflexo da segurança objetiva na conduta dos sujeitos de direito, destinatários das normas jurídicas os quais têm o direito de conhecê-las de antemão para que possam organizar a sua conduta *presente* e programar *expectativas* para a sua atuação jurídica futura, sob pautas razoáveis de previsibilidade.

O mais destacado *efeito* desses *princípios* é o da *proibida projeção do âmbito temporal da norma a fatos ou condutas anteriores à sua promulgação (retroatividade da norma)*.

Com *efeito*, essa matéria classifica-se em três categorias: *irretroatividade, retroatividade e ultratividade*.

(39) - cf. La certeza del diritto - un valore da ritrovare. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1993
(40) - cf. La seguridad jurídica. Barcelona: Ariel, 1991. ps. 21/22

A *irretroatividade* é a regra no direito positivo moderno, inclusive no brasileiro: a norma nova não se aplica a fatos geradores concluídos no passado: art. 5º, XXXVI e art. 150, III, "a" da Constituição.

A *retroatividade* somente se aceita se for *benigna* para todos os destinatários da norma nova, exatamente, porque consiste na sua projeção sobre fatos ou condutas anteriores à sua promulgação.

A *ultratividade* consiste na aplicação residual da norma antiga, já revogada, às situações *pendentes*, quando elas forem concluídas, no passado, ou tenham sido iniciadas sob o domínio dessa norma antiga, mas, em qualquer hipótese, ou essa *pendência* ou os efeitos dessas situações projetem-se para o futuro.

Portalis, citado por *Pérez Luna*, (p. 91 da ob. cit.) afirmou em discurso na Câmara Legislativa da França revolucionária que onde se admita a retroatividade das leis, não somente deixará de existir a segurança, mas, também, a sua sombra.

Benjamin Constant de Rebecque, também, citado pelo referido autor na *supra* mencionada obra (p. 92), afirmou, em 1828:

"A retroatividade das leis é a maior agressão que a lei pode cometer, supõe romper o contrato social e destruir as condições em cuja virtude a sociedade pode exigir a obediência ao indivíduo, já que o priva das *garantias* que lhe asseguravam como compensação do sacrifício que implica obedecer. A retroatividade priva a lei de seu caráter jurídico; a lei que tem efeitos retroativos não é uma lei".

A Constituição *jurídica* brasileira de 1988 estabelece a proibição de a norma jurídica ter projeção sobre situações jurídicas ocorridas antes de sua vigência. Esse *princípio* que atina com outro por ela, também, estabelecido, o da *moralidade*, ainda quanto se exprima mediante o signo "lei", não há de excluir a própria lei matriz, porque o seu agasalho é a natureza jurídica de *garantia fundamental* (cf. art. 5º, XXXVI, XL, XLI), além de não se poder admitir a *contradição* que representaria a Constituição insculpir um *princípio* de tamanho alcance jurídico e se excluir dele permitindo a sua manipulação

pelo órgão *competente* para a sua *reforma* o qual, então e estranhamente, teria todos os limites, menos este (!)

Ademais, acresça-se, afinal, que sendo a proibição dessa projeção uma *garantia fundamental*, participa, expressamente, do *núcleo irreformável* (art. 60, § 4º, IV). É "*cláusula pétre*a":

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

Nestes termos, a proposta de emenda (PEC nº 01-A/95) que pretende suprimir a expressão "***vedada a reeleição para o período subsequente***" constante do art. 82, para o efeito, assim, de excluir a proibição de *reeleição*, se tivesse aplicação ao atual mandatário da Presidência da República, *projetaria para o passado a sua incidência*, abrangendo situação jurídica perfeita. E, aí, estaria impossibilitada de ser aplicada a esse mandatário, seja no sentido de que, *ilegitimamente, revisaria atos do poder constituinte e do órgão de competência revisional*; seja porque tendo, desta forma, a *natureza de função de revisão constitucional e não de emenda*, (como é a sua natureza efetiva) não encontra, como afirmado supra, *legitimidade*; seja porque ofenderia *garantia constitucional* disciplinadora da estrutura social e, por isso, legitimaria qualquer cidadão a buscar a proteção jurisdicional contra os efeitos dessa *emenda* de que resultaria *norma constitucional inconstitucional*⁴¹; seja porque o Congresso Nacional no exercício de *interesse legítimo* não pode ofender *direito subjetivo público*; seja porque não há qualquer *fato fundamental* que autorize a ruptura da ordem constitucional que plasma o atual sistema jurídico brasileiro, inclusive gerando o proibido efeito sobre situação jurídica perfeita, constituída antes, a que corresponde a investidura do atual mandatário ocorrida sob o regime jurídico da proibição de *reeleição*.

A *ultratividade* da norma pode ser invocada em situação similar, qual seja a da *reeleição* do presidente dos Estados Unidos da América.

Efetivamente, a Constituição norte-americana sempre permitiu *reeleição*. Contudo, tanto foi a *desconfiança* da sociedade, relativamente, a

(41) - cf. acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 939-7-DF (DJU de 18.3.94), acolhendo a lição de Ciro Bachioli ao concluir pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93

essa situação que *Hamilton*⁴² teve de justificá-la há mais de 200 anos, embora, concluísse que as vantagens da *reeleição* são, na melhor hipótese, especulativas e duvidosas.

À desconfiança aliou-se a inconstitucionalidade de modificar-se os princípios republicano e federativo, porque, embora *George Washington* e *Thomas Jefferson* adotassem a praxe de dois mandatos, no máximo, ao recusarem um terceiro, a prática demonstrou que seria possível ambicionar-se mais, tal como ocorreu com *Franklin Roosevelt*, fazendo valer a advertência de *Jefferson*, ao negar-se um terceiro mandato: "*se nenhum tipo de término dos serviços do primeiro mandatário for fixado pela Constituição ou suprido pela tradição, este cargo acabará vitalício e a história mostra com que facilidade isso degenera em hereditariedade*".

O exposto levou o Partido Republicano, ao ganhar maioria no Congresso, em 1946, a iniciar o processo de alteração da Constituição para instituir a proibição da *reeleição* da forma ampla constante do texto original e isto resultou na Emenda nº 22, com ressalva de que não se aplicaria a *Harry Truman* que sucedeu a *Franklin Roosevelt*, em 1945.

Apesar disto, o povo norte-americano tem recusado *reeleger* presidentes. Dos 42 presidentes norte-americanos, 16 tentaram obter um segundo mandato. 10 conseguiram e depois da Emenda 22 somente 4: *Dwight Eisenhower* (1956), *Richard Nixon* (1972), *Ronald Reagan* (1984) e *Clinton* (1996). Perderam: *Gerald Ford* (1976), *Jimmy Carter* (1980) e *George Bush* (1992).

Importante, sob o *aspecto jurídico*, é anotar que a Constituição dos Estados Unidos da América quando foi alterada para reduzir a duas vezes a permissão para o exercício do mandato presidencial estabeleceu a norma com efeito "*ex nunc*", a fim de que não irradiasse a sua projeção de âmbito temporal sobre situação já constituída antes dela: "*... esta emenda não se aplicará a qualquer pessoa no desempenho do cargo de Presidente na época em que esta emenda foi proposta pelo Congresso, e não poderá impedir qualquer pessoa, que seja Presidente, ou esteja desempenhando o cargo de Presidente, durante o período dentro do qual esta emenda entrar*

(42) - cf. Alexander Hamilton. O federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Trad. de Heitor Almeida Herrera. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, ps. 541 e segs

em vigor, de ser Presidente ou agir como Presidente durante o resto do período". Operou, assim, efeitos no campo da *ultratividade*, para respeitar os *princípios da segurança jurídica e da certeza do direito*.

A conclusão

face a todo o exposto, é no sentido de que:

1º – não é possível reformar a Constituição de 1988, pela via da *emenda*, para abolir a *proibição de reeleição* instituída pelo poder *constituente* e *reiterada* pelo *órgão revisor*, isto porque a *abolição* resultaria em *norma constitucional inconstitucional*, na medida em que ofenderia o sistema jurídico, dada a sua característica de *mensagem* operando *efeitos patológicos* da *comunicação normativa*, ao *desconfirmar* o "eu" das fontes normativas citadas nas linhas supra (*poder constituinte e competência revisional*) e que são superiores à *competência de emenda*;

2º – em qualquer hipótese, a *abolição* jamais poderia favorecer o atual mandatário porque, neste caso, a nova norma se projetaria no tempo, de forma proibida, para reger investidura submetida a outro regime jurídico e que já se constitui em situação jurídica perfeita. A *reforma constitucional*, se houvesse, encontraria o atual mandatário sob os efeitos da *ultratividade* do art. 82 da Constituição, na sua redação primitiva, pois, os efeitos de situações jurídicas perfeitas são regidos pela ordem jurídica sob a qual elas se constituíram, ainda que revogada essa ordem, ela ressuscitaria, para esse fim.

Salvador, 25 de novembro de 1996

Prêmio “Oswaldo Aranha Bandeira de Mello”

*PARECER SOBRE RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS
DE LOTEAMENTO. PRETENDIDA
DESCARACTERIZAÇÃO DA INCIDÊNCIA DO ARTIGO
39 DA LEI MUNICIPAL Nº 8.001/24.12.1973, COM A
REDAÇÃO DADA PELA LEI MUNICIPAL
9.846/04.01.1985. DESCABIMENTO.*

Alice Barini Guerra de Oliveira – Procuradora Municipal

INTERESSADO : MARIO BRANCO PERES

LOCAL : Av. Brasil, nº 1025

CONTRIBUINTE : 016.009.0002-1

ASSUNTO : Reiteração de pedido de Alvará de
Construção

ASSESSORIA JURÍDICO CONSULTIVA

Senhora Procuradora Assessora Chefe

A. Trata-se de reiteração de pedido de Alvará de Construção, para a avenida Brasil, nº 1025, Lote 02 da Quadra 42, do Jardim América.

Sob o argumento de que o Lote 02 da Quadra 42, transacionado pela Companhia City em 11.11.1935, não integraria o plano de loteamento do Jardim América, por ter sido vendido anteriormente à inscrição do loteamento no Registro de Imóveis, feita em 13.06.1938 pretende o interessado afastar a incidência do disposto no artigo 39 da Lei 8.001, de 24.12.1973, com a redação dada pela Lei 9.846, de 04.01.1985.

B. Entendendo relevante o exame dos fatos que envolvem a questão proposta, oferecemos o seguinte relatório:

1. MARIO BRANCO PERES e sua mulher, proprietários do imóvel da Av. Brasil nº 1025, formalizaram, em 21.01.1994, pedido de reconsideração de despacho, prolatado no processo 28-001.248-93*19, recebido como requerimento de Alvará de Aprovação de Edificação Nova e recolhidos os emolumentos respectivos (cf. fls. 6).

2. Do exame realizado por APROV 2, resultou a expedição de "Comunique-se" em 16.03.1994, encaminhado à publicação na listagem de 29.03.1994, para atendimento das seguintes exigências:

"1. Apresentar plantas vistas pelo CONPRESF e CONDEPHAAT.

2. Indicar no Quadro de áreas, a área a ser desapropriada pela Lei 7.343/89 e a área remanescente.

3. Face às restrições da Cia City, atender recuo lateral de 2m no pavimento superior (moldura do vazio).

4. Prever P.C.F. na escada do subsolo.

5. Inverter o sentido de abertura da porta (fundos do térreo).

6. Nos cortes, indicar o perfil natural do terreno, compatibilizando com o levantamento planialtimétrico apresentado, indicando também a altura H (Gabarito).

7. O interessado deverá estar ciente de que o processo está em área sujeita à aprovação prévia do CONPRESP e CONDEPHAAT, não poderá ter os benefícios do Decreto 32.958/93, conforme Portaria Intersecretarial 01/SAR/SEHAB/93, não podendo dar início às obras antes da expedição dos Alvarás de Aprovação e de Execução" (cf. fls. 15/15v⁴).

3. Juntadas, sob fls. 16/20, plantas figurando a edificação a ser demolida e, sob fls. 21/25, **o projeto completo**, verifica-se que para a área real do terreno, de 1.119,49 m², foram estabelecidas áreas de edificação de 543 m² para o subsolo, 261,17 m² para o pavimento térreo e 224,29 m² para o pavimento superior, num total de 1.028,86 m².

4. Localizando-se o imóvel em área objeto de tombamento pelo CONDEPHAAT e CONPRESP, novo "Comunique-se" foi encaminhado à publicação em 04.06.1994 para apresentação de projetos aprovados por esses órgãos (cf. fls. 27), não constando tenha sido atendida a determinação (cf. fls. 28 e 29).

5. A documentação, em seguida anexada, constituída por certidões do 4^o Registro de Imóveis, contém a filiação do imóvel e relato das "condições" do título aquisitivo, relativas aos **Lotes 6 e 8 da Quadra 44** (e não ao lote 2 Q 42), mencionando obrigação do cumprimento das demais exigências municipais, "notadamente as do Decreto Municipal número noventa e nove de treze de junho de 1941" (cf. fls. 30/36), reiteradas, parcialmente, a fls. 37/40, bem como o lançamento fiscal do imóvel, exercício de 1992, que indica tratar-se do Contribuinte 016.009.0002-1, ter o terreno 1.125 m² e área construída de 459 m², para uso comercial (cf. fls. 41/41v²), minuta parcial da escritura de venda e compra lavrada em 11.11.1935 (cf. fls. 42/51) e carta da City, endereçada ao requerente, relativa ao exame de projeto para o Lote "2 da Quadra 9" (e não ao lote 2 Q 42) do J. América (cf. fls. 52).

6. A análise do pedido, promovida no âmbito de APROV pela Arquiteta Yara Ribeiro de Souza Carvalho (v. fls. 53/54), foi conclusiva no

sentido de não estarem reunidas as condições necessárias à aprovação do projeto, pela aplicabilidade, ao caso, do disposto no artigo 39 da Lei 8.001/73, com a redação dada pela Lei 9.846/85, por se tratar de imóvel, que faz parte do Arruamento 267, submetido a restrições convencionais, estabelecidas pela companhia loteadora, relativas a recuos, taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento e número de pavimentos, na conformidade das certidões anexadas a fls. 42/51, fornecidas pelos interessados por solicitação daquele Departamento, sendo as seguintes-

“recuo de frente - 10 m
recuo de fundo - 08 m
recuos laterais em ambas as divisas - 06 m
taxa de ocupação - 1/7 da área do terreno para a edificação principal + 5% da área do terreno para a edícula”.

Foi, ainda, esclarecido, que os índices propostos são os seguintes-

“recuo de frente - 08 m
recuo de fundo - 15 m
recuos laterais em ambas as divisas - 04 m
taxa de ocupação - 24,9%”.

Foi também anotado, nesse parecer, que a alteração das restrições convencionais de loteamento depende do atendimento aos requisitos fixados no § 3º do artigo 39 da Lei 8.001/73, salientando que o pedido inicial não fora objeto de despacho, não tendo sido expedido por APROV nenhum documento que autorizasse a reforma executada no local, tratando-se, portanto, de obra não licenciada e irregular (cf. fls. 53/54).

7. Em seguida, o requerente, por petição endereçada ao Senhor Secretário da SEHAB, notificou aquela autoridade para prestar esclarecimentos acerca do embargo da obra, realizado em 07.03.1995 (cf. fls. 55/57).

Os esclarecimentos foram encaminhados ao requerente, ressaltando o atendimento parcial ao “comunique-se” para a correção do projeto e a conseqüente irregularidade das obras, realizadas sem qualquer autorização municipal, embargadas com fundamento no disposto no item 6.1.1. da Lei 11.228, de 25.06.1992 e que ensejaram a solicitação de abertura de inquérito policial para apuração do crime de desobediência (cf. item 6.1.1. alínea “c” do Código de Obras e Edificações), conforme consta de fls. 58/60.

8. Na seqüência, o interessado, por seu procurador, requereu a juntada de certidão vintenária e ofício com informações prestadas pela Oficiala do 4º Cartório de Registro de Imóveis, atestando que o loteamento não fora registrado perante aquela autoridade notarial e propugnando, o requerente, pela inaplicação ao projeto sob análise da Lei 9.846/85 (cf. fls. 61/67).

9. A Assessoria Jurídica da SEHAB providenciou, então, a expedição de ofícios ao 4º RI, ao 11º Tabelionato e ao 1º RI, solicitando informes para complementar a instrução destes autos (cf. fls. 68/71).

10. Encaminhando a documentação solicitada pela SEHAB, a Senhora Maria Rosa Sottano Constantino dos Santos, DD Oficiala do 4º RI da Capital informou ter sido expedida certidão contendo equívoco por erro de funcionária do Cartório, que certificou restrições relacionadas a imóvel de outra localização, e que, posteriormente, por solicitação do ilustre advogado de Mario Branco Peres, o Cartório lhe dirigiu carta, informando ausência de registro do loteamento, falha decorrente da falta de remissões das transcrições, especialmente por ter sido o registro do loteamento feito posteriormente à alienação por compra e venda do mencionado lote, esclarecendo ter cientificado o mesmo advogado dessas circunstâncias, retificando a informação anteriormente a ele prestada, encaminhando cópia da correspondência referida, datada de 18.04.1995 (cf. fls. 72/111).

11. A fls. 112/121 foi anexada cópia da escritura manuscrita de 11.11.1935 do 11º Tabelionato e a fls. 122 cópia da planta do arruamento 267, com o quadro de áreas dos lotes.

12. Em face da documentação carreada aos autos, a Dra. Zulmira Monteiro de Andrade Luz elaborou criterioso parecer, no qual, cotejando os elementos acrescidos, encampou o posicionamento de APROV, constante de fls. 53/54, aduzindo, relativamente à argumentação dos requerentes, que o lote 2 da quadra 42 faz parte do loteamento Jardim América, assim constando da escritura de venda e compra do lote, pois os lotes já se encontravam à venda anteriormente à edição do Dec. Lei 58/37. Além disso, referido loteamento da Companhia City foi regularmente aprovado pela prefeitura, conforme Alvarás nºs 2832, de 1917, 1916, de 1918, 1651, de 1918, 479 de 01.01.1918, 74, de 22.10.1927, dentre outros, sendo certo que as ruas e praças foram incorporadas ao patrimônio público, nos termos da

escritura de doação lavrada no 7º Tabelionato, em 05.05.1934, Livro 300, fls. 7, transcrita no 4º RI, sob nº 9.620, a fls. 145 do livro 3-L. Além disso, esclareceu que a aprovação do plano de loteamento perante a Municipalidade já era obrigatória desde o advento da Lei nº 2.611, de 20.06.1923 (arts. 2º a 18) e Lei 3.427/29 (arts. 506 a 531), independentemente da inscrição do loteamento prevista no Dec. Lei 58/37, ressaltando que apenas para o atendimento do disposto no artigo 1º do Dec. Lei 58/37 foram assinalados na planta do loteamento os lotes já vendidos e com escrituras definitivas, como o lote 2 da quadra 42, que integra a planta do loteamento aprovada no processo administrativo 37.932/34, concluindo ser inteiramente aplicável à espécie o disposto no artigo 39 da Lei 8.001/73 (cf. fls. 123/125).

13. Os requerentes solicitaram vista dos autos e o fornecimento de xérox de suas peças, oferecendo impugnação onde, em resumo, argüem as características específicas do lote 2 da quadra 42, para não integrar o loteamento padrão da Companhia City, que a alínea "b" do artigo 39 da Lei 8.001/73 com a redação da Lei 9.846/85 refere-se a registro de documento público do loteamento, e não de lote, em caráter prévio à instituição de restrições, que o lote retratado na escritura de 1935, onde constaram as restrições, tinha a área de 1.800 m², com 40 metros de testada, tendo, atualmente, 1.125 m² de área e testada de apenas 25 metros, pela alienação de uma faixa de 15 metros de testada e que, finalmente, argumenta que tamanhas e tão significativas são as peculiaridades da situação jurídica e fática da quadra 42, que a própria Companhia City, em 1962, encaminhou ao 4º RI uma nova planta, confessando a existência de equívoco na planta já aprovada pela Municipalidade e arquivada perante aquela autoridade, para constar a existência de uma viela e uma área interna nessa quadra, onde se situa o Clube Harmonia, que não observa qualquer das restrições fixadas àquela quadra no "contrato tipo" do loteamento (cf. fls. 131/133).

Na sustentação desse entendimento, foram oferecidas as razões de fls. 134/146, invocando circunstâncias que teriam motivado a alteração do artigo 39 da Lei 8.001/73 pela Lei 9.846/85, especialmente o art. 1º da Lei Federal 6.766, de 19.12.1979, visto que a lei municipal não poderia contrariar a ordem federal, por isso que no § 3º do artigo 39 a edilidade teria "represtinado" os termos do artigo 28 da lei federal que dispõe:

“Qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal, ou de Distrito Federal, quando for o caso, devendo ser depositada no Registro de Imóveis, em complemento ao projeto original, com a devida averbação”.

Desse modo, entende que o legislador municipal teria definido, como critério para admissão de restrições convencionais de loteamento, o registro ou inscrição do memorial descritivo do mesmo.

Em decorrência, pretende que, na interpretação do disposto na alínea “b” do artigo 39, com a redação dada pela Lei 9.846/85 (“b - as referidas restrições estejam estabelecidas em documento publico e registrado no Cartório de Registro de Imóveis”) é de ser entendido que o registro do **documento público** ali mencionado refere-se ao loteamento e não a um determinado terreno. Por isso que, não estando o loteamento registrado à época da transmissão da propriedade do imóvel objetivado, não estarão, terceiros, obrigados a respeitar restrições formuladas entre o vendedor e comprador, para os efeitos do artigo 39 da Lei 8.001/73, com a redação modificada pela Lei 9.846/85.

Dai concluir pela inoperância *erga omnes* das restrições verificadas na escritura lavrada em 1935, reiterando o fato de tratar-se da transação de um lote com 1.800,00 m², enquanto a configuração atual é de 1.125,00 m² tendo por pressupostos que:

- a) o loteamento Jardim América foi inscrito no RI em 13.06.1938;
- b) o imóvel teve sua venda, como bem individualizado, antes da inscrição do loteamento, existindo transcrição notarial de 1935;
- c) quando do registro do loteamento, o lote 2 da quadra 42 não foi relacionado no Memorial Descritivo e Planta do Empreendimento, como pertencente àquele loteamento.

Afirma, ainda, que o fato do imóvel estar retratado na planta descritiva de áreas do loteamento, não induz sua inserção no mesmo.

Que, em verdade, apenas os lotes em “curso de venda” poderiam integrar o loteamento, consoante disposto no artigo 1º do Dec. Lei 58/37.

Dessa maneira, quando de sua transmissão, gravada com restrições, o imóvel não pertencia a loteamento inscrito no Cartório de Registro de Imóveis, sendo, portanto, inaplicável à espécie o texto do artigo 39 da Lei 8.001/73, com a redação dada pela Lei 9.846/85, por que esta norma estabelecera, como premissa de incidência, o registro do documento público de constituição (do loteamento) perante aquela autoridade notarial, por vincular-se a norma municipal à Lei Federal 6.766/79.

Invoca, ainda, em seu prol, lições do mestre Pontes de Miranda e de Hely Lopes Meirelles, reiterando que as restrições encontradas na escritura original, de 1935, obrigavam as partes ali contratantes, não podendo serem consideradas para efeito de análise do projeto de aprovação e execução de obra no imóvel da Av. Brasil, nº 1.025, pois que o princípio informador da norma municipal impõe a constatação da existência de inscrição (registro) do loteamento, em caráter prévio à instituição das restrições que mandará respeitar.

Finalmente, insistem ter ocorrido equívoco interpretativo, devendo ser afastado o entendimento manifestado no âmbito da SEHAB (cf. fls. 134/146).

14. As razões dos requerentes foram analisadas pela Senhora Procuradora Assessora Jurídica da SEHAB, Dra. Zulmira Monteiro de Andrade Luz que, em face da documentação coletada, inclusive junto ao DPH da SMC, jurisprudência e doutrina, reiterou os termos do parecer de fls. 123/125, concluindo pela aplicabilidade à hipótese do disposto no artigo 39 da Lei 8.001/73, com a redação dada pela Lei 9.846/85, sugerindo, no entanto, a oitiva desta Procuradoria Geral do Município (fls. 155/159).

15. Para melhor compreensão dos fatos, solicitamos para exame os processos relativos ao local, verificando, o seguinte:

a) Quanto ao processo 28-001.248-93*19

a.1. Em 17.02.1993, os proprietários solicitaram perante a AR PI Alvará de Aprovação e execução de planta, para a Av. Brasil, 1.025, contribuinte 016.009.0002-1, para a área de 1.119,49 m², testada de 24,70 m, uso S1.1, Zona 1, Corredor Z8CR1, com a demolição da edificação existente (cf. fls. 2).

Anexado lançamento fiscal do imóvel, exercício de 1992, indicada a existência de área construída de 459 m² para terreno de 1.125 m², uso comercial.

O pedido foi instruído com cópia da escritura lavrada em 13.08.1992, no 27^o Tabelionato, Livro 1000, Fls. 173, pela qual os requerentes adquiriram o imóvel da Av. Brasil, 1025, da TAGIZA S/A, representada por seu Diretor Camillo Nader Jr. (cf. fls. 5/6) e cópia de certidões da matrícula 95.186 do 4^o RI (cf. fls. 7/9), além da documentação relativa à construtora F.G.S. Engenharia e Construções Ltda (cf. fls. 10/17), planta indicativa da edificação a ser demolida (cf. fls. 18), projeto completo, com a indicação da área real do terreno de 1.119,49 m², estabelecidas as áreas de 482,31 m² para o sub-solo (garagem), 400,50 m² para o térreo (estacionamento) e 249,04 m² para escritórios, no andar superior, num total de 1.131,85 m² (cf. fls. 19 e 20).

a.2. Elaborado o Boletim de Dados Técnicos, foi apontada a existência de lei de melhoramentos para alargamento para 36,00 m da Av. Brasil (Lei 7.343/69), e a legislação especial (Lei 9.334/81 e Dec. Lei 99/41 da City) a fls. 27/28.

O exame do projeto resultou na expedição de "Comunique-se" para atendimento de exigências técnicas e formais (cf. fls. 28v^o/30).

a.3. Solicitado prazo para atendimento, em 26.04.1993, o pedido foi reiterado em 07.06.1993 (cf. fls. 30/31).

a.4. Novas plantas foram anexadas, com a declaração do proprietário de que "constam em documento público devidamente matriculado no RI as obrigações contratuais previstas no art. 39 da Lei 8.001/73" (cf. fls. 34/35).

a.5. Verificado tratar-se de uso S.2.1, indicado em plantas, o processo foi encaminhado a SEHAB, pela competência (cf. fls. 36v^a).

a.6. A análise técnica promovida resultou na expedição de "Comunique-se" para atendimento de exigências técnicas e formais, publicada na listagem de 20.08.1993 (cf. fls. 47v^a/48v^a).

a.7. Em 20.09.1993 solicitado e deferido prazo para atendimento, decorreu **in albis** o período, motivando despacho de Indeferimento, publicado na listagem de 25.11.1993 (cf. fls. 51), passando a acompanhar o proc. 28-004.944-93*96 e 28-001.273-95*28.

b) Quanto ao processo 28-004.944-93*96

b.1. Verifica-se ter sido expedida Intimação nº 9.220, em 02.07.1993, por tratar-se de obra não autorizada e aplicada a multa respectiva, sucedendo-se as autuações por desatendimento à determinação administrativa, culminando com a requisição de Auxílio Policial para a manutenção da ordem, lavrado o Auto respectivo em 16.08.1993 (cf. fls. 25).

b.2. Não atendida a determinação, foi lavrado novo Auto de Multa, em 31.01.1994 e promovida a representação junto ao 7^o DP para abertura de Inquérito Policial (cf. fls. 30/32).

b.3. Anexadas as telas das multas, o processo foi remetido à SEHAB, para consulta e a JUD para exame e providências (cf. fls. 47/50).

b.4. Solicitada por JUD manifestação técnica quanto à regularização da obra, o processo foi submetido a SGM, sendo anexadas as autorizações do CONDEPHAAT e CONPRES, fornecidas pelo interessado (cf. fls. 53/57), tendo o Senhor Prefeito do Município expedido a O.I. 2/95, publicada no DOM de 07.03.1995, oferecido relatório pela Assistência Militar do Palácio dando conta das diligências realizadas e da orientação traçada para inspeccionamento da obra visando aos trabalhos de demolição e remoção.

b.5. A Secretaria dos Negócios Jurídicos transmitiu o processo a SAR para a fiscalização competente, tendo sido noticiada por AR-PI a paralisação das obras (cf. fls. 62v^a/63).

b.6. Tendo sido impetrado mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça (Autos 26.981-0/6), os autos foram consultados por JUD (cf. fls. 64v^o).

c) Quanto ao processo 28-000.951-95*71

c.1. O Engenheiro Cesario Gebran Soubihe encaminhou a AR-PI, em 06.03.1995, relatório sobre as providências adotadas para adaptação da obra às exigências formuladas pelo CONDEPHAAT e CONPRESF, dando conta da interferência das obras com a vizinhança e solicitando, para sua regularização, determinação para a rápida tramitação do processo junto à SEHAB, anexando, ainda, cópia dos ofícios daqueles órgãos, onde foram indicadas as alterações que deveriam constar do novo projeto a ser apresentado (cf. fls. 4 e segs.).

d) Quanto ao processo 28.001.273-95*28

d.1. O requerente, por seu procurador, formalizou notificação, em 23.03.1995, por ter sido a obra embargada em 07.03.1995, solicitando esclarecimentos sobre os fundamentos do ato, inclusive sobre as multas lavradas, tudo consoante já relatado acerca de fls. 55/57 destes autos (item 7).

16. No curso da análise das questões suscitadas pelo requerente, foram aduzidas manifestações, entregues nesta AJC/PGM, que anexamos a partir de fls. 171/213 a primeira, enfatizando aspectos já abordados na impugnação oferecida a fls. 131/146; a segunda, encarecendo urgência na tramitação deste processo; a terceira, indicando aspectos técnicos da edificação anteriormente existente no local e objeto de reforma aprovada no processo 28-002.296-90*54 e requerida pela TAGIZA S/A, empresa antecessora na propriedade do imóvel, e a quarta, detalhando aspectos da edificação primitiva que, de acordo com o peticionário, não teria obedecido as restrições convencionais do loteamento.

É o relatório.

C. A narrativa dos fatos e circunstâncias que envolvem o caso em exame, frente à argumentação tecida, com admirável habilidade, pelos nobres patronos do requerente, evidencia a necessidade de, previamente, serem analisados os pontos da controvérsia, fixando-se, por esse modo, as premissas que irão orientar as conclusões acerca da questão proposta.

I - DO LOTEAMENTO

Quando da realização, pela Cia City, dos planos de loteamentos que se tornaram, historicamente, o marco diferenciador das características dos bairros residenciais do Município de São Paulo, iniciados a partir de 1915, conforme se verifica de "folheto" publicitário, por xérox a fls. 214/224, a **aprovação municipal constituía exigência indispensável para a abertura de ruas e retalhamento do solo.**

Com efeito. Remontando a pesquisa a 1915, verificamos que a **Lei 1.666, de 26.03.1913** proibia a abertura de ruas, avenidas ou praças no Município, sem expressa autorização do Prefeito, fixando requisitos técnicos necessários e exigindo a aprovação das plantas respectivas. (cf. fls. 225).

O **Ato 769, de 14.06.1915** regulamentou a Lei 1.666, de 26.03.1913 e as disposições legais referentes a vias públicas por essa lei não revogadas (cf. fls. 226/228).

Sobreveio a **Lei 2.611 de 20.06.1923** que proibia a abertura de vias de comunicação, em qualquer perímetro do município, sem prévia licença da Prefeitura, que, além de estabelecer condições técnicas, dispunha, em seu artigo 7º, que os planos e traçados propostos deveriam atender princípios correntes em matéria de estética urbanista, reclamamos à comodidade do tráfego, economia no estabelecimento das redes de esgotos e de escoamento de águas superficiais etc. (cf. fls. 229 e segs.).

De maior complexidade, foi editada a **Lei 3.427, de 19.11.1929**, lei do "Padrão Municipal", denominada pela Resolução 529, de 19.11.1929 de "Código de Obras Arthur Saboya" que foi, sucessivamente, alterado pelo Ato 25, de 23.12.1930, Ato 127, de 20.03.1931, Ato 129, de 21.03.1931, Ato 304, 04.02.1932, tendo sido, a final, objeto da Consolidação aprovada pelo Ato 663, de 10.08.1934.

Relativamente ao Jardim América, de acordo com o procedimento em vigor, à época, a City solicitou e obteve, **por trechos**, a aprovação para abertura de ruas, sendo editados Atos aprovando a implantação desse loteamento, conforme se verifica, principalmente dos seguintes:

1. Ato 699, de 07.07.1914, aprovada planta apresentada pela City com a aceitação de dezoito ruas (cf. xerox a fls. 242).

2. Ato 702, de 15.07.1914 (cf. xerox a fls. 242/242v^o).

3. Ato 1.016, de 11.12.1916, que revogando os Atos 699 e 702, aprovou a planta da Vila América, modificadora da anteriormente aprovada, apresentada pela City, nos termos de seu pedido de 16.09.1915 e de 04.12.1916, aceitas as ruas do loteamento, declaradas abertas ao trânsito público, com as denominações ali mencionadas (cf. xerox a fls. 242v^o).

A par disso, a City solicitou e obteve autorização municipal para as modificações que foram sendo necessárias ao empreendimento:

- a) Alvará 183/1915, no proc. 133.555/15, fls. 243.
- b) Alvará 2382/17, no proc. 174.236/17, fls. 245/252.
- c) Alvará 1916/18, no proc. 194.316/18, fls. 253.
- d) Alvará 479/18, no proc. 186.787/18, fls. 254/255.
- e) Alvará 1471/25, no proc. 8.395/25, fls. 256.
- f) Requerimento formalizado no processo 39.979/33, para implantação de núcleo comercial, instruído com a anuência de 75% dos proprietários, localizado na Quadra 12, fls. 257/262.
- g) Abertura de ruas - proc. 51.127/33 - Alvará nº 75, série 6, de 14.06.1934 - artigo 10 do Ato 304/32, fls. 263/268.

Além disso, sucederam-se os atos de implantação do loteamento, expedidos, respectivamente, nos termos do disposto no § 1º do art. 18 do Ato 769, de 14.06.1915, os Atos de aceitação e denominação das ruas abertas, exemplificativamente:

- 1. Ato 1.158, de 05.10.1917,
 - 2. Ato 1.469, de 06.08.1920,
 - 3. Ato 1.561, de 28.04.1921,
 - 4. Resolução 355, de 02.07.1925,
- } cf. fls. 269 / 269v^o.

Quanto à formalização da doação das ruas do loteamento, as providências foram adotadas nos processos 24.310/31 e 37.932/34, de acordo com a planta anteriormente aprovada, constante de fls. 11 deste último processo (cf. xerox a fls. 270/281).

A par disso, verificamos que tal foi a importância do J. América, que o Código de Obras Arthur Saboya (Lei 3.427 de 19.11.1929) especificou características desse bairro com as restrições de uso e ocupação dos lotes (cf. arts. 42 e parágrafo, e 45), estabelecendo, no § 7º do art. 42, que "essas disposições serão incluídas nas escrituras de venda, de modo a obrigarem aos compradores e aos seus sucessores."

Em seguida, foi editado o **Ato 127, em 20.03.1931**, instituindo zoneamento para o local (cf. fls. 236).

Além disso, o artigo 10º do Ato 304, de 04.02.1932, dispunha:

"Antes da expedição do alvará de aprovação do plano de arruamento, deverá ser lavrada a escritura de doação das áreas que compreendem os leitos das ruas e praças a que se refere o art. 547, § único do Código de Obras Arthur Saboya, e como condição essencial a aceitação da doação, **na mesma escritura, assumirá o doador por si, seus herdeiros e sucessores a obrigação de respeitar as restrições regulamentares da propriedade, estabelecidas no plano de arruamento e loteamento, restrições estas que ficarão gravando o imóvel**" (cf. fls. 238/240).

O zoneamento para o J. América foi mantido e ampliado pelo artigo 40 do Ato 663, de 10.08.1934 (Consolidação do Código de Obras), que foi revogado pelo Dec. Lei 99, de 13.06.1941.

Nessas condições, verifica-se que o loteamento J. América já **fora aprovado no Ato 1016, de 11.12.1916**, com pequenas alterações que lhe seguiram, consoante anotamo. (cf. fls. 242/242vº).

Com a superveniência do Dec. Lei 58, de 10.12.1937, a City solicitou, em 08.02.1938, **no processo 19.264/38**, a autenticação das plantas aprovadas do loteamento, para viabilizar o registro necessário, sendo interessante observar que os órgãos técnicos da Prefeitura insistiram na exigência da indicação dos recuos dos lotes, de acordo com as plantas aprovadas (cf. xérox à fls. 283/288).

II- DO DECRETO LEI 58/37

É oportuno lembrar que o Dec. Lei 58, de 10.12.1937 foi fruto da necessidade de proteger o compromissário comprador de lotes, por meio do

pagamento do preço em prestações, em época de intenso comércio imobiliário, visto que, em razão do permissivo do artigo 1088 do Código Civil, o compromisso ensejava o fraudulento arrependimento do vendedor. Pela inexistência de meios para compeli-lo a outorgar a escritura do imóvel compromissado, que muitas vezes era novamente alienado ou onerado pelo loteador, estava adstrito o compromissário/comprador a postular perdas e danos decorrentes do arrependimento do vendedor. Com essa finalidade instituiu um registro especial num livro auxiliar, constituído pela **inscrição** do memorial da propriedade loteada (após publicação de editais) e pela **averação** dos compromissos de vendas a prazo e suas transferências (cf. art. 4º).

Quanto ao histórico do Dec. Lei 58/37, v. mais amplamente, WALDEMAR MARTINS FERREIRA, "O Loteamento e a Venda de Terrenos em Prestações, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, SP, 1938 e MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, "Tratado dos Registros Públicos", vol. III, Livraria Freitas Bastos, 3ª ed., 1955, págs. 33 e segs.

Dessa maneira, tratando-se de loteamento para venda pública, em prestações, nas averbações, à margem da inscrição do loteamento, é que se deveria buscar a informação da disponibilidade, ou não, do lote pretendido.

Portanto, foram necessidades sociais de relevo que determinaram, em defesa dos economicamente mais fracos, aquela legislação protetora dos promitentes compradores de imóveis, respeitados os princípios e normas nela contidos, como especificamente o que determina que a promessa de venda seja levada ao registro de imóveis competente, para que, como direito real, faça jus à adjudicação compulsória (art. 5º).

III - DAS RESTRIÇÕES DE LOTEAMENTO NO DECRETO LEI 58/37

Ao Dec. Lei 58/37 também se deveu a obrigatoriedade de constarem no Memorial do Loteamento e nos títulos aquisitivos as restrições específicas estabelecidas.

Com efeito. Assim dispôs o artigo 11, alínea "g":

"Do compromisso de compra e venda a que se refere esta lei, contratado por instrumento público ou particular, constarão sempre as seguintes especificações:

.....
"g" declaração da existência ou inexistência de servidão ativa ou passiva e outros ônus reais ou quaisquer outras restrições ao direito de propriedade".

Em seu comentário ao dispositivo, assim se expressou WALDEMAR FERREIRA, autor do projeto:

"Seja bem claro e explícito o instrumento do compromisso de compra e venda de lotes. Mencionem-se nele, notadamente se se tratar de lote rural, as servidões, ativas ou passivas, de que seja dominante ou serviente. Servidões não se presumem. Devem constar, por isso mesmo, do contrato a ser averbado, a fim de, quando se tornar definitivo, se estabelecer por meio da transcrição no competente registro imobiliário. As servidões prediais, posto indivisíveis, subsistem, no caso de partilha em benefício de cada um dos quinhões do prédio dominante e continuam a gravar cada um dos do prédio serviente, salvo se, por natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um, ou de outro. Assim, cada lote deverá suportar as que lhe toquem e gravem toda a propriedade loteada. O princípio atinente à partilha aplica-se ao loteamento. Mas nem somente as servidões devem ser explicitamente referidas. Outros ônus reais carecem ser declarados. E, também, diz o texto, "quaisquer outras restrições ao direito de propriedade". Tinha o projeto outra redação. Na referente a este inciso estava escrito dever o instrumento especificar "as servidões ativas e passivas de cada lote e as condições a que, de acordo com o plano urbanístico aprovado, se subordinarão os edifícios que nele se levantarem". Viu ele sempre ao loteamento em conjunto e do alto. Considerou cada lote isoladamente, mas sempre como parte de um conjunto ou de um plano urbanístico. Previu, por isso, subordinasse este a edificação de cada lote a condições predeterminadas, verdadeiras servidões higiênicas ou estéticas, em bene-

fício de todos os lotes e de cada um de per si. Deu a lei outra redação ao inciso para exprimir o mesmo pensamento. O contrato tem de especificar quais as servidões ativas ou passivas do lote comprometido. Devendo, ademais indicar outros ônus reais, que sobre ele recaem, está entendido que entre as "quaisquer outras restrições ao direito de propriedade" se entendem os constantes do plano urbanístico, em benefício de todos os lotes em geral e de cada um em particular, num interesse de higiene, de embelezamento de toda a área abrangida pela propriedade loteada. Poder-se-ia aludir também às servidões arqueológicas, a fim de obrigar as gerações vindouras ao respeito dos vestígios do passado e ao caráter arquitetural de certas ruas, se existisse, bem apurado, entre nós, o sentido e o respeito "do antigo" ... (O Loteamento e a Venda de Terrenos em Prestações, pág. 152/153).

Além disso, esclareceu que a idéia do dispositivo foi tirada exatamente dos contratos da CITY:

"Nem sempre anda o direito à frente dos fatos ou dos acontecimentos. Não poucas vezes criam os particulares normas, que a lei recolhe e universaliza.

De contratos tomou o autor do projeto conhecimento, contendo cláusulas do naipe das que passa a transcrever" (cf. xérox ora anexada sob fls. 289/290 das páginas 97/100 da sua obra O Loteamento e a Venda de Terrenos em Prestações).

E sobre elas se pronuncia:

"Passam de centenas os contratos, com cláusulas tais ou quais, celebrados em São Paulo, em que se instituíram as servidões do gênero das aqui mencionadas, todas transcritas no registro imobiliário competente, por uma prática de mais de vinte anos. Foi em razão de contratos deste tipo, que se construíram as cidades modelos, dentro da Capital Paulista, que hoje são o Jardim América, o Jardim Paulista, o Jardim Europa, o Pa-caembu, o Alto da Lapa, o Sumaré e outras.

Postos de lado alguns exageros, que no contrato transcrito se encontram e algumas disposições excessivas, não pode haver dúvida que por via dele se instituem servidões estéticas e

higiênicas, e como tal devem ser havidas, em favor dos terrenos contíguos e vizinhos, senão de todos que formam o conjunto urbanístico, tendo em vista o interesse coletivo e, a bem dizer, o interesse público” (obra citada, pág. 100).

IV - RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS DE LOTEAMENTO - REGIME JURÍDICO

Não há consenso quanto ao regime jurídico das restrições de loteamento. Inicialmente tidas como servidões (cf. art. 11, “g” do Dec. Lei 58/37), as críticas da doutrina e jurisprudência foram no sentido de não se configurarem como servidões pelo fato de inexistirem as condições que tipificam o instituto: um imóvel serviente e um imóvel dominante.

HELY LOPES MEIRELLES equiparou-as às estipulações em favor de terceiros, nas quais tanto os estipulantes como os beneficiários podem exigir o cumprimento do estipulado (Código Civil, art. 1098). Todavia, não seriam apenas em favor de terceiros, pois além de beneficiarem, reciprocamente, os proprietários, beneficiam a toda a coletividade. Portanto, seriam restrições urbanísticas em favor da coletividade (cf. Rev. de Direito da Procuradoria Geral, vol. 17, 1967, pág. 135/141).

Para ORLANDO GOMES, constituiriam obrigações *ob rem* ou *propter rem*, esclarecendo:

“A natureza jurídica de tais obrigações *in rem*, *ob rem* ou *propter rem* não está definida. Para determiná-la, tomando posição no debate que se trava, necessário se faz defini-las. Tais obrigações existem quando o titular de um direito real é obrigado, devido a essa condição, a satisfazer determinada prestação. O direito de quem pode exigí-la é *subjetivamente real*. Quem quer que seja o proprietário da coisa, ou tenha sobre ela direito real, *ipso facto* é devedor da prestação. Pouco importa, assim, a pessoa em quem surgiu pela primeira vez. A obrigação é vinculada à coisa. Dentre outras, são obrigações *ob rem* ou *propter rem* as dos condôminos de contribuir para a conservação da coisa comum; a do proprietário de concorrer para as despesas de construção e conservação dos tapumes divisórios; a do proprietário, enfiteuta, ou usufru-

tuário de concorrer para as despesas com a demarcação de prédios confinantes, aviventação de rumos apagados e renovação de marcos destruídos ou arruinados; a que pode ter o proprietário do prédio serviente de fazer obras destinadas à conservação e uso da servidão; a que tem o dono de um prédio sobre o qual se constituiu uma renda, que deve ser paga no caso de transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*. (cf Direitos Reais, 1º Tomo, Forense, pág. 18).

A despeito dessa dificuldade técnico-jurídica, especialmente considerando que, à semelhança do sistema alemão, o Código Civil Brasileiro, nos artigos 674 e 676, estabelece quais os direitos reais cuja constituição, transmissão, modificação ou extinção estão sujeitas a registro (princípio do **numerus clausus**), na medida em que as restrições convencionais de loteamento passaram a ser incorporadas à legislação federal, e prestigiadas pela legislação municipal, perde efeito a discussão doutrinária acerca do seu regime jurídico, impondo-se sua observância, por força da lei.

Nesse sentido, decisão unânime do Conselho Superior da Magistratura, na Apelação Civil 22.300-0/0, publicada no DOE de 23.06.1995, com a seguinte Ementa:

“Procedimento de dúvida - escritura pública de divisão amigável de lote - registro - Inadmissibilidade - Imóvel situado em loteamento, cuja inscrição veda o desdobro - Restrição urbanística que prevalece, não obstante a acenada aprovação municipal do refracionamento - Supremacia dos limites convencionais inscritos, cujas regras são supletivas da legislação pertinente - Recusa confirmada - Recurso não provido.”

Consta do acórdão:

“A despeito da licença municipal obtida, pende, na hipótese vertente, restrições convencionais, entre elas, a vedação do desdobramento de lotes, a ensejar o motivo da acertada recusa, na consideração de que a restrição segue o imóvel, independentemente da mudança de titularidade, pois almeja obter o padrão urbanístico planejado para aquela urbanização.

Bem por isso, em precedente análogo sobre o tema, já ficou assentado que "as restrições urbanísticas convencionais de caráter genérico, sejam consideradas estipulações em favor de terceiros (cf. HELY LOPES MEIRELLES, Direito de Construir, edição 1979, pág. 67), sejam obrigações *in rem scriptae* (cf. ORLANDO GOMES, Direitos Reais, edição 1978, pág. 186), entrelaçando direitos reais e obrigacionais (PHILADELPHO AZEVEDO, Destinação do Imóvel, edição 1957, com notas de JOSÉ GERALDO RODRIGUES ALCKMIN, pág. 138), concorrem com as restrições legais e devem ser objeto de aferição registral - é que, para logo, inscritas, configuram matéria de conhecimento oficial do registrador; demais, porque o registro predial desempenha tarefa importante da execução da política urbanística (v. JOSÉ MARIA CHICO ORTIZ, La Urbanizacion, La Ley de Suelo y La Propiedad. R.Cr.D.I. n.º 528, págs. 927 e s., JOSÉ LUIZ BENEVIDES DEL REY, Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de urbanismo, R. Cr.b. I. n.º 538, págs. 609 ss.). A existência de ação própria para inibir a afronta a restrições convencionais do parcelamento do solo urbano (artigo 45. Lei n.º 6.766/79) não implica a ausência de poderes para o controle registral dos títulos em relação ao registro anterior" (Apelação Civil n.º 14.094-0/5, Comarca de Palmital)." (cf. xérox a fls. 337/337v^a).

No mesmo sentido, decisões do Conselho Superior da Magistratura, Relatados pelo Desembargador Dirio de Santis Garcia, nas apelações cíveis 14.094-0/5 e 14.872-0/6, publicadas no DOE de 24.07.1992 e 30.06.1992, respectivamente (cf. fls. 338/339).

Bem por isso, em estudo sobre matéria registral, no direito português, ISABEL PEREIRA MENDES propugna pela modificação legislativa, visando obviar esses percalços:

"na legislação atual, as dúvidas referentes ao registro da 'autORIZAÇÃO DO LOTEAMENTO PARA CONSTRUÇÃO' levam-nos a pensar que se impõe a reformulação dessa matéria, atraindo para o âmbito dos Direitos Reais o contrato celebrado entre titulares de prédios contíguos, com vista à urbanização de determinada zona, e o inerente licenciamento municipal"(cf. O Registro Predial e a

Segurança Jurídica nos Negócios Imobiliários, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, pág. 108/109).

V - DA PREVALÊNCIA DAS RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS, CONSOANTE DISPOSIÇÕES ESTABELECIDAS NO ARTIGO 39 DA LEI 8.001, DE 24.12.1973

Verifica-se que ao serem editadas as modernas leis de zoneamento, num primeiro momento, não constou dispositivo ressaltando hipóteses em que as restrições convencionais de loteamento haveriam de ser obedecidas.

A preservação dos planos urbanísticos, que privilegiam determinados setores da cidade, foi introduzida pelo artigo 39 da Lei 8.001, de 24.12.1973, que, na sua redação original, dispunha:

"Art. 39 - Ficam mantidas as exigências de dimensionamento, recuos, ocupação e aproveitamento do lote estabelecidas em documento público e devidamente transcritas em Registro de Imóveis, para arruamentos aprovados pela Prefeitura sempre que as referidas exigências sejam maiores do que as fixadas na Lei 7.805, de 1º de novembro de 1972 e as da presente lei".

Nova redação foi conferida ao artigo 39, pelo artigo 25 da Lei 9.413, de 30.12.1981:

"Art. 39 - As restrições convencionais de loteamentos aprovados pela Prefeitura referentes a dimensionamento de lotes, recuos, taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento e altura das edificações deverão ser atendidas quando:

a) as referidas restrições forem maiores do que as exigidas pela legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo.

b) as referidas restrições estejam estabelecidas em documento público e registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

§ 1º - As categorias de uso permitidas nos loteamentos referidos no "caput" deste artigo serão aquelas definidas para as diferentes zonas de uso pela legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo.

§ 2º - As disposições deste artigo não se aplicam às zonas de uso Z3, Z4, Z5, Z10 e Z12".

Nova alteração sobreveio com a edição da Lei 9.419, de 07.01.1982, que, em seu artigo 5º dispôs:

“As disposições do artigo 39 da Lei 8.001, de 24 de dezembro de 1973 não se aplicam aos loteamentos aprovados 10 (dez) anos anteriormente à vigência daquela lei, exceto em zona estritamente residencial”.

Finalmente, a Lei 9.846, de 04 de janeiro de 1985 deu nova redação ao artigo 39:

“Art. 39 - As restrições convencionais de loteamentos aprovados pela Prefeitura, referentes a dimensionamento de lotes, recuos, taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, altura e número de pavimentos das edificações, deverão ser atendidas quando:

a) as referidas restrições forem maiores do que as exigidas pela Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo;

b) as referidas restrições estejam estabelecidas em documento público e registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

§ 1º - As categorias de uso permitidas nos loteamentos referidos no “caput” deste artigo serão aquelas definidas para as diferentes zonas de uso pela Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo.

§ 2º - As disposições deste artigo aplicam-se apenas às zonas de uso Z1, Z9, Z14, Z15, Z17, Z18 e aos corredores de uso especial Z8-CR1, Z8-CR5 e Z8-CR6.

§ 3º - A alteração das restrições convencionais dos loteamentos dependerá de acordo entre o loteador e os proprietários dos lotes atingidos pela alteração, além da anuência expressa do Poder Público, através de parecer favorável da Comissão de Zoneamento, da Secretaria Municipal do Planejamento”.

Cumpra consignar, embora sem relevo para a hipótese em exame, que a interpretação do artigo 39 da Lei 8.001/73, com a redação dada pela Lei 9.846, de 04.01.1985, assegurada pela Orientação Normativa publicada no DOM de 22.08.1988, foi expressamente revogada por despacho publicado no DOM de 23.02.1990.

VI - DA LEGISLAÇÃO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO NA AVENIDA BRASIL

Consoante se verifica nas informações encaminhadas pela SEM-PLA, para a avenida Brasil, as características residenciais fixadas no Dec. Lei 99, de 13.06.1941 prevaleceram até o advento da Lei 7.805, de 01.11.1972, que a transformou em Zona de Uso Z2, no trecho entre a av. Rebouças e o segundo cruzamento com a rua David Campista (cf. fls. 293 e seguintes).

Com a edição da Lei 8.001, de 24.12.1973, a av. Brasil, entre a av. Rebouças e a av. Brigadeiro Luiz Antonio, passa a Corredor de Uso Especial - Z 8 CR1 - com as características de uso e ocupação fixadas no artigo 21 da Lei 8.001/73, com a nova redação dada pelo artigo 19 da Lei 9.049/80, que a classifica como Z8-CR1-1, mantida no quadro 8j da Lei 9.411, de 30.12.1981.

Além disso, sujeita-se às disposições da Res. 2 de 23.01.1986 do CONDEPHAAT, que dispõe sobre o tombamento dos Jardins (cf. item TOMBAMENTO).

Relativamente ao prevalecimento das cláusulas convencionais de loteamento, verifica-se que no período entre as Leis 9.419, de 07.01.1982 e 9.846, de 04.01.1985, aplicavam-se apenas em zona de uso estritamente residencial (cf. art. 5º da Lei 9.419, de 07.01.1982, revogado pelo artigo 2º da Lei 9.846, de 04.01.1985).

VII - DO TOMBAMENTO

A Resolução nº 2, de 23.01.1986, formalizou o tombamento dos Jardins, dispondo:

“art.1º - Ficam tombados na área dos Jardins América, Europa, Paulista e Paulistano, no Município de São Paulo, os seguintes elementos:

- I- o atual traçado urbano, representado pelas ruas e praças públicas contidas entre os alinhamentos dos lotes particulares;
- II- a vegetação, especialmente a arbórea, que passa a ser considerada como bem aderente;

III- as atuais linhas demarcatórias dos lotes, pois são também históricas estas superfícies, sendo o baixo adensamento populacional delas decorrentes tão importante quanto o traçado urbano.

O conjunto urbano a ser tombado apresenta inestimável valor ambiental, paisagístico, histórico e turístico, ressaltando-se o seu caráter antrópico representado pela implantação do paisagismo ali existente, com denso e contínuo arvoredo. Esta expressiva superfície vegetal com solos expostos, onde é mais intensa a fotossíntese e a evapotranspiração, desempenha um importante papel na formação de um clima urbano mais ameno, capaz de atenuar a 'ilha e calor' característica das metrópoles compactas."

Estabeleceu, de maneira consentânea com a legislação municipal, a obrigatoriedade da **prévia aprovação** do projeto para efeito de intervenções nos lotes, seja para demolição, construção, reforma, obras de conservação e restauração (cf. artigo 3º).

Além disso, com a modificação introduzida pela Resolução nº 2/88, de 18.01.1988, foram alteradas as diretrizes específicas do Jardim América, nos seguintes termos:

"considerando que o artigo 3º, § 3º item 1 da Resolução 02/86 de 23.01.1986, do Secretário da Cultura à época, dispensa aos proprietários de lotes ocupados no perímetro correspondente ao Jardim América, tratamento diferente do previsto no item 2, alínea a do artigo 3º, § 3º do mesmo ato administrativo para proprietários de lotes vagos do loteamento mencionado;

considerando que pelo dispositivo citado de início o proprietário de um lote construído não poderá, em hipótese alguma, aumentar a ocupação de seu terreno mesmo que, porventura, a construção existente não haja atingido o limite de 1/3 da área do lote, enquanto que um proprietário de um lote vago terá o direito de construir até aquele limite;

considerando que o tombamento dos Jardins, inclusive o do Jardim América, não incide sobre edificações mas sim sobre a vegetação aderente, entre outros elementos, na conformidade do artigo 1º da referida Resolução, resolve:

Artigo 1º - O artigo 3º item 1 da Resolução 2 de 23.01.86, referente ao Jardim América, passa a ter a seguinte redação: Nos terrenos construídos, cuja taxa de ocupação seja menor de que 1/3 da área do lote, poderá ocorrer aumento de ocupação até aquele limite de 1/3 observadas as disposições gerais desta Resolução.

Parágrafo único - O perímetro correspondente ao Jardim América é o polígono cujos lados são formados pela intersecção dos eixos das seguintes vias públicas: rua Estados Unidos (CADLOG 06651-6), avenida Nove de Julho (CADLOG 14804-0) e rua Groenlândia (CADLOG 324439-6) e pela linha reta que passa pelas divisas dos lotes situados no setor 13, Quadras 71 e 44 (plantas de RI da PMSP), abaixo discriminados:

Quadra 71 - divisa lateral esquerda do lote 39, divisas de fundo dos lotes 4 a 9, 47 e divisa lateral direita do lote 13.

Quadra 44 - divisa lateral esquerda do lote 40, divisas de fundo dos lotes 41 a 44, 56, 47 a 51 e divisa lateral direita do lote 4.

Artigo 2º - Permanecem em vigor os demais dispositivos da Resolução 2, de 23.01.1986."

D'outra parte, pela Resolução SC-34, de 11.11.1992, foi formalizado o tombamento do edifício da Sociedade Harmonia de Tênis considerado como produto exemplar da arquitetura paulista da década de 60 (situado na Quadra 42, de interesse ao exame do presente caso).

O tombamento dos Jardins foi objeto da Resolução nº 5/91 do CON-PRESP, que, "ex-officio", formalizou o ato relativamente ao Traçado Urbano, vegetação e linhas demarcatórias dos lotes dos Jardins América, Europa, Paulista e Paulistano (item 71 - DOM 10.04.91).

Pela Resolução nº 31/CONPRESP/92, foi formalizado "ex-officio" o tombamento do edifício da Sociedade Harmonia de Tênis, situado à rua Canadá, nº 658, Jardim América. (item 6) - DOM 02.12.1992.

Nessas condições, o presente processo foi considerado excepcional, na conformidade da Portaria Intersecretarial nº 1/SAR-SEHAB, de 13.01.1993, que, no seu item 1º dispõe:

"Considerar-se-ão excepcionais, nos termos do Artigo 1º dentre outras, as hipóteses de pedidos de Alvará de Aprovação ou Execução para imóveis atingidos pelo CONDEPHAAT ou CONPRES P, e os situados em zona de Proteção dos Mananciais, quando não apresentarem os vistos, aprovações ou anuências cabíveis para estes casos."

VIII - DOS TERMOS EM QUE CELEBRADA A ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DO LOTE 2 DA QUADRA 42 DO BAIRRO DO JARDIM AMÉRICA, LAVRADA EM 11.11.1935 E OBJETO DA TRANSCRIÇÃO AQUISITIVA Nº 13.509 DO 4º REGISTRO DE IMÓVEIS

Verifica-se da escritura de compra e venda, juntada a fls. 112 e seguintes deste processo, manuscrita, com cópia datilografada, em sua parte essencial, e de interesse à hipótese em exame, a fls. 340/352, para facilitar sua leitura, terem comparecido, de um lado, a CITY OF SÃO PAULO IMPROVEMENTS AND FREEHOLD LAND COMPANY LIMITED - "COMPANHIA CITY" - na qualidade de vendedora, e de outro lado, na qualidade de comprador, MARIO PINOTTI GAMBA, com a anuência do ESPÓLIO DO CONDE JOÃO PINOTTI GAMBA, por sua inventariante Condessa Julieta Pinotti Gamba, por seu procurador Dr. Marcello Bifano, nos termos da procu-ração de 14.12.1928, do 6º Tabelionato de Notas, Lº 208, Fls. 117, denomi-nado simplesmente "Anuente", autorizado pelos Alvarás expedidos a mando dos Juizes da 3ª e 2ª Vara da Capital e com a presença do Dr. João Paulino Pinto Nazário, 2º Curador de Órfãos e Ausentes da Capital. Pela "COMPANHIA CITY", por seus representantes, foi dito, no que importa ao caso sob exame, o seguinte:

"1 - a) que por escrituras de 20 de fevereiro e 6 de abril de 1920, a primeira destas notas Lº 55, fls. 61v. e a segunda do 7º Tabelião da Capital Lº 78, fls. 34, se comprometeu a vender a JORGE RAFUL, em prestações, pelo preço de vinte e cinco contos e duzentos mil réis, um terreno denomi-nado nº 2 da Quadra 42, situado à Avenida Brasil, lado direito de quem vai da rua Argentina para a rua Canadá, dis-tante quarenta e dois metros da esquina da rua Argentina, medindo quarenta metros de frente, por quarenta e cinco metros aos fundos e com a área de mil e oitocentos metros quadrados, confinando o dito terreno no lado direito visto

da rua, com Edgard Richter ou sucessores, no lado esquerdo com o terreno número três da mesma quadra, adiante descrito e nos fundos com a Companhia City;

b) que todos os direitos e obrigações com objeto na aquisição do terreno, supra descrito (Nº 2 Quadra 42), foram transferidos pelo mencionado JORGE RAFFUL ao CONDE JOÃO PINOTTI GAMBA, pela escritura de 29 de abril de 1925, do 7º Tabelião, Livro 157, fls. 88v.;

c) que por escritura de 3 de junho de 1922, em notas do 7º Tabelionato da Capital, Livro 105, fls. 52v., se comprometeu a vender a GABRIEL NICOLAU SABBAGA, em prestações, pelo preço de quarenta e nove contos e quatorze mil réis, um terreno denominado número três da quadra quarenta e dois, sito à Avenida Brasil, lado direito de quem vai da rua Argentina para a rua Canadá, na esquina desta, lado direito de quem vai da Avenida Brasil para avenida, digo, para a rua Argentina, medindo cinqüenta e cinco metros e trinta centímetros de frente para a Avenida Brasil, cinqüenta e seis metros de frente para a rua Canadá, tendo a esquina arredondada, quarenta e cinco metros em ambos os lados do terreno visto da esquina, seis metros e cinqüenta e quatro centímetros nos fundos, com a área total de dois mil, setecentos e vinte e três metros quadrados e confinando o dito terreno, no lado direito visto da rua, com o terreno número dois, acima descrito, no lado esquerdo com a Sociedade Finlandeza Limitada, ou sucessores, nos fundos com a Companhia City;

d) que todos os direitos e obrigações com objeto no terreno supra descrito (Nº 3 Quadra 42), foram transferidos pelo mencionado GABRIEL NICOLAU SABBAGA e sua mulher ao CONDE JOÃO PINOTTI GAMBA, por escritura de 08 de abril de 1925, do 7º Tabelião da Capital, Livro 161, fls. 30”.

Em seguida, na parte de interesse à hipótese em exame, temos:

“i) que ocorrendo o falecimento do Conde João Pinotti Gamba, ditos terrenos foram incluídos e descritos no respectivo inventário que se processa perante o Juízo da 2ª Vara de Órfãos e Cartório do Sexto Ofício de Órfãos desta Capital;

j) que, em execução movida por Mario Pinotti Gamba, o espólio ofereceu à penhora os direitos decorrentes dos contratos referidos que foram avaliados;

k) que, na forma do artigo 1.015 do Código de Processo, dito exequente se sub-rogou em tais direitos, obrigando-se a prestar contas oportunamente, como tudo consta dos aludidos alvarás;

l) que ela, outorgante, já recebeu integralmente, em prestações, na forma das referidas escrituras, as importâncias dos preços contratados, para a venda dos quatro terrenos antes descritos;

m) que, ditos terrenos ficam situados no bairro do JARDIM AMÉRICA, distrito do mesmo nome (4ª Circunscrição Hipotecária desta Capital e comarca) e são parte de maior área havida pela Companhia City, conforme transcrição nº 64.526 do Registro Geral e de Hipotecas da 1ª Circunscrição desta Capital;

n) que de acordo com expressa indicação e autorização do Anuente, nos termos da cláusula II da presente, vende, como de fato vendido tem ao Comprador MARIO PINOTTI GAMBÁ, dando plena e geral quitação dos respectivos preços, para não mais repetir, do que dou fé; ditos terrenos retro descritos e confrontados, lotes dois e três da quadra quarenta e dois, cinco da quadra doze e dez da quadra nove do Bairro e distrito da Liberdade digo, Distrito do Jardim América, livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou hipotecas, mesmo legais, e assim, transmite ao mesmo Comprador toda a posse, domínio, direito e ação que sobre os mesmos exercia, para que deles o comprador use, goze ou livremente disponha como lhe convier, obrigando-se, ela Companhia City a fazer esta venda sempre boa, firme e valiosa e a responder pela evicção, na forma da lei.

II - Pelo Anuente - Espólio do Conde João Pinotti Gamba, como vem representado, me foi dito, em seguida, na presença das mesmas testemunhas:

a) que, consoante os direitos que as escrituras referidas anteriormente lhe conferem, e na forma da autorização judicial, constante dos Alvarás dos Meritíssimos Juizes da 3ª Vara Cível e da 2ª Vara de Órfãos desta Comarca, adiante transcritos, no presente instrumento, anuía à venda ora efetuada pela Companhia City, sob sua expressa autorização e indicação, pelo que declarando integralmente cumpridos os citados compromissos de venda e compra com objeto nos quatro terrenos descritos, lotes dois e três da quadra quarenta e dois, cinco da quadra doze e dez da quadra nove do Jardim América, protesta nada mais reclamar da Companhia City, com fundamento nos ditos contratos e que ficam cumpridos e sem mais efeito algum por força da presente escritura e,

b) que por força da venda feita e nos termos dos mesmos Alvarás, cede e transfere ao comprador MARIO PINOTTI GAMBÁ todos os seus direitos sobre os prédios número seis da rua Uruguay e nove da rua Guadalupe, existentes, respectivamente, sobre os terrenos número cinco da quadra doze e dez da quadra nove, antes descritos, que assim passam para a exclusiva propriedade do comprador, sendo ambos construídos com o auxílio financeiro da Companhia City, mediante empréstimo da quantia de cinquenta e quatro contos de réis, para o prédio da rua Uruguay, número seis e quarenta e cinco contos de réis para o da rua Guadalupe número vinte e nove, achando-se, porém, esses empréstimos já integralmente pagos.

III - Em seguida, pela Companhia City e pelo Comprador me foi dito que por si e por seus sucessores, pela presente escritura expressamente ajustam e estipulam o seguinte: É condição essencial do contrato que estipulam, a Companhia City em favor dos terrenos vizinhos que são ou foram de sua propriedade, adiante descritos, e o Comprador e seus sucessores, a observação das seguintes obrigações relativamente aos imóveis de que trata a presente escritura:

1º) Em qualquer dos terrenos descritos no parágrafo sétimo da presente cláusula, nenhum movimento de terra será feito a não ser de conformidade com as condições seguintes:

a) O terreno poderá ser aterrado ou cortado numa média de cinquenta centímetros, mas não excederá a um metro e cinquenta centímetros, em qualquer lugar acima ou abaixo do nível médio do terreno estabelecido no parágrafo sétimo da presente cláusula, sendo que nenhum corte será feito abaixo do nível da rua, e que, quando os proprietários vizinhos não fizerem acordo sobre o nível dos seus respectivos limites divisórios, qualquer aterro ou corte será feito com uma rampa máxima de um para três em linha reta ou quebrada, até o nível estabelecido para os limites do terreno.

b) antes ou por ocasião da construção de qualquer edificação sobre o referido terreno, a frente do terreno terá uma rampa máxima de um para seis em linha reta ou quebrada, a contar de trinta centímetros acima do nível do alinhamento da rua.

2º) Nenhum edifício ou construção de qualquer natureza que seja, excepto os fechos divisórios, será construído, levantado ou erigido sobre qualquer dos terrenos descritos no parágrafo sétimo da presente cláusula, a não ser de acordo com as regras seguintes:

a) Todo edifício, no presente denominado a "casa", será construído, usado ou adaptado para ser usado para habitação humana e nela não poderão ser feitos negócios de comércio algum consistente em vender ou oferecer à venda mercadorias de qualquer natureza; e a casa não poderá ser usada como moradia a não ser por uma família e seus criados, a menos que haja uma média de vinte e cinco metros quadrados de área de soalho dentro das paredes principais da casa, para cada pessoa que nela residir;

b) A casa, compreendendo só as partes com telhado, se tiver só andar térreo, ocupará uma área mínima de cento e trinta me-

tros quadrados até uma área máxima de um quinto da área do referido terreno; se tiver andar térreo e um superior, o andar térreo ocupará uma área mínima de oitenta metros quadrados até uma área máxima de um sétimo da área do terreno, e o andar superior ocupará uma área mínima de setenta metros quadrados e se tiver um andar térreo e dois superiores, o andar térreo ocupará uma área mínima de oitenta metros quadrados, até uma área máxima de um décimo da área do terreno, o primeiro andar superior ocupará uma área mínima de oitenta metros quadrados, e o segundo andar superior ocupará uma área mínima de setenta metros quadrados. Porções de menos de dois metros e cinquenta centímetros de altura não serão contados como um andar.

c) Em cada um dos terrenos objeto da presente escritura só poderá ser construída uma única casa, devendo ser observados os recuos adiante referidos, e também os seguintes alinhamentos, dentro dos quais será feita a construção - quatro metros se for só de andar térreo; seis metros se for de andar térreo e um superior e oito metros se for de andar térreo e dois superiores, exceptuando-se o que for modificado no parágrafo sétimo da presente cláusula com referência a essas medidas; devendo ser de oito metros o recuo dos fundos.

d) janelas salientes, pórticos e chaminés cuja área total não exceda a cinco metros quadrados, poderão avançar dois metros, no máximo, além da distância mínima da rua estabelecida para a frente da casa, sob a letra "e" da presente.

e) Torres, torreões, cúpulas, mirantes e outras construções análogas, não se considerarão como um andar a mais, a não ser que excedam em área vinte por cento da área do andar imediatamente inferior.

3º) Em aditamento à construção da casa e separados dela poderão ser construídos apartamentos e dependências, tais como - quartos de criados, quartos de malas, latrinas, tanque, galinheiros, pombais, garagens e outras construções semelhantes, contanto que obedeçam as condições seguintes:

a) não ocuparão uma área total de mais de cinco por cento da área do terreno;

b) não excederão a quatro metros e vinte centímetros de altura, até o beiral medido do nível médio estabelecido para o terreno;

c) não serão feitos dentro de vinte metros do alinhamento da rua;

d) terão paredes sem abertura na face que der para os terrenos vizinhos, quando construídos dentro de seis metros dos mesmos;

e) as latrinas, obedecendo às outras condições acima referidas, não poderão ser construídas dentro de seis metros dos limites laterais do terreno; deverão formar parte de uma dependência cujo telhado ocupe uma área mínima de quinze metros quadrados e não terão porta de entrada em qualquer de suas paredes externas;

f) os quartos de criados, obedecendo às outras condições acima referidas, deverão formar parte de uma dependência cujo telhado tenha uma área mínima de quinze metros quadrados, e deverão ter a porta de entrada em um pórtico ou pátio.

4º) Poderão ser construídos caramanchões em qualquer parte do terreno, contanto que sejam abertos em todos os lados; que o respectivo telhado cubra uma área até o máximo de dezesseis metros quadrados e que a altura da cumieira não exceda quatro metros acima do nível médio estabelecido para o terreno. Outrossim, poderão ser construídos mirantes ou belvederes, contanto que não excedam a área máxima estabelecida para caramanchões e contanto que a pavimentação não fique mais de um metro e sessenta centímetros acima do nível da rua se forem construídos entre os alinhamentos da rua e os alinhamentos estabelecidos para a casa, e mais de um metro acima do nível médio do terreno, se forem construídos em qualquer outra parte do mesmo.

5º) Os fechos da rua, se forem construídos serão de cerca aberta sobre muro baixo, na qual poderão ser plantadas sebes vivas, cuja altura total não exceda a um metro e cinquenta centímetros, ocupando o muro até trinta centímetros dessa altura, ficando tudo isso, entretanto, sujeitos aos regulamentos municipais em vigor ao tempo da construção. Nenhum fecho será construído entre os alinhamentos da rua e do edifício, cuja altura exceder à altura acima estabelecida; e nenhum fecho entre o alinhamento do edifício e o limite dos fundos excederá a dois metros de altura assim como nenhuma divisão interna de cerca, muro ou de qualquer outra natureza que ficar dentro de dois metros dos limites do terreno excederá a dois metros de altura.

6º) Jardins e respectivas áreas não serão considerados como construção para os efeitos desta servidão.

7º) Os terrenos acima referidos, situados no bairro do Jardim América, e que ficam sujeitos à presente servidão, são os que abaixo se discriminam - com referência ao terreno nº 2 da quadra 42 -

a) O terreno, ora denominado nº 2 da quadra nº 42 da planta da Companhia City e mais particularmente descrito no começo da presente escritura, tendo quarenta metros de frente para a Avenida Brasil, com uma área de 1.800 m² com os níveis de um metro e um metro e vinte centímetros estabelecido para os lados direito e esquerdo do terreno visto da avenida, e com o nível médio estabelecido de um metro, acima da rua medido da linha do centro da rua, em ângulo reto a esta linha. Para construção de casa, deverá ser observado o recuo mínimo de dez metros do alinhamento da avenida Brasil;

b) O terreno, ora denominado número um da quadra quarenta e dois, com frentes mínimas de vinte e cinco metros para a Avenida Brasil e rua Argentina, com uma área mínima de novecentos metros quadrados, com o nível de um metro estabeleci-

do para os lados direito e esquerdo dos lados do terreno e de oitenta centímetros para a esquina e com o nível médio estabelecido de noventa centímetros acima da rua, medido da linha do centro da rua, em ângulo reto a esta linha. O recuo do alinhamento da Avenida Brasil será de dez metros.

c) O terreno ora denominado número três da quadra número quarenta e dois, com frente mínima de vinte e cinco metros para a Avenida Brasil e rua Canadá, respectivamente, com uma área mínima de novecentos metros quadrados, com os níveis de um metro e vinte centímetros e um metro estabelecidos respectivamente para os lados direito e esquerdo do terreno visto da esquina, de cinquenta centímetros para a esquina e com o nível médio estabelecido de noventa centímetros acima da rua medido da linha de centro da rua em ângulo reto a esta linha. O recuo do alinhamento da Avenida Brasil será de dez metros.

d) O terreno ora denominado número treze da quadra número quarenta e um com frente mínima de vinte e cinco metros para a Avenida Brasil, com uma área mínima de novecentos metros quadrados com o nível de um metro estabelecido para os lados do terreno e com o nível médio estabelecido de um metro acima da rua medido da linha do centro da rua em ângulo reto a esta linha. O recuo do alinhamento da Avenida Brasil será de dez metros. Com referência ao terreno número três da quadra quarenta e dois:

a) O terreno, ora denominado número três da quadra quarenta e dois da planta da Companhia City e mais particularmente descrito no começo da presente escritura, tendo cinquenta e cinco metros e trinta centímetros e cinquenta e seis metros de frente respectivamente para a Avenida Brasil e rua Canadá, tendo a esquina arredondada, com uma área mínima de 2.723 m² e com os níveis de um metro e vinte centímetros e um metro respectivamente estabelecidos para os lados direito e esquerdo do terreno visto da esquina, de cinquenta centímetros para a esquina e com o nível médio estabelecido de noventa centímetros acima da rua medido da linha do centro da rua em ângulo

reto a esta linha. Para construção de casa, deverá ser observado o recuo mínimo de dez metros do alinhamento da Avenida Brasil.

b) O terreno, ora denominado número dois da quadra quarenta e dois com frente mínima de vinte e cinco metros para a Avenida Brasil, com uma área mínima de novecentos metros quadrados, com os níveis de um metro e um metro e vinte centímetros respectivamente estabelecidos para os lados direito e esquerdo do terreno visto da rua e com o nível médio de um metro acima da rua medido da linha do centro da rua em ângulo reto a esta linha. O recuo do alinhamento da Avenida Brasil será de dez metros."

"omissis"

"8º) Qualquer terreno ou terrenos poder-se-ão unir a qualquer terreno ou terrenos contíguos, de modo a formar um ou mais novos lotes de terreno, contanto que qualquer novo lote ou lotes de terrenos assim formados tenham uma frente não inferior a vinte e cinco metros para qualquer rua e ... uma área mínima de novecentos metros quadrados. Sobre esse novo terreno ou terrenos recairão os termos das servidões constituídas sobre o primitivo terreno ou terrenos, e vice-versa, como se tivessem sido estabelecidos desde o princípio.

9º) Para impedir que os fios para... digo, para corrente elétrica e telefone sejam aéreos, as companhias fornecedoras, respectivas, poderão instalar os seus fios subterraneamente através dos terrenos, dentro de dois metros dos limites dos mesmos, ficando obrigatório constituir a respectiva servidão de passagem, se for exigida pelas companhias fornecedoras referidas, bem como aceitar ligações subterrâneas desses serviços, caso sejam requeridos para o prédio e se for adaptado esse sistema de fornecimento, e correndo por conta dos proprietários ou compradores as despesas dessas ligações.

10º) Esta condição essencial do contrato poderá ser alterada por meio de escritura pública assinada por todos os proprietários dos terrenos acima descritos procedendo-se a alteração no Registro Geral e de hipotecas."

"omissis"

"V - Pelo comprador, me foi dito finalmente sempre na presença das mesmas testemunhas:

a) que por esta escritura e na melhor forma de direito ratificava como ratificado tem, em todos os seus expressos termos, a escritura de 27 de maio de 1929, lavrada nestas notas L- 330, fls 49, celebrada entre a Companhia City e a Sociedade Paulista de Tênis hoje Sociedade Harmonia de Tênis e todos os proprietários e compromissários de terrenos da quadra 42 do Jardim América escritura que confessa conhecer em todos os termos;

b) que aceitava a presente escritura em todos os seus expressos termos e que se obriga a no caso de vender os terrenos que ora adquire a transmitir a seus sucessores todas as obrigações na presente estipuladas de modo que todos sucessores sempre e sucessivamente transmitam também, em cada escritura que tiver por objeto os referidos terrenos, aquelas obrigações."

IX - DO REGISTRO DO TÍTULO AQUISITIVO

Conquanto, à época, o Decreto 4.827, de 07.02.1924 autorizasse a realização do registro, em regra, por extrato e, voluntariamente, *verbo ad verbum*, quando os interessados requeressem (cf. artigo 8º), verifica-se que o título aquisitivo de 11.11.1935 foi regularmente transcrito sob nº 13.509, na conformidade do disposto no artigo 5º, alínea "b", III, perante o 4º Registro de Imóveis.

Ora, a finalidade objetivada com a instituição dos Registros Públicos pelo Código Civil, era exatamente assegurar a autenticidade, segurança e validade dos atos jurídicos ou tão-somente para seus efeitos com relação a

terceiros (cf. art. 1º do Decreto 4.827, de 07.02.1924) (cf. xérox a fls. 291/292).

Com efeito. É mediante o registro (atualmente englobando a inscrição e transcrição, cf. art. 168 da Lei de Registros Públicos) e a averbação, que os atos jurídicos adquirem publicidade, produzindo efeitos contra terceiros. Constitui matéria relativa à forma dos atos jurídicos, a teor do disposto nos artigos 129 a 144 do Código Civil.

Na lição de CELSO MEDEIROS, ao lado da publicidade geral, destinada a levar ao conhecimento público um ato ou fato, ou para notificar terceiros da sua existência, encontramos a publicidade organizada em **sistema**, dentro do ordenamento jurídico, como forma de garantir a autenticidade, a segurança ou a própria validade do ato jurídico, ou como processo capaz de servir de elemento comprobatório de certos fatos jurídicos e dos efeitos imediatos que deles possam resultar.

“Quando a lei admite que o instrumento contratual seja levado ao Registro de Títulos e Documentos, ou quando prescreve que o nascimento e o óbito sejam registrados em livros próprios, ou quando exige, para o efeito translativo da propriedade imóvel, a transcrição do título no respectivo Registro, já não é a publicidade genérica que se objetiva, destinada ao cumprimento da norma ou à divulgação da conduta individual: aqui, na publicidade erigida em *sistema*, o que se procura tutelar é a segurança nas relações jurídicas, fornecendo meios para a comprovação dos fatos ou atos, tendendo à conservação dos direitos ou constituindo-se em elemento integrativo do próprio negócio jurídico, que sem ela não se perfaz ou não se completa nos efeitos a que tenderam as partes.”

E aduz quanto aos Registros Públicos:

“*Registro Público* é a menção de certos atos ou fatos, exarada em livros especiais por um *oficial público*, à vista dos títulos ou das declarações verbais das partes interessadas.

A publicidade que através dele se realiza consiste, de fato como assinala RAMELLA 15), no registro de certos contratos ou de certos acontecimentos juridicamente relevantes, em livros que satisfazem a essencial condição de serem escriturados e man-

tidos por um oficial público e de serem, não obstante, livres ao exame de qualquer pessoa.

Tais registros servem de *meio de prova* especial (v.g., o registro civil das pessoas naturais) ou podem atuar como processo de conservação de um documento, como na hipótese de se transcrever o ato no Registro de Títulos e Documentos, para garantir as partes do seu extravio ou adulteração.

Do ponto de vista da eficácia, a publicidade que deflui dos registros pode ser *declarativa*, quando concernente a atos ou fatos precedentes, já perfeitos, nos quais a sua falta não infirma o ato nem apaga sua existência; mas outros registros, cujo conteúdo se refere tanto a direitos e interesses públicos como privados, e que têm também a característica de serem exarados por um oficial público e serem garantidos contra alterações ilegítimas, são capazes, por si só, de certa eficácia material, constituindo-se em fonte imediata de direitos: a publicidade tem, então, o caráter de *constitutiva*, pois sem ela o ato concertado entre as partes, embora perfeito o acordo de vontade, não se consuma, por faltar-lhe o elemento essencial da publicidade, que a lei considera substancialmente necessário à constituição de um determinado direito, ou à sua evidência (16).

É o que se verifica, em geral, com a transmissão da propriedade imobiliária, na qual não basta, para o efeito translativo, ou para a transmissibilidade do direito, o acordo de vontades entre o alienante e o adquirente: as partes ajustam o preço e as condições gerais do negócio, e o instrumentalizam mediante a escritura pública, cercada de todas as formalidades legais; o direito, entretanto, não se transmite e não tem o ato qualquer eficácia *erga omnes*, a propriedade não sai da esfera patrimonial do alienante para entrar na do adquirente, enquanto não transcrito o instrumento no Registro Geral de Imóveis.

Assim, pois, através dessa publicidade operada pelos registros, com as garantias e formalidades asseguradas em lei, tutela-se a boa fé de terceiros em relação ao negócio jurídico, tornando-se conhecidas situações ou fatos cujo conteúdo, transmitido ao conhecimento geral, traz a segurança indispensável à realização dos atos jurídicos e da atividade individual."

(cf. Repertório Enc. do Dir. Bras., vol XLIII, Borsoli, Publicidade do Ato Jurídico, Celso Medeiros, pág. 296 e 299).

D - DA IMPUGNAÇÃO MANIFESTADA

Insurge-se o requerente, por seus patronos, quanto à aplicabilidade do disposto no artigo 39 da Lei 8.001/73 com a redação dada pela Lei 9.846/85, ao imóvel da Av. Brasil, nº 1.025, manejando argumentos que, em resumo, tocam nos seguintes pontos:

- a) que o lote 2 da quadra 42 não integraria o loteamento, pois foi alienado pela City, como bem individuado, antes da inscrição do Jardim América, em 13.06.1938, existindo transcrição do imóvel de 1935;
- b) que o lote original tinha a área de 1.800m², com 40 metros de testada, tendo, atualmente 1.125 m², com 25 metros de testada, por ter sido alienada uma faixa de 15 metros do lote;
- c) que ocorreu equívoco na planta da Quadra 42, alterada pela City em 1962, para constar a existência de uma viela e a área interna da quadra, onde se situa o Clube Harmonia, que não observa as restrições fixadas no "contrato-tipo" do loteamento;
- d) que apenas os lotes em curso de vendas integrariam o loteamento, nos termos do Dec. Lei 58/37;
- e) que a nova redação dada ao artigo 39 da Lei 8.001/73 foi baseada nos artigos 1º e 28 da Lei 6.766/79, por isso que "represtinados" os seus termos, o "documento público" a que se refere a alínea "b" é relativo ao loteamento, razão porque as restrições convencionais são as que constarem do registro ou inscrição do Memorial do Loteamento;
- f) que a pré-ocupação do lote não observou restrições do loteamento, tendo sido as obras aprovadas pela Prefeitura, circunstância que caracterizaria direito adquirido a esse entendimento administrativo.

E - APRECIÇÃO DOS PONTOS QUESTIONADOS

a) **Do Lote 2 da Quadra 42 como bem individuado, integrante do Jardim América.**

A análise dos elementos contidos a fls. 72 e seguintes do presente processo evidencia que o imóvel da Av. Brasil nº 1.025, atualmente de propriedade de MARIO BRANCO PERES e sua mulher, conforme Registro 5 na Matrícula 95.186 do Livro 2 do Registro Geral do 4º Cartório de Registro de Imóveis, **corresponde ao Lote 2 da Quadra 42 do Jardim América**, que resultou do parcelamento da área de terras objeto da transcrição 64.526 do 1º RI e assim foi transmitido pela City of São Paulo Improvements and Freehold Land Company Limited a Mario Pinotti Gamba, com a anuência do Espólio do Conde João Pinotti Gamba, na conformidade da escritura pública lavrada perante o 11º Tabelionato, **em 11.11.1935 e transcrita perante o 4º Registro de Imóveis sob nº 13.509, de 30.12.1935.**

Consoante verificamos no item VIII, a escritura originária do lote contém as restrições convencionais do loteamento, e foi objeto da transcrição nº 13.509 do 4º RI tendo sido expressamente prevista a possibilidade de **desdobro do lote**, bem como, em cláusula específica, **as características peculiares da área do CLUBE HARMONIA**, com a qual o lote confronta, nos fundos. (cf. cf. fls 351, V, a)

As condições essenciais do título originário foram mantidas na alienação subsequente, pela qual MARIO PINOTTI GAMBA transmitiu, por venda, a MANOEL DE MORAES BARROS, por escritura lavrada perante o 6º Tabelionato, **em 31.07.1936, transcrita sob nº 14.768 no 4º RI, em 04.08.1936, "uma parte da gleba ou lote antigamente designado como de nº 2 da quadra 42, da planta da Cia City, designação com que figura no título de aquisição do transmitente, terreno esse com a área certa de 1.125 m²"** (cf. fls. 33vº).

Dessa maneira, é indiscutível que o lote já ostentava a característica de unidade independente, tratando-se, efetivamente, de bem individuado, o transferido pela City a MARIO PINOTTI GAMBA, conforme transcrição nº 13.509, de 30.12.1935, identificado como Lote 2 da Quadra 42, e assim transferido a MANOEL DE MORAES BARROS, com área certa de 1.125 m², conforme transcrição nº 14.768, de 04.08.1936.

O Código de Obras Arthur Saboya, Lei 3.427, de 19.11.1929 no item 5 do artigo 1º definia o lote, para fins urbanos, e por isso, incorporando o requisito de acessibilidade:

“5 - Lote - É a porção de terreno situada ao lado de uma via pública”.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA define lotes como:

“porções de terra individuadas e com registros imobiliários autônomos” (cf. Curso de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971).

A despeito de constituírem porções autônomas, resultantes do retalhamento da propriedade, inclusive sob o aspecto registrário, não se desnatura sua condição de integrante do loteamento.

Por isso que, desvinculando-se do todo, as características, restrições e condições do plano, devem integrar as escrituras de compra e venda dos lotes.

Aliás, a Lei 3.427, de 19.11.1929, acolhendo as restrições do loteamento Jardim América, determinava que essas disposições deveriam ser incluídas nas escrituras de venda, “de modo a obrigarem aos compradores e a seus sucessores”(cf. § 7º do artigo 42).

Nessas condições, embora os lotes tenham realidade própria e diversos deles tenham sido vendidos anteriormente à inscrição do loteamento, não deixaram de integrar o loteamento, pois foi o parcelamento regular do solo, aprovado pela Prefeitura Municipal de São Paulo, conforme Ato 1016, de 11.12.1916, que legitimou o registro da área parcelada, autorizando a sua individualização.

Por outro lado, admitindo-se, por amor ao debate, que o lote 2 da Quadra 42 não integrasse o loteamento, pelo fato de ter sido transacionado pela CITY anteriormente à inscrição do plano no Registro de Imóveis, por coerência com esse argumento, estaria o lote imune às restrições do tombamento, merecendo, portanto, idêntica impugnação.

Todavia, o requerente buscou aprovação do CONDEPHAAT e CONPRES para as obras, conforme se verifica das peças gráficas de fls. 161/169, em que pese não constem dos autos as plantas substitutivas, com as modificações autorizadas.

b) Da venda parcial da área do Lote 2 da Quadra 42.

Quanto à venda de parte de área do lote, verificamos que na escritura de 11.11.1935, transcrita sob nº 13.509, em 30.12.1935, foi expressamente prevista a possibilidade da venda parcial do lote 2 da Quadra 42, bem como a subsistência das restrições do loteamento para a área resultante. Além disso, na transcrição 14.768, de 04.08.1936, da escritura subsequente, lavrada em 31.07.1936, já com as dimensões atuais do lote (25 x 45 = 1.125 m²), as restrições de loteamento foram reiteradas (cf. fls. 33v).

Ainda que assim não tivesse ocorrido, subsistiriam as restrições para o lote resultante do desdobro, consoante restou firmado no parecer, suscrita pela procuradora Dra. ANA MARIA CRUZ DE MORAES, e encampado pela então Procuradora Geral do Município, Dra. ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO, versando sobre hipótese assemelhada (cf. xérox a fls. 310 e segs.).

Cumprе ressaltar, que o Judiciário, reapreciando a questão, a ele submetida no Processo 92/90 da 8ª VFP, prestigiou esse entendimento, tendo sido mantida a sentença pelo acórdão na Apelação 157.088-1/5, de que foi Relator o Desembargador JORGE TANNUS (cf. xérox a fls. 319/330).

c) Da alteração da planta da Quadra 42.

Quanto às características da Quadra 42 e a situação peculiar do Clube Harmonia, essas circunstâncias constaram da escritura de compra e venda originária, lavrada em 11.11.1935 (cf. item VIII), bem como não ocorreu qualquer equívoco relativamente à quadra, apenas foram introduzidas alterações quanto à descrição da viela, com a aprovação dos órgãos técnicos da Prefeitura e registro dessas circunstâncias junto ao Registro de Imóveis.

Consoante consta do processo 90.768/62 (et. 03-003.310-95*05), a Cia CITY cedeu ao Clube Harmonia o uso e gozo da área interna da Quadra

42, tendo sido formalizada a transferência de domínio apenas no ano de 1962 (cf. de suas folhas 10, por xérox a fls. 331/336).

Essa informação se deveu a esclarecimentos necessários à aprovação da modificação solicitada pela Cia. City, visando adequar a planta da quadra 42, já que o Lote 6 foi anexado à área interna da quadra e respectiva viela com frente para a praça Califórnia, passando a constituir apenas um lote, com 21.115 m² e conservando a denominação de lote 6, que resultou na expedição do Alvará de Licença nº 2084 série 14, de 06.06.1962.

d) Lotes em curso de venda - Art. 1º Das Disposições Transitórias do Dec. Lei 58/37.

Relativamente à inscrição do loteamento, por estarem os lotes em curso de vendas, verifica-se que, de maneira consentânea com o espírito que norteou a edição do Dec. Lei 58/37, consoante anotamos no item II, o artigo 1º das Disposições Transitórias dispôs:

“Os proprietários de terras e terrenos loteados em curso de venda, deverão, dentro de três meses, proceder ao depósito e registro, nos termos desta lei, indicando no memorial os lotes já comprometidos cujas prestações estejam em dia. Se até 30 dias depois de esgotado esse prazo não houverem cumprido o disposto na lei, incorrerão os vendedores em multas de 10 a 20 contos de réis, aplicadas no dobro, quando decorridos mais de três meses.

Parágrafo único - Efetuada a inscrição da propriedade loteada, os compromissários apresentarão as suas cadernetas ou contratos para serem averbados, ainda que não tenham todos os requisitos do art. 11, contanto que sejam anteriores a esta lei”.

Pretendeu, obviamente, o legislador, estender a proteção instituída a todos aqueles que ostentassem as mesmas condições, atingindo, de igual maneira, os compromissos já formalizados anteriormente às novas regras. Ao exigir que fossem trazidos à colação todos os lotes já compromissados, foi para não alijá-los do novo procedimento, para garanti-los também com as novas regras, pois se isso não fosse feito e anotado no RI esses lotes poderiam ser novamente negociados, criando-se, então, problemas ainda mais graves.

Esclarece M.M. SERPA LOPES, relativamente à expressão “em curso de vendas”:

“Trata-se, aqui, da eficácia da lei de loteamento, em relação ao tempo.

No § 2º do artigo 1º das Disposições Transitórias (decreto número 3.079, de 1938), sob uma forma negativa, ficou definida a eficácia da lei em relação ao tempo, da seguinte forma:

“não se entendem em curso de venda as terras e terrenos loteados já comprometidos em sua totalidade, embora ainda não outorgadas as escrituras definitivas”.

Como se caracteriza, então, um terreno em curso de vendas? Estando as terras e terrenos loteados, antes do advento da lei de 1937, sem que todos os lotes hajam sido objeto de um contrato de compromisso de compra e venda” (cf. Tratado dos Registros Públicos, pág. 50).

Ora, se no loteamento do J. América remanesciam lotes a serem vendidos, para o prosseguimento regular das vendas, portanto, era necessária a inscrição do loteamento, na forma determinada pelo artigo 1º das Disposições Transitórias do Dec. Lei 58/37.

Assim procederam os loteadores, requerendo a autenticação da planta aprovada do loteamento, no processo 19.264/38, para esse efeito.

Todavia, essa formalidade não implicou (e nem poderia) em qualquer alteração quanto aos lotes definitivamente alienados, anteriormente a essa exigência.

Além disso, convém observar que a averbação dos lotes compromissados e dos lotes alienados, tinha ainda a finalidade de impedir o cancelamento da inscrição do loteamento ou a modificação do loteamento, sem o consentimento desses interessados, conforme se verifica do disposto:

a) No § 4º do art. 1º do DL 58/37:

“O plano de loteamento poderá ser modificado quanto aos lotes não comprometidos e o de arruamento desde que a modificação não prejudique os lotes compro-

metidos ou definitivamente adquiridos, se a Prefeitura Municipal aprovar a modificação.

A planta e o memorial assim aprovados serão depositados no cartório do registro para nova inscrição, observando o disposto no art. 2^ª e parágrafos".

b) no art. 6^º alínea "b" do DL 58/37:

"A inscrição não pode ser cancelada senão:

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

Nessas condições, consoante assinala M.M. SERPA LOPES:

"É a lei que impõe certas condições, com o objetivo de garantir a perfeição do contrato.

A intervenção do Estado legitima-se por força das suas atribuições administrativas, como seja, a aprovação do plano pela Municipalidade, e a inspeção dos títulos necessários ao depósito.

Ora, se se trata de uma lei eminentemente social, destinada à segurança das operações contratuais com o público, se se visou garantir a liquidez do domínio do ofertante, a realização efetiva do contrato, uma vez preenchidas as condições nele estipuladas, se se pretende ministrar garantias estáveis de certas condições estéticas, higiénicas e urbanísticas, não há como negar o caráter de **ordem pública** dessa mesma lei, caráter que lhe empresta uma força coativa tão intensa que a própria parte interessada, e a quem se destina a proteção, não lh'a pode renunciar". (cf. Tratado dos Registros Públicos, Livraria Freitas Bastos, 3^ª ed., 1955, pág. 39).

Finalmente, de se observar que a averbação dos lotes já compromissados ou alienados não implicou em qualquer alteração das situações definitivamente constituídas.

Nesse sentido são as disposições do artigo 8^º:

“O registro instituído por esta lei, tanto por inscrição quanto por averbação, não dispensa nem substitui o dos atos constitutivos ou translativos de direitos reais na forma e para os efeitos das leis e regulamentos dos registros públicos”.

Assim esclarece, a esse respeito, WALDEMAR FERREIRA, autor do projeto:

“A Coexistência dos registros - Quis a lei, tão-somente, evitar confusões. Instituído um registro especial, à ilharga do regulado pelo dec. nº 18.542, de 24 de dezembro de 1928, pretendeu não deixar vasa para interpretações tendenciosas, em matéria de tamanha relevância. Esse registro, o agora instituído, tanto o por inscrição, quanto o por averbação, não dispensa aquele. Não o dispensa, nem o substitui. Conjugam-se. Coexistem. Um, como principal. Outro, como satélite, ao seu lado exercendo a função, que lhe é própria, a ele ligado pelo laço da averbação à margem da transcrição da propriedade loteada” (cf. O loteamento e a venda de terrenos em prestações, Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937, texto e comentários, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1938, pág. 126).

e) Do artigo 28 da Lei 6.766/79. Repristinação. Documento público (alínea “b” do art. 39 da Lei 8.001/73, com a redação dada pela Lei 9.846/85).

Consoante afirmam os requerentes, na conformidade do princípio constitucional insculpido no inciso II do artigo 5º, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei.

No sistema jurídico nacional, sobressai, com nitidez, o caráter social da propriedade, na conformidade do perfil traçado para o instituto nos incisos XXII/XXVI do artigo 5º e § 2º do artigo 182 da Constituição Federal.

D’outra parte, consoante o disposto no artigo 5º da LICC, devem as normas receber interpretação que atenda à finalidade social nela contida e as exigências do bem comum.

Com efeito. A evolução social do Direito repudia qualquer tratamen-

to que privilegie visão individualista. Portanto, o direito de propriedade há que ser regularmente exercido (cf. art.160, I CC), nos limites traçados pelas normas constitucionais (cf. § 2º do artigo 182 e XXIII do art. 5º, ambos da CF), atendidos os direitos de vizinhança e as regras administrativas, tal como fixado no artigo 572 do Código Civil:

“O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

Remonta às disposições do Código de Obras Arthur Saboya (Lei 3.427, de 19.11.1929), para não irmos mais longe, a determinação, reproduzida nos sucessivos códigos municipais, de que nenhuma edificação pode ser feita no limite das vias públicas, sem que primeiro o interessado possua “alvará de construção”, expedido pela Prefeitura (cf. artigo 12).

Ora, a aprovação é ato administrativo vinculado e deve pautar-se pelas normas urbanísticas e de edificação em vigor à data de sua expedição.

Nessa conformidade, verifica-se que norma municipal expressamente dispõe quanto à prevalência das restrições convencionais de loteamentos, quando forem maiores do que as exigidas pela Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo e estejam estabelecidas em documento público e registrado no Cartório de Registro de Imóveis (cf. alíneas “a” e “b” do art. 39, com a redação da Lei 9.846/85).

Ressalvando que, quanto às categorias de uso, prevalecem as normas da Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, excepciona sua aplicabilidade às zonas de uso Z1, Z9, Z14, Z15, Z17, Z18 e aos corredores de uso especial Z8-CRI, Z8-CR5 e Z8-CR6 (cf. § 1º e 2º).

Finalmente, estabelece, no § 3º:

“A alteração das restrições convencionais dos loteamentos dependerá de acordo entre o loteador e os proprietários dos lotes atingidos pela alteração, além da anuência expressa do Poder Público, através de parecer favorável da Comissão de Zoneamento, da Secretaria Municipal do Planejamento.”

Cumpra examinar, inicialmente, o raciocínio estabelecido com argúcia pelos nobres patronos do requerente, que se esteia no disposto no artigo 28 da Lei 6.766/79, invocado na Exposição de Motivos da Lei 9.846/85, pretendendo ter o legislador municipal "represtinado" esse dispositivo para o efeito de vincular as cláusulas restritivas ao Memorial do Loteamento.

Dispõe o artigo 28 da Lei 6.766/79:

"Qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, devendo ser depositado no registro de imóveis, em complemento ao projeto original, com a devida averbação."

Ora, o Decreto Lei 58, de 10.12.1937, regulando a matéria, no interesse das relações de direito civil, estabelecia, no § 4º do artigo 1º, que correspondia ao § 5º do artigo 1º do Decreto 3.079, de 15.09.1938:

"O plano de loteamento poderá ser modificado quanto aos lotes não comprometidos e o de arruamento desde que a modificação não prejudique os lotes comprometidos ou definitivamente adquiridos, se a Prefeitura Municipal aprovar a modificação. A planta e o memorial assim aprovados serão depositados no cartório de registro para nova inscrição, observando o disposto no art. 2º e parágrafos."

De conformidade com as disposições acerca do cancelamento do registro no loteamento, objeto do artigo 23 da Lei 6.766/79, o artigo 28 apenas constitui uma maior abertura na possibilidade de alteração ou do cancelamento parcial do loteamento, visto que, anteriormente, não poderia ser modificado o plano relativamente aos lotes já comprometidos, bem como a alteração do arruamento estava condicionada a que não fossem prejudicados os lotes comprometidos ou definitivamente adquiridos, com a aprovação da Prefeitura e o depósito no Cartório do Registro de Imóveis da planta e memorial para nova inscrição, com observância da liturgia imposta no artigo 2º e parágrafos do Dec. Lei 58/37.

Apenas isso, já que nenhuma inovação ocorreu quanto à necessidade de aprovação pela Prefeitura e do depósito de planta e do memorial do loteamento, com as alterações aprovadas, junto ao Registro de Imóveis, com a devida averbação.

No entanto, amoldando-se a essa sistemática, a Lei Municipal 9.846, de 04.01.1985 inovou ao estabelecer a possibilidade de **alteração de restrições** de loteamento, que na verdade é uma **alteração de loteamento**, que “dependerá de acordo entre loteador e os proprietários dos lotes atingidos pela alteração”, além da anuência expressa do Poder Público, através de parecer favorável da Comissão de Zoneamento, da Secretaria Municipal do Planejamento”.

Pelo exposto, concluímos que o fato do legislador municipal possibilitar, no § 3º do artigo 39, a alteração das restrições de loteamento, de maneira consentânea com a alteração prevista no artigo 28 da Lei 6.766/79, não tem qualquer ligação lógica, ou jurídica, com o entendimento extraído pelo requerente, no sentido da “represtinação” do artigo 28 da lei federal, para o efeito de serem as restrições do loteamento apenas aquelas figuradas no Memorial depositado junto ao Registro de Imóveis.

A latere, observamos que a matéria, atinente a alteração ou cancelamento de restrições convencionais de loteamento, oferece aspectos de exame tanto mais delicado quanto é certo que, do conjunto das disposições legais pertinentes, não resulta nítida coerência no sistema, atribuída ao intérprete essa responsabilidade, calcada em critérios técnicos da Municipalidade.

Com efeito. O artigo 9º da Lei Municipal 9.413, de 30.12.1981, ao cuidar das exigências necessárias à aprovação de modificação no projeto ou na execução do loteamento, estabelece em seu § 1º:

“Os pedidos de modificações em loteamentos registrados, além dos documentos referidos neste artigo, deverão ser instruídos por documentos que comprovem a anuência **de todos os adquirentes dos lotes**, – a menos que haja regra explícita no título de aquisição com respeito a esta anuência.”

De outra parte, o artigo 45 da Lei 6.766/79, aprimorando o que dispunha o artigo 6º do Dec. Lei 271/28.02.1967, reflete o entendimento jurisprudencial no sentido de legitimar o loteador, ainda que já tenha alienado todos os lotes, ou os vizinhos, para a ação destinada a impedir construção em desacordo com as restrições legais ou convencionais.

Na medida em que conceituadas como restrições urbanísticas em favor da coletividade, direcionadas à preservação e melhoria da qualidade de vida, é inegável seu conteúdo social, consentâneo com a apreçoada função social da propriedade.

Dessa maneira, parecem legitimados para a ação, não apenas os vizinhos, da propriedade contígua, ou limitrófê, como também os demais proprietários interessados na preservação das características firmadas para o loteamento.

No entanto, o artigo 28 da Lei 6.766/79 autoriza a alteração do loteamento, por acordo entre o loteador e os adquirentes atingidos pela alteração.

Dos comentários publicados acerca dos dispositivos da Lei 6.766/79, DIÓGENES GASPARINI enfoca exatamente este ponto da questão:

“Por adquirentes de lotes atingidos pela alteração ou cancelamento deve-se entender todos os alcançados diretamente pela modificação ou pelo cancelamento. Se um se negar a participar do acordo, não se pode levar a efeito a alteração ou o cancelamento, pois não há como suprir seu consentimento. Esses adquirentes e o loteador são os que deverão estar de acordo. Os adquirentes de lotes não atingidos pela alteração ou cancelamento parcial do loteamento não precisam acordar e, ademais, não podem se opor à alteração ou ao cancelamento, dada a falta de interesse para agir. Seus direitos não foram atingidos pela alteração ou pelo cancelamento. Não fosse assim, o legislador não teria prescrito “...e os adquirentes de lotes atingidos...”. Assim, se desejasse o acordo de todos teria estatuído somente: ... o loteador e os adquirentes”.

Ora, a alteração de restrições de loteamento é espécie em relação ao gênero, alteração de loteamento, e a despeito do artigo 45 da Lei 6.766/79 legitimar os proprietários vizinhos, como também os demais interessados na preservação das características específicas do loteamento, no momento de serem discutidas as próprias restrições, são alijados do processo, em face do disposto no § 3º do artigo 39 da Lei 8.001/73, com a redação dada pela Lei 9.846, de 04.01.1985, estabelecido em consonância com o disposto no artigo 28 da Lei 6.766/79.

Evidentemente, pelo alcance das restrições urbanísticas de loteamento, a sua modificação pode vir a atingir de forma gravosa os demais proprietários do entorno, embora não diretamente atingidos pela alteração, implicando, v.g., no adensamento das edificações e conseqüente desvalorização dos seus imóveis, pela perda das características, inicialmente traçadas para o loteamento.

Portanto, o conflito há de ser equacionado por critérios técnicos da administração municipal, hábeis a determinar a abrangência da alteração que vier a ser proposta.

Anteriormente à edição da Lei 9.846/85, a matéria propiciava posicionamento nem sempre harmônico entre os órgãos técnicos da Prefeitura, consoante pode ser verificado no processo 215.685/78, em que a questão foi agitada, tendo sido deliberado, naquela hipótese, pelo indeferimento das alterações pretendidas, sob o entendimento de que não era suficiente a anuência dos proprietários dos lotes (cf. xérox sob fls. 356/370).

Após essa digressão, retornando ao ponto em exame, observamos que do rol de documentos necessários ao registro do loteamento, após sua aprovação pela Prefeitura, não há referência a nenhum "documento público" a ser lavrado para estabelecer as características e condições do loteamento (cf. arts. 1º e 2º do Dec. Lei 58/37 e 18 e segs. da Lei 6.766/79).

Quanto à expressão "documento público" é necessário perquirir a sua exata acepção.

"Documento, genericamente considerado, consiste na representação idônea e permanente de determinado fato, mediante

a palavra escrita (cf. item 1, supra). E pode ser, quanto à sua finalidade, ou instrumento, quando efetuado com o escopo de servir futuramente, como prova do fato representado; ou documento em sentido estrito, assim entendido o escrito que, não se fazendo prova preconstituída do ato, contém, todavia, elementos hábeis à sua comprovação" (cf. Rogério Lauria Tucci, Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 29, 1977, pág. 195 e segs.).

Destinando-se o instrumento a servir como prova do fato representado, deve revestir-se de **forma especial**, embora possa tratar-se, quanto à sua formação, de instrumento público (elaborado por tabelião, notário, ou funcionário público, - v.g. escritura, sentença judicial, nomeação de funcionário etc -), ou privado (elaborado por particular - v.g. contrato de locação, recibo etc.).

De acordo com o Vocabulário Jurídico, de De Plácido e Silva, vol. II, RJ, Forense, 1982, pág. 119:

"DOCUMENTO PÚBLICO. Entende-se como documento público todo ato escrito e passado por serventuário público, no livro de seu ofício ou cartório, ou em repartição pública, segundo as prescrições e formalidades legais, exigidas para sua autenticidade e legalidade.

Também tem o nome de *escritura pública*.

Os documentos públicos são por si mesmos considerados autênticos. E fazem prova plena quando apresentados no original, traslado ou certidão. E quando em *cópia, extrato* ou *pública-forma*, somente se devidamente concertado, o que se faz com a presença das próprias partes interessadas, consistindo este concerto na conferência do original com a cópia."

Ora, tratando-se da transferência da propriedade imóvel, a lei exige, como da substância do ato, o instrumento público (cf. art. 134, II do CC).

Já o mesmo não acontece com o Memorial do Loteamento, cuja formação é disciplinada nos artigos 1º e 2º do Dec. Lei 58/37 e atualmente nos artigos 9º e 18º e segs. da Lei 6.766/79.

Nessas condições, a lei municipal não poderia estar se referindo a

"documento público de constituição de loteamento", não apenas por suas características intrínsecas, como também por que o Memorial de Loteamento é um projeto, onde são estabelecidas as linhas estruturais do empreendimento.

Com efeito. O Memorial de Loteamento é ato unilateral, onde se contém, apenas, a descrição pormenorizada do plano, não sendo da essência do ato sua formalização por instrumento público (ainda que possa ser imaginada sua elaboração por escritura de declaração).

Além disso, embora aprovado pela Prefeitura e depositado no Registro de Imóveis da circunscrição competente, o Memorial do Loteamento consubstancia, apenas, **a idéia estabelecida para o empreendimento, o projeto em tese**, que não produzirá efeitos jurídicos, a menos que sejam adquiridos os lotes.

Previstas no plano de loteamento, apenas quando houver a aquisição de lotes é que as restrições serão convencionadas e, desde que aceitas, imputadas a um titular.

De quem exigir o atendimento das restrições do loteamento se não forem elas convencionadas, aí sim, por documento público, com os adquirentes de lotes?

Nessas condições, não há falar em restrições convencionais senão quando, além de figuradas no plano de loteamento aprovado, passem a integrar negócio jurídico.

Essa a interpretação conferida à alínea "g" do artigo 11 do Dec. Lei 58/37 por M.M. de SERPA LOPES:

"Consideremos, agora, a questão das servidões.

Como iremos ver (cfr. n.º 418 infra) a jurisprudência francesa tem consagrado o princípio de que as consignações feitas no *cahier des charges* bastavam para criar as servidões porventura estabelecidas no plano de loteamento e que esse mesmo critério interpretativo se aplica, entre nós, através da inscrição do loteamento, que é bastante para tornar jurídico e incontestável qualquer ônus real que se institua, não havendo neces-

cidade de uma dupla publicidade, e isto porque se a inscrição do loteamento é suficiente para tornar inalienáveis por qualquer título as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta (dec. 3.079, art. 3º), pela mesma razão essa inscrição pode servir de meio de publicidade dos ônus reais de qualquer outra natureza, prescindindo de se fazer ainda uma transcrição.

Mas, não se pode deixar de pôr essa interpretação em confronto com o disposto no art. 8º, que preceitua:

"O registo instituído por esta lei, tanto por inscrição quanto por averbação, não dispensa nem substitui o dos atos constitutivos ou translativos de direitos reais na forma e para os efeitos das leis e regulamentos dos registros públicos".

Este dispositivo, contudo, não coíde com a interpretação que viemos de expender.

Estabelecidos os ônus no memorial, a inscrição do loteamento torna incontestáveis esses mesmos ônus, assim como torna inalienáveis as vias de comunicação e as de acesso.

Essa inscrição, entretanto, não atua indefinidamente. Realizada qualquer escritura definitiva de venda de lote, da transcrição da venda deve constar igualmente a dos ônus oriundos do loteamento.

Figuremos a hipótese em que do memorial do loteamento conste a obrigação dos adquirentes do lote não elevarem as construções senão até determinada altura, ou seja uma servidão de não construir mais alto. A inscrição é bastante. O loteador não carece inscrevê-la duplamente. Ela ficou instituída. **No ato da escritura definitiva, porém, a referida servidão tem de constar da escritura e ser devidamente inscrita, pois que, já aí, a inscrição do loteamento não pode continuar a protrair os seus efeitos, nem substituí ou dispensa a inscrição que comumente se leva a efeito, de acordo com o preceito do nº X, do art. 178 letra "a" do decreto nº 4.857, de 1939".** (cf. Tratado dos Registros Públicos, pág. 58).

De rigor observar-se a evolução da doutrina e da jurisprudência nesse ponto, questionado pelo requerente.

A decisão relatada por HELY LOPES MEIRELLES, que fincou marco histórico na evolução do entendimento acerca do prevalectimento das cláusulas restritivas, na verdade, parece-nos ter incidido em equívoco relativamente ao enfoque conferido ao Memorial do Loteamento.

O repúdio ao entendimento calcado inteiramente na legislação e doutrina francesa, portanto, era até justificável.

Todavia, importa salientar, o pensamento do saudoso mestre evoluiu, amoldando-se aos princípios do nosso sistema jurídico.

Se no sistema jurídico francês, como afirmado por PHILADELPHO AZEVEDO (cf. *Destinação do Imóvel*, Max Limonad, 2ª ed., 1957, pág. 70 e segs.), M.M. SERPA LOPES (cf. *Tratado dos Registros Públicos*, pág. 58) e HELY LOPES MEIRELLES (cf. decisão proferida nos Embargos Infringentes 123.497, da qual foi Relator, publicada na *Revista de Direito da Procuradoria Geral, Estado da Guanabara*, vol. 17, 1967, pág. 135 e segs.), basta a aprovação pela Prefeitura do memorial do loteamento denominado "Cahier de Charges du Projet de Lotissement" e que, consoante consta da decisão citada, "este caderno de encargos do loteamento" explica Georges Henri Noel "uma vez aprovado pela Prefeitura, passa a impor obrigações de interesse público, que não podem ser derogadas por simples acordo dos adquirentes de lotes ou pela vontade do loteador" (*Le Droit de L'Urbanismes*, 1956, pág. 112), o mesmo não ocorre no nosso sistema jurídico.

E o próprio mestre, na referida decisão, acrescenta a nota diferencial dos sistemas que entende equivalentes: o Dec. Lei 58/37 exige a aprovação do memorial de urbanização pela Prefeitura (que, como vimos, não constituiu inovação, por já constar das Leis Municipais 1.666, de 26.03.1913, Ato 769, de 14.06.1915 e Lei 2.611 de 20.06.1923, Lei 3.427, de 19.11.1929, alterado pelo Ato 25, de 23.12.1930, Ato 127, de 20.03.1931, Ato 129, de 21.08.1931, Ato 304, de 04.02.1932, a final objeto da Consolidação aprovada no Ato 663, de 10.08.1934), "e o seu depósito no Registro Imobiliário, para publicidade e observância de suas restrições à edificação do bairro (art. 1º)".

Conforme já assinalamos, no entanto, e o próprio HELY LOPES MEIRELLES, posteriormente esclareceu (cf. *Direito de Construir*, Ed. RT, 4ª

ed., 1983, pág. 115), para validade e eficácia contra terceiros, as restrições não de constar da escritura primitiva de transferência do lote, subsequente ao parcelamento, passando aos sucessores em razão dos princípios fundamentais que regem os direitos reais, com todos os encargos e restrições urbanísticas estabelecidas.

Dessa maneira, embora com características semelhantes ao CAHIER DE CHARGES DU PROJET DE LOTISSEMENT a imputação das restrições exige a transferência de domínio do lote por escritura pública ou um dos documentos a ela equiparados por força de Dec. Lei 58 (arts. 5º, 22, c.c. art. 11) ou da Lei 4.380, de 21.08.1964 (art. 61, § 5º) e da Lei 6.766/79 (arts. 26 e 41).

Portanto, não basta terem constado do Memorial do Loteamento as cláusulas restritivas. Exige o nosso sistema jurídico tenham sido elas convenionadas por instrumento público e levadas a registro junto ao Registro de Imóveis competente, para produzir os efeitos que desses atos decorrem.

Tanto é que, mesmo após a inscrição do loteamento, o loteador pode solicitar o cancelamento do ato, na hipótese de não ter ocorrido venda (cf. alínea "b" do art. 6º do Dec. Lei 58/37 e inc. II do art. 23 da Lei 6.766/79).

Na conformidade da lição do mestre PONTES DE MIRANDA invocada a fls. 182 e segs. pelos nobres patronos do requerente, há um hiato entre a instituição da "propriedade loteada" e a transferência dos lotes.

A **eficácia real**, de que cuida PONTES DE MIRANDA, para que o loteamento atinja sua completa juridicização deixando de existir, no plano jurídico, para surgirem os lotes, é exatamente a transferência de propriedade do lote, sua compra e venda, por **instrumento público**, como exige a lei civil (cf. art. 134, II do CC), devidamente registrada para transmitir o domínio (cf. arts. 530 e 676 do CC).

Como bem anotado por PONTES DE MIRANDA, há um tempo intercalar que vai da inscrição do loteamento à transferência de propriedade dos lotes, visto que não se cria direito real com a inscrição.

Por isso que propugna, o ilustre mestre:

“Ou se dá, de vez, toda a eficácia real, mandando-se transcrever o loteamento, de modo que, a despeito da não mudança de proprietário, se quebre toda ligação dos lotes ao passado, eliminando-se, até certo ponto, o problema mesmo de lei sobre loteamento, ou se cria preparação para alienação, ou para a simples divisão, mediante a averbação, ou se editam normas sobre esse tempo intercalar que vai do loteamento material à transferência de propriedade. Já dissemos que foi esse o expediente que a *lex lata* escolheu: o da inscrição em livro especial. A inscrição fica como entre a transcrição do terreno e a averbação dos pré-contratos de compra e venda. A inscrição dos pré-contratos de compra e venda de imóveis não loteados funde aquela inscrição e a averbação.

A eficácia real das uniões, adscrições e parcelamento concerne à *res*, porém não se cria, com ela, direito real: tudo se passa no plano do objeto e, como tal, na relação jurídica” (cf. Tratado de Direito Predial, vol. III, pág. 36/37).

Ao contrário do pretendido pelo requerente, não importa o regime jurídico das restrições convencionais, que efetivamente não têm as galas de direito real.

Tendo constado da escritura pública de compra e venda celebrada em 11.11.1935 e transcrita no RI, foi assegurada a publicidade indispensável à sua validade e eficácia em relação a terceiros. Portanto, os subseqüentes adquirentes do lote não podem alegar ignorância das características e condições essenciais da propriedade que lhe estava sendo transmitida.

Aliás, as condições essenciais do negócio jurídico foram regularmente transcritas quando da transmissão do lote com as características e dimensões atuais, conforme transcrição nº 14.768 feita em 04.08.1936, relativa à escritura do 6º Tabelionato, lavrada em 31.07.1936, pela qual MARIO PINOTTI GAMBA transmitiu, por venda a MANOEL DE MORAES BARROS “uma parte da gleba ou lote antigamente designado como de nº 2 da quadra 42, da planta da Cia. City, designação com que figura no título de aquisição do transmitente, terreno esse com a área certa de 1.125 m² (cf. fls. 33v^o).

Não é o fato de não terem sido transcritas as restrições de loteamento, em razão das sucessivas alienações do lote, que faz perecer o seu caráter, sua validade e eficácia em relação a terceiros, entendidos estes como os sucessores do proprietário primitivo do lote.

Diversamente do que pretende o requerente, a opinião de HELY LOPES MEIRELLES, transcrita a fls. 143/145, supostamente como relativa a restrições de loteamento, refere-se, na verdade, a **restrições de vizinhança**, conforme se verifica das xérox, ora anexadas sob fls. 353/355, das páginas 76/81 de seu livro DIREITO DE CONSTRUIR, ed. Rev. dos Tribs., 1961.

Aliás, o entendimento do saudoso mestre, relativamente às restrições convencionais de loteamento, é o seguinte:

“As restrições de loteamentos são de duas ordens: convencionais e legais. Restrições convencionais são as que o loteador estabelece no plano de loteamento, arquivava no registro imobiliário e transcreve nas escrituras de alienação dos lotes como cláusulas urbanísticas a serem observadas por todos em defesa do bairro, inclusive a Prefeitura que as aprovou. Por isso, quem adquire lote diretamente do loteador ou de seus sucessores deve observância a todas as restrições convencionais do loteamento, para preservação de suas características originárias, ainda que omitidas nas escrituras subseqüentes, porque o que prevalece são as cláusulas iniciais do plano de urbanização, e, conseqüentemente, todos os interessados no loteamento – proprietário ou compromissário do lote, loteador e Prefeitura – têm legitimidade para defendê-las judicialmente, como já decidiu o TJSP, em acórdão de que fomos relator, e está expresso no artigo 45 da Lei 6.766/79.

As restrições legais são as impostas pelas normas edilícias para todas as urbanizações ou especificamente para determinados loteamentos ou certos bairros.

Tais restrições, como imposições urbanísticas de ordem pública, têm supremacia sobre as convencionais e as derrogam quando o interesse público o exigir, alterando as condições iniciais do loteamento, quer para aumentar as linhas originárias,

quer para liberalizar as construções e usos até então proibidos” (cf. DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO, 6ª ed., 3ª tiragem, Malheiros Editores, págs. 412 e segs.).

f) Quanto à invocada pré-ocupação do imóvel - Direito Adquirido.

Surgida na França, a teoria da pré-ocupação, formulada por DEMOLOMBE, visava equacionar o problema da responsabilidade por danos, resultantes da vizinhança industrial.

Um dos aspectos considerados, é a prioridade do uso pelo vizinho. Aquele que veio a se instalar posteriormente teria que tolerar os incômodos causados pelo primeiro.

De acordo com o mestre SAN TIAGO DANTAS, além dos subsídios de vários artigos dos costumes franceses, e do Digesto, DEMOLOMBE apoiava-se no artigo 9 do Decreto de 15 de outubro de 1810, sobre estabelecimentos perigosos:

“L'autorité locale indiquera le lieu où les manufactures et ateliers compris dans la première classe pourront s'établir, et exprimera sa distance des habitations particulières. Tout individu qui ferait des constructions dans le voisinage de ces manufactures et ateliers, après que la formation en aura été permise, ne sera pas admis à en solliciter l'éloignement.”

Embora tivesse tido crédito nos tribunais durante longo tempo, provocou forte reação visando afastá-la, como regra.

“De fato, é admissível que em alguns casos a anterioridade de ocupação seja levada em consideração por um Juiz, no medir a tolerância que certo vizinho deve ter em relação ao incômodo de que se queixa. Mas daí a fazer da anterioridade um título, fundado no qual um proprietário impõe aos ocupantes posteriores a sua atividade prejudicial, vai uma grande distância, tanto teórica como prática” (cf. O Conflito de Vizinhança e sua Composição, Rio de Janeiro, 1939, pág. 155).

Além disso, esclarece:

“Modernamente costuma-se falar de *pré-ocupação coletiva*, não mais como um critério suficiente para distinguir o uso tolerável do intolerável, mas como um dos muitos meios postos à disposição do magistrado para julgar da normalidade ou anormalidade de certos incômodos inflingidos à vizinhança.”

E conclui:

“E é a forma útil sob que a doutrina moderna pode incorporar esta antiga teoria” (cf. op. cit. págs. 158/159).

Na hipótese em exame, inversamente, postula o requerente a manutenção da situação retratada nos elementos gráficos acostados a fls. 191/213 sob o argumento de ter se constituído direito adquirido a pré-ocupação do imóvel, em desconformidade com as restrições do loteamento.

De acordo com o exame promovido pelo requerente, a edificação, anteriormente existente na Av. Brasil 1025, não atenderia aos recuos estabelecidos pelo loteador e foi, no entanto, aprovada pelos órgãos técnicos da Prefeitura, tanto a edificação primitiva, quanto a reforma recentemente efetuada pela TAGIZA S/A.

Nessas condições, o mesmo tratamento administrativo deveria nortear a aprovação da nova edificação.

No sempre invocado conceito de GABBA, verificamos que:

“è diritto acquisito ogni diritto, che è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell'attuazione di una legge nuova intorno al medesimo; e che, ai termini della legge sotto la quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquisitato” (Teoria della retroattività delle leggi, 3^a ed., vol. I/191).

Ora, se a edificação anteriormente existente foi irregularmente

aprovada, já que, de acordo com o requerente, não atendia aos recuos exigidos, não há falar-se em direito adquirido à manutenção da irregularidade.

Direito adquirido pressupõe legalidade.

Verificando os dados relativos à legislação de uso e ocupação do solo, temos que apenas entre 1982 e 1985 não prevaleciam as restrições de loteamento, no local, por tratar-se de Corredor de Uso Especial Z8CRI I (cf. item VI).

Todavia, as edificações a que se refere o requerente não foram erigidas nesse período.

Na lição, tantas vezes invocada, do saudoso HELY LOPES MEIRELLES, a pré-ocupação regular configura "direito adquirido à sua permanência e continuidade nas condições originárias, isto é, sem possibilidade de ampliação da atividade ou de renovação das construções, instalações ou equipamentos desconformes, ou de transferência voluntária a terceiros" (cf. Direito de Construir, RT, 4ª ed., pág. 108).

Contrariamente a esse ensinamento, verifica-se que, *in casu*, as construções anteriormente existentes foram demolidas, ampliada irregularmente a área construída, que ora abrange 1.028,85 m², conforme indicação constante da planta apresentada pelo requerente a fls. 21/25.

Por último, convém lembrar que licença de construção irregularmente concedida não gera direito adquirido, podendo ser infirmada pelo Judiciário. Nesse sentido, decisão da 1ª Turma do STJ, de 18.02.1991, no REsp. 2.696-São Paulo, Relator Min. Garcia Vieira, em que é recorrente GUAJARA S/A EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS e recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO:

"Alvará - Licença de construção - Expedição em desobediência à lei - Ausência de direito adquirido - Nulidade.
Administrativo. Licença de construção. Direito de construir. Alvará expedido em desobediência à lei. Negado provimento a agravo de instrumento interposto contra concessão de liminar, em ação civil pública, em andamento, não comporta recurso

especial. Não caracteriza divergência acórdão de pressupostos diversos: licença regularmente concedida anteposta a licença expedida contrariando normas municipais e federais. Alvará expedido sem obediência aos regulamentos não confere direito adquirido, podendo ser anulado. A continuidade da obra do agravante causaria danos irreversíveis à área atingida e tornaria impossível a sua recuperação, comprometendo o quadro ambiental e paisagístico” (BDM-out./91, pág. 611).

Competindo à Municipalidade de São Paulo o poder de polícia das edificações, não poderá aprovar a realização de obras em desacordo com as restrições de loteamento, nas zonas previstas no artigo 39 da Lei 8.001/73, com a redação dada pela Lei 9.846/85, sob pena de ficar sujeita a responder pelos prejuízos daí advindos, consoante entendimento contido na sentença proferida no Processo 521/89-9ª Vara da Fazenda Pública, publicada no DOE de 27.09.1993, da lavra do Juiz de Direito JOÃO ANTUNES DOS SANTOS NEGO, submetida presentemente ao crivo do segundo grau, da qual destacamos o seguinte:

“O loteamento onde se situa o imóvel novo que ensejou o presente, trazia no projeto de sua criação, fato bastante comprovado na escritura que acompanha a inicial, o apelo paisagístico de obediência obrigatória, consistente em recuo lateral entre prédios construídos em lotes vizinhos.

E isto foi completamente desobedecido, posto que a nova edificação apóia-se por completo nos limites laterais do lote.

Sua altura, também, é afrontadora ao exigido, tanto que vem subtraído da autora a fruição e o gozo completos de sua propriedade, esta sim, a exemplo da quase totalidade das construções tidas na vizinhança, obedientes à normatização pré-estabelecida.

Tais fatos vêm estampados no laudo, às fls. 328, onde o louvado afirma que a obra dos co-réus Paulo e Maria “não obedeceu a um mínimo de um metro de cada uma das divisas laterais”.

E, por omissão, no mínimo, pecou o Poder Público Municipal, a não proceder fiscalização no local e embargar a obra em seu início.

Retornando, não se diga que as restrições no loteamento seriam para ‘não se desvalorizar os lotes ainda não vendidos’,

posto que confirmam em vigor e devem, expressa e literalmente, ser respeitadas, inclusive, pelos sucessores dos originais adquirentes.

Trata-se de preocupação urbanística destinada a valorizar a qualidade de vida, coisa rara neste país.

Qualidade de vida dos moradores do logradouro e daqueles que por ali passam, que também são agredidos pela poluição visual.

A ação procede totalmente e a demolição é de rigor. (cf. xérox a fls. 371/375).

F - CONCLUSÕES

Sintetizando o exame dos pontos questionados pelo requerente, temos que:

1º) Em que pese alienado em 11.11.1935, como bem individuado, anteriormente à inscrição do loteamento Jardim América no Registro de Imóveis, realizada em 13.06.1938, o Lote 2 da Quadra 42 integra o loteamento, resultante de regular parcelamento do solo, aprovado pela Prefeitura Municipal de São Paulo, nos termos do Ato 1016, de 11.12.1916, que legitimou o registro da área parcelada, autorizando a sua individualização.

2º) A alienação de parte da área do lote 2 da Quadra 42 foi prevista expressamente na escritura de compra e venda, bem como a manutenção das cláusulas restritivas (cf. exame da escritura, item VIII).

3º) A adequação da planta da Quadra 42 não interferiu nas características do Lote 2, pois a alteração promovida referiu-se unicamente ao Lote 6, anexado à área interna da quadra e respectiva viela com frente para a Praça Califórnia, passando a constituir lote com 21.115 m², conforme Alvará de Licença nº 2084, série 14, de 06.06.1962 (cf. fls. 331/336). Quanto às características peculiares da Quadra, ressalta o tombamento do edifício da Sociedade Harmonia de Tênis, pela Resolução SC 34, de 11.11.92 do CONDEPHAAT, e pela Resolução 31/CONPRESP/92 (cf. item VII).

4º) O Dec. Lei nº 58/37 não alterou o sistema de registros, então em vigor, conforme ressalvado no seu artigo 8º, mantidas, portanto, a validade e eficácia das restrições convencionais anteriormente estabelecidas nas

escrituras públicas, registradas no R.I. competente, até porque, mantidas na inscrição do loteamento, efetuada em 13.06.1938.

5º) Diversamente do sistema francês, no qual é suficiente a aprovação pela Prefeitura do Cahier de Charges du Projet de Lotissement, no nosso sistema, instituído pelo Código Civil, a partir de 1917, que tornou o registro de imóveis uma instituição pública, com a função de operar a transmissão de domínio, por ser considerado um dos meios aquisitivos da propriedade (art. 530, I, 533), as restrições de loteamento, estabelecidas no plano aprovado pela Prefeitura, deverá constar ao menos da primeira escritura do lote outorgada pela loteadora e produzirá efeitos **erga omnes** tanto que registrada no Registro de Imóveis, constituindo o assento de verificação da cadeia dominial das áreas parceladas, que é regida pelos princípios fundamentais dos direitos reais (publicidade, continuidade, especialidade e legitimação). Portanto, o **documento público** a que se refere a norma municipal é a **escritura pública, registrada no R.I. competente.**

6º) Não há situação que se possa caracterizar como decorrente de direito adquirido à pré-ocupação. não apenas por que direito adquirido presuppõe legalidade, como também por que, demolida a edificação, a obra realizada não mantém as dimensões da construção anteriormente existente. Compete ao poder público municipal, no exercício regular de seu poder de polícia, impedir que edificações sejam erguidas com desobediência das normas urbanísticas, visto que, por tratar-se de normas de ordem pública, poderá vir a ser responsabilizada pelos prejuízos que da edificação irregular possam advir à coletividade.

Se a atual norma urbanística municipal, estabelecida em função do interesse público, dispõe que, nas zonas indicadas, prevalecem as restrições de loteamento mais severas do que as fixadas pela legislação de uso e ocupação do solo, desde que constantes de documento público, registrado no R.I. (cf. art. 39 da Lei 8.001/73, com a redação dada pela Lei 9.846 / 85), é irrelevante para sua validade e eficácia o fato de terem sido convenionadas anteriormente à vigência da lei que instituiu um registro especial, para inscrição de loteamentos, com a finalidade de preservar direito dos adquirentes de lotes.

G - DAS PROVIDÊNCIAS A SEREM ADOTADAS

Em razão do exposto, considerando os elementos contidos nos processos administrativos, os fatos e circunstâncias analisados, entendemos que:

1. Improcedem as razões que embasaram a impugnação, habilmente articulada pelos nobres patronos do requerente, contra as exigências formuladas pelo APROV, sustentadas nos pareceres de fls. 123/125 e 155/159, que se nos afiguram incensuráveis, elaborados pela douta Procuradora Municipal, Dra. Zulmira Monteiro de Andrade Luz, DD, Assistente Jurídica da SEHAB.

2. Em conseqüência, superado o questionamento jurídico, com a prolação de despacho decisório indeferindo a pretensão, o requerente deverá ser comunicado para apresentar projeto substitutivo, amoldado às alterações determinadas pelo CONDEPHAAT/CONPRESF, consoante documentos e elementos gráficos constantes de fls.161/164, bem como do P.A.28.000.951-95*21 (fls.04 e segs.), decorrentes do tombamento, bem como às exigências das restrições convencionais de loteamento, relativas a recuos, dimensionamento de lote, taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, altura e número de pavimentos da edificação, na forma do disposto no artigo 39 da Lei 8.001, de 24.12.1973, com a redação dada pela Lei 9.846, de 04.01.1985.

3. Em face dos documentos constantes de fls. 61/67, e do teor do informado a fls. 72/111, dando conta de graves irregularidades perpetradas no âmbito do 4º Cartório de Registro de Imóveis da Capital, ainda que não tenham se consumado os delitos tipificados nos artigos 299 e 304 do Código Penal, graças às diligências prontamente encetadas pela Senhora Assessora Jurídica da SEHAB, Procuradora Municipal, Dra. ZULMIRA MONTEIRO DE ANDRADE LUZ (cf. fls. 68/71), entendemos constituir dever impostergável do Senhor Secretário da Habitação formalizar, por ofício, a comunicação do ocorrido à Corregedoria Geral da Justiça, para adoção das medidas correccionais necessárias, sem prejuízo de subseqüentes providências da administração visando a apuração de eventual ilícito penal, ainda que tentado.

Essas as conclusões, que submetemos ao criterioso exame de Vossa Senhoria, propondo, na hipótese de seu acolhimento, seja o presente processo encaminhado à SEHAB, a fim de que tenham prosseguimento as providências, na forma sugerida.

ALICE BARINI GUERRA DE OLIVEIRA
Procuradora Municipal
AJC/PGM

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Fiscal

*CONTRA- RAZÕES DA MUNICIPALIDADE EM
EMBARGOS À EXECUÇÃO DE IMPOSTO PREDIAL E
TERRITORIAL URBANO, JOCKEY CLUB DE SÃO
PAULO: ALEGADA “INTRIBUTABILIDADE” DO
HIPÓDROMO. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE
DE TEXTO LEGAL EXPRESSO PARA CONCEDER O
BENEFÍCIO FISCAL*

José Marcos Sequeira de Cerqueira - Procurador Municipal

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES
FISCAIS MUNICIPAIS - SEÇÃO DE EMBARGOS

AUTOS nº 523.526-1-17/88 e apensos

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por seu procurador, nos autos dos embargos à execução opostos pelo JOCKEY CLUB DE SÃO PAULO, tendo sido intimada pessoalmente do r. despacho de fls. 349 em 16.12.94

(MI nº 051/94), vem, respeitosamente, no prazo legal (1º dia útil após as férias forenses), oferecer as suas contra-razões ao recurso de apelação interposto pela embargante, nos termos das razões anexas, que ficam fazendo parte da presente para todos os efeitos legais.

N. termos, processado na forma da lei, aguarda a oportuna remessa dos autos ao E. Primeiro Tribunal de Alçada Civil e requer seja negado provimento ao recurso de apelação interposto.

P. deferimento.

São Paulo, 1º de fevereiro de 1995.

JOSÉ MARCOS SEQUEIRA DE CERQUEIRA
Procurador do Município
OAB/SP 105.103

CONTRA-RAZÕES DE APELAÇÃO

(Autos nº 523.526-1-17/88)

Pela Municipalidade de São Paulo

Egrégio Tribunal!

Colenda Câmara!

A exeqüente, ora apelada, ajuizou execução fiscal visando a cobrança de dívida ativa que tem como origem os créditos tributários decorrentes de IPTU e taxas incidentes sobre o imóvel de propriedade da apelante.

Citada e regularmente intimada da penhora realizada, a embargante opôs os presentes embargos alegando, em síntese, a ocorrência de coisa julgada e a "intributabilidade" de seu patrimônio.

A r. sentença de fls. 197/203, que julgou procedente o pedido para acolher a alegação de coisa julgada, foi integralmente reformada pelo v. acórdão de fls. 281/284, de lavra do eminente Juiz Mendonça de Barros, que a cassou, afastou aquela preliminar e determinou o julgamento de mérito dos embargos.

Os autos baixaram ao D. Juízo "a quo", que proferiu a r. sentença de fls. 293/300 e julgou improcedentes os embargos, uma vez que não se pode conceber isenção ou imunidade sem previsão legal.

Irresignada, recorre a embargante suscitando (ao que parece), preliminarmente, a nulidade da r. sentença, e, no mérito, com fundamento em argumentos injurídicos, pleiteia a sua reforma e a inversão dos ônus de sucumbência.

Em que pese o esforço dialético da apelante, conforme se demonstrará a seguir, as suas razões não procedem, devendo, pois, ser improvido o recurso.

DA PREVENÇÃO

Preliminarmente, nos termos do que dispõe o Regimento Interno do Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil, a apelada requer seja anotada a prevenção da Colenda Sexta Câmara, que julgou o recurso de apelação nº 505.819-9, conforme v. acórdão de fls. 281/284, sendo relator o ilustre Juiz Mendonça de Barros.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE E DO ALCANCE DO PRESENTE RECURSO

De início, Egrégio Tribunal, cumpre destacar que não há nulidade alguma na r. sentença recorrida, uma vez que a questão de mérito, ligada à possibilidade de se tributar o imóvel de propriedade da apelante, foi devidamente decidida pelo MM. Juiz sentenciante, que analisou todas questões levantadas pelas partes e concluiu pela improcedência dos embargos, pois não se admite, no nosso sistema legal, imunidade ou isenção sem previsão legal.

Desta forma, apreciadas todas as questões e fatos suscitados, "O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando

já tenha motivo suficiente para fundar a sua decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos" (RJTJESP 115/207), sendo certo, ainda, que se a apelante vislumbrava omissão no julgado, deveria ter utilizado o recurso próprio e interposto, oportunamente, embargos de declaração (Nesse sentido, RT 607/141).

E mais, por força do disposto no art. 515, § 1º e § 2º, do Código de Processo Civil, toda a matéria discutida nos autos estaria devolvida por inteiro a esse Egrégio Tribunal caso a apelante a tivesse suscitado ou impugnado em suas razões recursais.

Como a apelante não interpôs embargos de declaração e tampouco desenvolveu inteiramente a matéria em suas razões, não há como se possa apreciar tais questões, sequer indicadas no recurso, pois em nosso Direito Processual Civil vige o princípio "**tantum devolutum tantum appellatum**".

Em resumo, não há nulidade alguma a ser reconhecida, restando a presente apelação limitada apenas às questões ventiladas pela apelante em suas razões recursais, estando as demais preclusas!

DO MÉRITO

No mérito, o presente recurso também deverá ser improvido, uma vez que a conclusão alcançada na r. sentença é correta e não merece reparos.

Neste aspecto, a apelante, no seu inconformismo, limitou-se a tecer considerações históricas a respeito da atividade que desenvolve, sua finalidade e suposta importância, não abordando, portanto, qualquer fundamento legal ou jurídico que pudesse aparelhar a sua pretensão, ou seja, a r. sentença concluiu que não se admite, no nosso sistema legal, imunidade ou isenção sem previsão legal, e a apelante não foi capaz de citar um dispositivo de lei sequer que embasasse conclusão diversa.

Isto porque de imunidade não se trata, pois a apelante não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas na Constituição Federal.

Sem lei, não há isenção.

E de não-incidência não se cogita, pois o fato gerador ocorreu, uma vez que a apelante é a legítima proprietária e possuidora do imóvel tributado, tendo sido regularmente constituído o crédito tributário.

Na verdade, Egrégio Tribunal, afastada de uma vez por todas a ocorrência de coisa julgada, o único ponto a que se apega a apelante em suas razões recursais é aquele referente a existência de uma alegada "intributabilidade" do seu patrimônio em decorrência de cláusulas contidas na escritura de doação do imóvel firmada nos idos de 1.935/36 e que em nenhum momento prevê a concessão de isenção, benefício que necessariamente dependeria de autorização legal. Para tanto, basta ler atentamente os termos da referida escritura (fls. 17/39 e 41/50) para perceber que não há uma palavra sequer relativa à situação tributária do imóvel doado.

Em suma, como bem destacado na r. sentença recorrida, não há nos autos qualquer prova de que a embargante seja beneficiada por imunidade ou isenção, mesmo porque as cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade anexadas à de reversão que gravam o bem imóvel de propriedade da apelante não levam a qualquer benefício fiscal.

Ora, no presente caso não apenas inexistente lei isentiva, requisito indispensável para isenção, face ao contexto jurídico legal vigente desde o advento do Código Tributário Nacional, mas, ao contrário, há lei expressa em sentido contrário, pois o Código Tributário do Município de São Paulo, Lei Municipal nº 6.989/66, em seu art. 200 estabelece: "**Revogam-se todas as isenções não constantes desta lei**" (grifamos).

Como é cediço, o Código Tributário Nacional é expresso ao dispor que a isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo o caso, o prazo de sua duração (arts. 97 e 176).

Tal lei, que beneficie a apelante e atenda os requisitos previstos na Lei Complementar, não foi invocada porque efetivamente não existe!

O fato é que somente a lei é quem pode imunizar, isentar ou anistiar, jamais mera doação com encargos, clausulada com reversão. Em outras palavras, como já dito no v. acórdão de fls. 281/284, pela legislação em vigor à época dos lançamentos havidos, não mais se sustenta imunidade ou isenção por hipótese, ilação ou interpretação de texto, mas é necessário texto legal expresso, "ex-vi" do que dispõe a Constituição Federal.

Nesse sentido, apreciando questão idêntica, entre as mesmas partes, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal na oportunidade do julgamento do ERE nº 83.225, "in verbis":

"Pelo direito vigente, confortado por sistematização doutrinária indiscrepante, a chamada intributabilidade dos bens do embargante traduziria, ou imunidade, ou isenção, ou não-incidência. A imunidade restringe-se aos casos previstos na Constituição, enquanto a isenção depende de lei, que não se invoca. De não incidência, por óbvio, não se cogita na espécie.

Resta a hipótese de dever, tal intributabilidade, significar incoerência de fato gerador, pela consideração, muito discutível de pertencer o imóvel, na realidade, ao município, dele tendo a embargante mero uso, como chegou este a alegar na causa precedente, segundo se vê do relatório da sentença anterior (fls. 67-v).

Mesmo que assim se deva entender a intributabilidade afirmada na sentença anterior, não pode ela prevalecer contra a letra expressa do art. 32 do Código Tributário Nacional, que faz compreender no fato gerador do imposto predial, não apenas a propriedade e o domínio útil, mas também a posse de bem imóvel. Merece lembrada a lição do notável e saudoso Aliomar Baleeiro, no sentido de que, se a posse está em mãos de terceiros, pouco importa que o titular do domínio goze de imunidade fiscal em relação aos seus bens (Direito Tributário Brasileiro - 9ª edição, págs. 146 e 142).

Segundo nossa jurisprudência, a coisa julgada não impede que lei nova passe a reger diferentemente os fatos ocorridos a partir de sua vigência. É o que se dá na hipótese, pois os tributos referem-se ao exercício de 1969, posterior ao advento do Código Tributário Nacional" (Grifamos).

E mais, mesmo que assim não fosse e por absurdo se admitisse ser o caso de isenção, ainda assim o benefício não poderia ser deferido, posto que o Código Tributário Nacional, em seu art. 179, condiciona a concessão do benefício à existência de prévio requerimento administrativo, que deve ser renovado anualmente, devendo ser comprovado o atendimento das condições e dos requisitos legais. Tal requerimento jamais foi formulado pela apelante, certamente por saber ser destituído de qualquer amparo legal.

Afastadas, por conseguinte, as hipóteses de isenção e imunidade, bem como a de não incidência, que por óbvio não se trata, não há como se possa sustentar a pretensão da apelante.

Note-se, ademais, que o termo "intributabilidade" utilizado pela apelante foi retirado do contexto de uma decisão judicial que tratou de questão totalmente diversa da aqui versada e que foi proferida anteriormente à reforma tributária instaurada a partir de 1967, sendo que tal "intributabilidade" (expressão vaga e genérica), como bem ressaltado no v. acórdão de fls. 281/284, incluiria até mesmo as taxas de contraprestação de serviços que até mesmo essa Corte paga.

Ora, a parcela da dívida relativa às taxas é justamente aquela incontroversa, razão pela qual, de qualquer forma, com relação a estas a execução deverá prosseguir até seus ulteriores termos, uma vez que estão clara e individualmente discriminadas no título executivo. Nesse sentido, STJ - 1ª Turma, REsp. nº 42.439-9/SP, rel. Ministro Humberto de Barros, j. em 17.08.1994, deram provimento. V.U. DJU de 19.09.1994, a respeito de que, caso seja declarada incobrável a parcela da dívida resultante do imposto, a execução continuará, aproveitando-se a certidão, na parte relativa às taxas.

Para encerrar, destaca a apelada, mais uma vez, que é totalmente irrelevante para o deslinde da questão os dados informativos e históricos

suscitados pela Apelante em suas razões recursais, uma vez que nos casos de isenção ou de exclusão do crédito tributário, por força do que dispõe o art. 111 do Código Tributário Nacional, a legislação tributária se interpreta literalmente.

Cabe, então, nesta oportunidade, ressaltar também os ensinamentos de Geraldo Ataliba, in "Interpretação do Direito Tributário", ed. 1975, Saraiva, p. 65, "verbis":

"A interpretação do sistema constitucional deve ser jurídica. Os dados econômicos, sociais e políticos poderão informar o legislador na fase pré-jurídica. Mas o jurista, no trabalho de interpretação da norma, não considerará os aspectos econômicos, políticos e sociais da referida norma."

A interpretação, como visto, no Direito Tributário deve ser restritiva. Na espécie, ocorrido o fato gerador do IPTU, tributo de natureza direta, não cabe elocubrar acerca da finalidade da entidade, se a sua atividade visa lucro ou não.

Concluindo, as razões expendidas pela apelante são impertinentes e irrelevantes à composição da lide, mesmo porque destituídas de qualquer amparo legal.

Desta forma e em obediência ao princípio da estrita legalidade, o Fisco somente poderá reconhecer ou conceder qualquer benefício por força de vontade constitucional ou mediante autorização legal, estando vedada fora desses casos, a concessão de qualquer privilégio, a quem quer que seja, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Finalmente, a apelada pede vênia para fazer suas as palavras do ilustre relator da apelação nº 505.819-9, Juiz Mendonça de Barros, que com todo o acerto afirmou:

*"É simplesmente um inaceitável privilégio manter-se o **status quo** atual de não pagamento, e nesta altura da evolução social, em que há, com razão, grande preocupação da Ética nos negócios públicos, não se sustenta imunidade ou isenção por hipótese, ilação ou interpretação de texto, mas é necessário ato legal expresso."*

Em suma, o Jockey Club de São Paulo não goza de nenhum benefício fiscal e deve ser tributado como todos os demais contribuintes, sendo totalmente legítima a exação!

Comprovada que está a legalidade dos lançamentos e da cobrança dos tributos em questão, a pretensão da embargada mostra-se legítima e está embasada nos arts. 18, I, e 24, I, da Emenda Constitucional nº 01/69 e arts. 145, II e 156, I, da Constituição Federal de 1988, bem como nos arts. 32 e 37 do Código Tributário Nacional e nos arts. 20, 23, 86 e 91 da Lei Municipal nº 6.989/66 e art. 1º da Lei Municipal nº 8.822/78.

Entender o contrário, com o devido acatamento, é violar os dispositivos constitucionais citados e negar vigência à legislação correlata.

N. termos, reiteradas todas as manifestações anteriores, como se aqui estivessem transcritas e fazendo parte integrante da presente contra-razões, e invocando os elevados subsídios que possam ser expendidos pela D. Turma Julgadora, a Municipalidade de São Paulo aguarda, serenamente, seja negado provimento ao recurso de apelação interposto, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

É o que fica requerido,
por ser medida de
JUSTIÇA!

São Paulo, 1º de fevereiro de 1995.

JOSÉ MARCOS SEQUEIRA DE CERQUEIRA
Procurador do Município
OAB/SP 105.103

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Judicial

**INFORMAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO
PREVENTIVO. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO
DECRETO Nº 34.836 DE 31 DE JANEIRO DE 1995. RESTRIÇÃO
AO FUMO EM BARES E RESTAURANTES NO MUNICÍPIO DE SÃO
PAULO**

Nancy Al-Assal – Procuradora Municipal

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública

Proc. no 225/95
MANDADO DE SEGURANÇA

O SECRETÁRIO DAS ADMINISTRAÇÕES REGIONAIS, prestando as informações requisitadas através do ofício no 318/95 e, a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua procuradora, requerendo seu ingresso no feito na qualidade de assistente litisconsorcial passiva, vêm, respeitosa-

mente, à presença de V.Exa., nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO impetrado por FEDERAÇÃO DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DO ESTADO SÃO PAULO, expor e requerer o quanto segue:

I - DA SEGURANÇA IMPETRADA

Trata o presente de Mandado de Segurança Coletivo Preventivo, impetrado, de conformidade com a inicial, com fundamento nos artigos 5º, incisos LXIX e LXX, e 8º, III da Constituição Federal, na Lei 1.533/51, no artigo 74, inciso III da Constituição do Estado de São Paulo e art. 2º, letra "a" do Estatuto Social da Federação de Hotéis, Bares e Similares do Estado de São Paulo, objetivando a concessão em definitivo da segurança à categoria que representa, para que seja isenta de obediência das proibições "ilegais" e "inconstitucionais" previstas no Decreto nº 34.836/95, bem como seja a autoridade apontada como coatora impedida definitivamente de exigir seu cumprimento e de proceder qualquer autuação fiscal (sic. fls. 30 da inicial).

Discorre, em primeiro lugar, acerca de sua legitimidade ativa para o ingresso do "mandamus" coletivo, aduzindo ser entidade sindical, reconhecida legalmente pelo Departamento Nacional do Trabalho, por carta sindical expedida em 28/8/1987.

Invoca, ainda, os artigos 8º, inciso III da Constituição Federal e art. 2º, letra "a" do Estatuto Social, com vistas a justificar a impetração coletiva, alegando, ainda, estar diante de interesse coletivo da categoria que representa.

Prossegue, dizendo que por força de dispositivos constitucionais, os sindicatos têm legitimação extraordinária para defender em juízo os interesses coletivos e individuais de seus associados.

Em citações de renomados doutrinadores, conclui que as decisões que beneficiam a categoria, em casos de ações propostas pelo Sindicato, devem ser estendidas à toda ela, independentemente de filiação ao Sindicato, que diz ser livre, nos termos do art. 8º, da CF.

Discrimina, ainda, serem todos os estabelecimentos integrantes da categoria, "sócios contribuintes sindicais", previsto no art. 5º, III dos Estatutos, ao lado daqueles filiados voluntariamente, chamados de "sócios contribuintes efetivos" (art. 5º, inciso II dos Estatutos).

Conclui, ademais, tratar-se de legitimação extraordinária ou substituição processual e não de representação, face à autorização genérica (grifos nossos) dada em Assembléia Geral pelos associados, bem como autorização constitucional existente.

Afirma ser inquestionável a sua legitimidade para impetração do Mandado de Segurança coletivo com vistas a evitar que a fiscalização municipal exija o cumprimento do Decreto que acima de ilegal e inconstitucional, além de arguir prejuízos causados à categoria que representa.

Em considerações preliminares, transcreve o Decreto Municipal nº 34.836, de 31 de janeiro de 1995, citando, pois, o art. 7º, com vistas a demonstrar o cabimento do "writ" em face da autoridade apontada como coatora.

Avançando-se na leitura da inicial, verifica-se que o Decreto nº 34.836, de 31 de janeiro de 1995 que dispôs sobre a restrição ao tabagismo, segundo o impetrante, não pode subsistir, pois afronta o princípio da legalidade, indo além da faculdade regulamentar.

Acerca da faculdade regulamentar, discorre o autor, socorrendo-se da citação de renomados juristas em defesa de sua tese.

Afirma, veementemente, ser ilegal e inconstitucional o aludido decreto. Ilegal, porque entende ofender a Lei Municipal nº 10.862, de 04 de Julho de 1990. Inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade, livre iniciativa e direitos individuais.

Ao manifestar seu inconformismo com a edição do Decreto nº 34.836/95, volta-se em defesa dos fumantes, e da situação constrangedora que entende estarem sujeitos caso não resistirem à vontade de fumar.

Demais disso, repete que o decreto não encontra amparo na lei, que se limitou a exigir dos bares, restaurantes e congêneres, com área superior

a 100 m², espaço reservado aos não-fumantes, *nunca inferior a 50% da área de consumação do público.* (grifos constantes do original)

Salienta, outrossim, na inicial, que os bares, restaurantes etc., com área inferior a 100 m² (cem metros quadrados), sendo a maciça maioria dos filiados do impetrante, de conformidade com a Lei Municipal nº 10.862/90, não estavam sequer obrigados a manter áreas de não fumantes, estando, agora, com sua situação totalmente alterada, visto estar o fumo neles absolutamente proibido.

Ainda, diz que o Decreto nº 34.836/95, em seu art. 6º, aumentou a multa prevista no art. 5º da Lei nº 10.862/90 de 07 para 10 UFMs, insurgindo-se, mais uma vez, contra o aludido diploma legal que, conforme adiante será cabalmente demonstrado, nada tem de ilegal, cumprindo sua função regulamentadora, face às leis municipais vigentes que dispõem acerca da restrição ao fumo.

Continua o impetrante, na inicial, a atacar o referido decreto, discorrendo acerca de seu caráter que entende ser abrangente, mesmo transcrevendo a lei 9.120/80, atualmente em vigor, que determina, em seu artigo 1º, a proibição de fumar em estabelecimentos públicos fechados, exemplificando, em seus incisos, os locais onde tal vedação incide.

Prossegue, em defesa de seus argumentos, historiando a legislação municipal que regulamenta o tabagismo, demonstrando, mais uma vez, o conhecimento dessa legislação, insistindo que o mencionado decreto não deve ter seu cumprimento exigido pela autoridade impetrada, por ser ilegal.

Como supedâneo de sua argumentação em defesa do direito de fumar nos restaurantes, utiliza-se, impropriamente, do art. 3º, da Lei Municipal nº 9.120/80, que prosseguindo-se na leitura da inicial, o mesmo autor entende estar referido diploma legal revogado.

Com vistas a justificar a ofensa ao princípio da livre iniciativa, argumenta que tal medida poderá provocar queda no faturamento de até 60% (sessenta por cento), dizendo que o fumante pensará duas vezes antes de sair para jantar fora.

Para o fim de defender as "liberdades individuais", invoca a liberdade de fumar, caso se queira, afirmando que existindo possibilidade de se separar fumantes de não-fumantes, tal liberdade individual não entraria em choque com o interesse coletivo, entendendo como tal a saúde pública.

Questiona-se, com o objetivo de obstar as determinações do decreto ora em exame, a competência do Município para legislar acerca do assunto.

Ao final, requer a liminar e a concessão em definitivo da ordem.

O feito processa-se com liminar.

Contudo, a argumentação expendida na inicial, não tem o condão de conduzir à segurança pretendida, na medida em que será demonstrada a legalidade do Decreto nº 34.836/95 e sua consonância com o ordenamento jurídico, que permitirão, sem suscitar dúvida alguma, a denegação da ordem rogada.

II - PRELIMINARMENTE

a) DA LITISPENDÊNCIA

Na definição do art. 301, parágrafos 1º e 3º, do Código de Processo Civil, a litispendência ocorre quando há a repetição da ação que está em curso.

O parágrafo 2º do citado artigo, por sua vez, dispõe que uma ação é igual a outra quando há as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido.

Ora, aplicando-se ao caso concreto os conceitos acima explicitados, não se afigura difícil constatar a existência de litispendência, visto que a ação mandamental proposta pela FEDERAÇÃO DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DE SÃO PAULO é idêntica à anteriormente ajuizada pelo SINDICATO DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DE SÃO PAULO.

Tal constatação evidencia-se com a leitura das petições iniciais das entidades acima elencadas, cuja cópia da petição e respectivo estatuto da entidade Sindical pedimos vênha para juntar às presentes informações.

Não há que se cogitar, por óbvio, com vistas a afastar a litispendência que ora se caracteriza, não se tratando das mesmas partes proponentes do "writ".

Na verdade, não se tratam de partes distintas que ajuízam a mesma ação, mas de entidades idênticas, que apenas têm seu grau de abrangência alterado, que no caso da FEDERAÇÃO, está legitimada a agir e representar seus filiados, S.M.J., no âmbito de todo o território deste Estado.

Porém, em que pese a maior abrangência da impetrante, posto que assiste a seus filiados em todo o Estado de São Paulo, cumpre salientar que, neste "mandamus", abarca somente os estabelecimentos existentes no Município de São Paulo, ou seja, os mesmos associados do SINDICATO DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DE SÃO PAULO.

Desta forma, a identidade de partes é plenamente caracterizada, na medida em que o menor está abrangido pelo maior.

E tal comportamento, segundo o ordenamento jurídico atualmente em vigor, é atentatório ao princípio da lealdade processual, ensejador, inclusive, de aplicação de pena de litigância de má-fé, que, segundo as recentes alterações ocorridas no Código de Processo Civil, poderá ser decretada de ofício, consistindo em flagrante abuso do Poder Judiciário, na medida em que estamos diante de duas ações absolutamente idênticas, ajuizadas pelas mesmas partes, com o mesmo objetivo, sendo que na primeira, já se tem o pronunciamento do Egrégio Tribunal de Justiça, com a SUSPENSÃO DA LIMINAR já decretada.

Mesmo que assim não fosse, o Prof. Arruda Alvim assim nos ensina, em relação à litispendência:

"O n. III do art. 282 exige, para aptidão da inicial, que se indiquem claramente quais são os fatos e os respectivos fundamentos jurídicos do pedido. A referência feita pelo legislador a fatos ("fatos jurídicos") demonstra que o sistema adotou a teo-

ria da substanciação (*relação jurídica de conflito de interesses imantado ou emergente de fatos*), que se opõe à da individuação (*relevante seria só a relação jurídica, praticamente prescindindo-se dos fatos*).

Uma das conseqüências práticas importantes decorrentes dessa teoria adotada pelo Código - em nosso sentir a única realizável ou "verdadeira" - é a de que, embora modificando o autor o nome da ação, porque será caso de litispendência, se a ação primitiva estiver ainda em curso, ou então de coisa julgada, se a primeira decisão já tiver transitado em julgado." (in: Manual de Processo Civil, vol. 2 - Processo de Conhecimento, Editora RT, 4a Edição, 1991, págs. 130/131)

Outrossim, acerca da litispendência aqui suscitada, a jurisprudência, ainda atual para o sistema vigente, apesar de ter ocorrido o julgamento na vigência do Código de Processo Civil de 1939, assim decidiu:

"LITISPENDÊNCIA - Ação de reintegração de posse objetivando impedir poluição de água - Coninatória ajuizada posteriormente pelo mesmo autor com a mesma finalidade - Coexistência de demandas com possibilidade de decisões contraditórias - Inadmissibilidade.

A não alegação de litispendência nos três primeiros dias para a contestação, não impede seja alegada nesta, como defesa direta.

O objetivo da litispendência é, justamente, impedir a coexistência de duas demandas, a possibilitar decisões contraditórias.

N. 76.585 - Jaboticabal - Agravantes: Francisco Carneiro de Albuquerque e outros - Agravado: José Corona.

ACÓRDÃO

"Mas, para a verificação de litispendência, o exato significado de <<ação>> não é atinente ao rito processual, à simples natureza da ação em seu significado restrito; sim à existência de outro procedimento, outra demanda, outra ação em sentido genérico, visando ao mesmo objetivo, na sua tríplice identidade: partes, coisa e <<causa petendi>>. Isso porque o objetivo da litispendência é, justamente, impedir a coexistência de duas demandas, a possibilitar decisões contraditórias, a final.

Na hipótese, evidente é a identidade de objetivo entre as duas demandas, ou ações: a possessória e a cominatória. Ambas têm as mesmas partes, o mesmo objeto, a mesma causa de pedir a prestação jurisdicional. E aquela, sobre ter sido anteriormente proposta, já está julgada em primeira instância, e em grau de recurso. O prosseguimento da cominatória posterior, é simples <<bis in idem>>." (RT 257/277)

Assim, à vista do até aqui exposto, aguarda-se o acolhimento desta preliminar, com o fim precluído de aplicar-se o disposto no art. 267, inciso V do Código de Processo Civil, extinguindo-se o feito, sem julgamento de mérito, aplicando-se, ainda, a pena de litigância de má-fé, face a deslealdade processual aqui configurada.

b) DA ILEGITIMIDADE ATIVA

AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES PARA O SEU EXERCÍCIO

No ordenamento jurídico em vigor, cada indivíduo, tendo interesse e legitimidade, proporá as ações que entende eficazes para proteção de seu direito individual.

A regra geral, portanto, é a de que somente está autorizado a demandar quem for o titular da relação jurídica de direito material, consagrando-se, assim, a legitimação ordinária.

Excepcionalmente, nos casos previstos em lei, como assim dispõe a parte final do art. 6º do Código de Processo Civil, permite-se que alguém, não sendo titular da relação jurídica de direito material, proponha ação visando a defesa de direito de outrem, a qual denomina-se legitimação extraordinária ou substituição processual.

A entidade impetrante fundamenta o mandado de segurança coletivo, nos dispositivos constitucionais constantes do artigo 5º, ou seja, incisos LXIX e LXX e art. 8º, inciso III, bem como na Lei nº 1.533/51 e art. 74, inciso III, da Constituição Federal.

Dessa forma, invocando, ainda, o art. 2º do seu Estatuto Social, que, segundo seu entendimento esposado na inicial, trata-se de autorização **genérica**, pretende configurar sua legitimação extraordinária para figurar no polo passivo da presente ação.

Além do mais, com vistas a demonstrar sua legitimidade na defesa dos interesses coletivos difusos, cita o Código do Consumidor e a Lei que disciplina a Ação Civil Pública, alegando que as decisões judiciais que beneficiem a categoria, devem ser estendidas a toda ela, independentemente de filiação ao Sindicato, que diz ser livre, nos termos do art. 8º, inciso III.

Ora, tal legitimação extraordinária, conferida pela Constituição de 1988 não é ilimitada, e nem tão abrangente, como pretende fazer crer a Entidade demandante.

Com efeito, em seu art. 5º, inciso XXI, determina a expressa autorização das entidades, com vistas a legitimação das mesmas em juízo.

Não há como supri-la, ante a autorização genérica contida no Estatuto Social da Federação, art. 2º, letra "a".

Na verdade, há a necessidade de assembléia geral autorizatória com o fim específico de ingresso do "mandamus" coletivo, individualizando-se os associados, para o fim específico de se determinar a quem se aproveita a decisão a ser proferida neste "writ".

Nesse sentido, assim recomenda a jurisprudência:

"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - Entidade Associativa - Impetração em nome dos associados - Necessidade de expressa autorização de cada um, seja a constante dos respectivos estatutos ou aquela deliberada por assembléia-geral especialmente convocada para esse fim - falta que implica carência da ação por ilegitimidade "ad causam" - Aplicação do art. 5º, inciso XXI, da CF." (RT 668/159)

"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - Impetração por associação - inexistência de vínculo com os fins associativos - Ausência de previsão estatutária ou autorização da assembléia para impetração inadmissibilidade - Requisito Imprescindível - Carência decretada de ofício.

ACÓRDÃO

Observa JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ("Do Mandado de Segurança Coletivo", ed. Forense, 1990, pág. 79) que

'a entidade - partido político, sindicato ou associação - não poderá ir a Juízo sem que, antes, seja convocada Assembléia- Geral, na qual a maioria dos seus membros esteja de acordo com a propositura da ação, devendo-se juntar à petição inicial transcrição da ata, em que foi dada a anuência; mandado de segurança coletivo impetrado sem documento hábil - a Ata da Assembléia - anexado à inicial, que comprove a anuência da maioria dos membros representados, equivale a petição de mandado de segurança simples, sem procuração do impetrante, outorgada ao Advogado, seu patrono." (JTACSP 140/122)

MANDADO DE SEGURANÇA - Coletivo - Sindicato - APEOESP - Interposição sem autorização emanada de assembléia geral - Necessidade - Segurança denegada - Recurso não provido - Votos vencedor e vencido.

Apelação Cível n. 193.816-1 - São Paulo - Apelante: Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado - APEOESP - Apelado: Secretário de Estado de Educação."(JTJ 158/102)

Assim, a Assembléia-Geral autorizadora da impetração coletiva, no presente caso, se faz mister, não se traduzindo em mero formalismo, na medida em que individualiza os associados que serão abrangidos pelo "mandamus", bem como legitima o Sindicato a postular em juízo o interesse de seus associados.

Outrossim, mesmo fundamentando a impetração no art. 8º, inciso III, da CF, não significa que a legitimação ativa seja ilimitada.

A lição do Prof. Octávio Bueno Magano afasta tal entendimento:

“Repudia-se, assim, a idéia de que o art. 8º, III exteriorize-se como consagração de substituição processual indiscriminada. Tal hipótese deve ser rechaçada porque o instituto em causa só se concebe como de aplicabilidade excepcional, cabível apenas nos casos expressamente mencionados e nos estritos termos das respectivas disposições legais.” (in: O Sindicato Perante a Justiça do Trabalho, apud Oswaldo Moreira Antunes, in Os Direitos Coletivos e a Substituição Processual do Sindicato nas Reclamações Individuais na nova Constituição, Revista Ltr, 54-4/411)

Demais disso, não se pode permitir que a decisão que beneficie os associados, deva ser estendida aos não filiados.

Com efeito, o Estatuto Social discrimina, em seu art. 6º, as categorias de associados, que se constituem em sócios fundadores, efetivos e beneméritos, não se podendo olvidar que para as duas primeiras categorias de associados, desde que em dia com as obrigações e deveres (art. 10, letra “c”), serão abrangidos pela decisão judicial que vier a ser proferida.

Necessária, assim, a Assembléia-Geral específica para o fim de autorizar a presente impetração, bem como a individualização dos associados e filiados, com vistas a fiel execução da ordem judicial emanada desse D. Juízo, para que não parem dúvidas, quando da verificação, pela Administração, de quem estaria legitimamente assistido pelo Sindicato da categoria.

Não se presta a fundamentar a extensão pretendida da decisão a ser proferida neste “writ”, a Lei que regulamenta a Ação Civil Pública, bem como o Código de Defesa do Consumidor, que versam sim sobre interesses difusos e coletivos, relativos ao consumidor, de que a presente ação não cuida e não se presta.

Assim, não se configurando um dos requisitos essenciais para a propositura da ação mandamental coletiva, qual seja, a expressa autorização dos membros da Federação para esse fim específico, que normalmente é veiculada através de Assembléia-Geral, bem como o rol de seus filiados não juntados aos autos, constata-se a ilegitimidade ativa da entidade postulante, sendo de rigor a extinção do feito, sem julgamento de mérito, de conformidade com o art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

c) DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR

Antes de se adentrar na análise do mérito, cumpre verificar se presente uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir.

Como é cediço, o mandado de segurança é ação documental, onde se comprova, de plano, o direito líquido e certo a ser protegido.

Nesse sentido, assim nos ensina o saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles:

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a *direito líquido e certo*, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, *direito líquido e certo é direito comprovado de plano*. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança." (in: "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Editora RT., 13ª Edição, 1989, págs. 13/14)

Portanto, a necessidade da medida judicial a ser interposta reside na comprovação, de plano, mediante prova documental, do direito líquido e certo que se visa a proteção.

Ora, da leitura da inicial, infere-se que, ao se insurgir contra o Decreto nº 34.836/95, a Federação impetrante alega ofensa aos princípios constitucionais de legalidade, liberdades individuais, e livre iniciativa, sem, contudo, comprovar, de plano, o direito violado e a ameaça de lesão.

Quanto à afronta a livre iniciativa, não comprova a assertiva de que o mencionado decreto, segundo projeções efetuadas (fls. 22 da inicial), provocaria uma queda no faturamento de 60% (sessenta por cento) do faturamento dos bares e restaurantes.

Limita-se, pois, a juntar recortes de jornais à inicial sem, contudo, preocupar-se em provar, documentalmente, suas alegações, mormente a queda do faturamento.

Aliás, corroborando essa assertiva, assim opina a Prof^ª. Dra. Odete Medauar, em seu brilhante parecer acerca da questão suscitada nestes autos:

"Aleatórias alegações de queda no faturamento ou redução de frequência mostram-se subjetivas e sem comprovação cabal, o que por si só já elide tal invocação em mandado de segurança, mesmo coletivo. O direito líquido e certo deve ser comprovado de plano, por prova documental, não alegações aleatórias." (grifos nossos)

Outrossim, funda a impetração na ofensa de liberdades individuais, ou seja, o direito de fumar.

Ora, saliente-se que tal questionamento transborda os estreitos limites da via mandamental coletiva, vez que totalmente dissociado dos objetivos da entidade demandante.

Assim, por todo o exposto, comprovada está a falta de interesse de agir do impetrante pelos seguintes motivos:

a) ausência de comprovação documental da queda do faturamento dos estabelecimentos de seus filiados alegada;

b) impossibilidade de utilização da via mandamental para a proteção de liberdades individuais dos fumantes, dissociando-se das finalidades do Sindicato delineadas em seu estatuto.

Mister, pois, a extinção do feito, sem julgamento de mérito, de conformidade com o art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

III - DO MÉRITO

Superada a análise das preliminares até aqui levantadas, no mérito, a impetração não merece acolhida, como a seguir se demonstrará.

Para melhor compreensão do debate que suscitado em juízo, a temática que o envolve será amplamente explicitada nos tópicos abaixo.

a) DA COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Tratando a matéria regulamentada pelo Decreto Municipal nº 34.836/95, de saúde pública, mister tecer algumas considerações acerca da competência do Município de São Paulo.

A Constituição de 1988 outorgou ao Município, competência para legislar sobre saúde pública em seu art. 23, inciso II, que assim dispõe:

"Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

.....
II - Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência."

Assim, referido artigo, conjugado com o art. 30, inciso I da CF que dispõe acerca da autonomia municipal para legislar sobre assuntos de seu peculiar interesse, patente é a competência municipal para zelar sobre saúde pública de seus municípios, utilizando de todos os meios legais decorrentes de seu intrínseco poder de polícia para preservar um ambiente saudável em recintos fechados.

Por seu turno, a Constituição Estadual, não difere, assim dispondo sobre a Saúde Pública:

"Artigo 219. - A saúde é um direito de todos e dever do Estado.

Parágrafo Único - O Poder Público Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

I - políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos.

Artigo 220 - As ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Parágrafo primeiro - as ações e os serviços de preservação de saúde abrangem o ambiente natural, os locais públicos e de trabalho" (grifos nossos)

Outrossim, a Lei Orgânica do Município de São Paulo, define a atuação Municipal na área de saúde, nos seguintes termos:

"Art. 213 - O município, com participação da comunidade, garantirá o direito à saúde, mediante:

I - políticas que visem ao bem estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade, a redução e a busca da eliminação do risco de doenças e outros agravos, abrangendo o ambiente natural, os locais públicos e de trabalho."

Ora, dentro dessa competência que lhe foi conferida, demonstrada pelos citados artigos constantes dos diplomas legais acima elencados, foi editado o Decreto nº 34.386, de 31 de janeiro de 1995, que regulamenta a Lei Municipal nº 10.862, de 04 de julho de 1990.

Tal decreto visa, enfim, disciplinar o uso do cigarro em ambientes fechados, tendo em vista os danosos prejuízos que causa à saúde da população, na sua maioria, "fumantes passivos".

Acerca da competência do Município para legislar sobre a matéria, saliente-se, por oportuno, mais uma vez, o entendimento da Prof^ª. Dra. Odete Medauar esposado em seu parecer:

"III - A competência do Município de São Paulo

2. Tratando o Decreto citado de restrição a fumantes em restaurantes e similares, deve-se verificar a questão da competência do Município na matéria.

Para tanto melhor parece recorrer ao texto da Lei Orgânica do Município (de 04 de abril de 1990) por expressar os preceitos da matéria decorrentes da repartição de competência prevista na Constituição Federal e preceitos da matéria decorrentes de dispositivos da Constituição do Estado de São Paulo.

Assim, o art. 160 da Lei Orgânica do Município reza o seguinte:

Art. 160 - O Poder Municipal disciplinará as atividades econômicas desenvolvidas em seu território, cabendo-lhes, quanto aos estabelecimentos comerciais, industriais, de serviços e similares, dentre outras, as seguintes atribuições:

.....
lII- fiscalizar as suas atividades de maneira a garantir que não se tornem prejudiciais ao meio ambiente e ao bem-estar da população.

Depreende-se, de modo claro, que se inclui na competência municipal disciplinar atividades de estabelecimentos comerciais e de serviços, industriais e afins, portanto, atividades econômicas, como as intituladas no capítulo respectivo da mesma Lei Orgânica.

Outro dispositivo da Lei Orgânica complementa o anterior em matéria de medidas atinentes à proteção à saúde da população. Trata-se do art. 212, dotado do seguinte teor:

Art. 212 - O Município, com participação da Comunidade, garantirá o direito à saúde, mediante:

I- políticas que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade, a redução e a busca de eliminação do risco de doenças e outros agravos, abrangendo o ambiente natural, os locais públicos e de trabalho;

Os dispositivos supracitados refletem a realidade contemporânea, sobretudo nas Administrações de grandes núcleos populacionais. As restrições ao exercício de direitos, de pessoas físicas, indústrias, estabelecimentos industriais e de serviços tendem a ampliar-se, quer na forma de proibições, quer na forma de "obrigações de fazer" dadas as condições de convivência nas grandes metrópoles. Basta lembrar as normas de trânsito, às referentes à poluição atmosférica, sonora, da paisagem, que expressam a evolução de novos ramos do Direito, como o direito urbanístico e o direito ambiental."

Assim, cabalmente demonstrada a competência do Município de São Paulo para dispor acerca da matéria constante do decreto que cuida de restrição ao fumo em restaurantes e similares, prosseguir-se-á a defesa nos tópicos que se seguem.

b) DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL EXISTENTE

É de se ressaltar que a restrição ao hábito de fumar não se configura nenhuma novidade, sendo que, no âmbito Municipal, desde 1950, o Poder Público preocupou-se em regular o uso do tabaco, e assim prosseguiu no exercício de seu dever de zelar pela saúde pública através dos anos que se seguiram, conforme demonstra abaixo o quadro da legislação Municipal existente.

LEIS

| NÚMERO | DATA | EMENTA |
|--------|----------|--|
| 3.938 | 8.9.50 | Proíbe o uso de fumo em veículos de transporte coletivos, elevadores de passageiros e salas de espetáculos e dá outras providências. |
| 8.421 | 14.7.76 | Proíbe o uso de fumo no interior de supermercados e lojas de departamentos e dá outras providências. |
| 9.120 | 14.7.80 | Proíbe o tabagismo nos locais que especifica, e determina outras providências. |
| 10.862 | 4.7.90 | Dispõe sobre a restrição ao tabagismo nos locais que especifica, e dá outras providências. |
| 10.863 | 4.7.90 | Acrescenta dispositivo ao artigo 1º da Lei nº 9.120, de 8 de outubro de 1980. |
| 11.404 | 9.9.93 | Acrescenta incisos ao artigo 1º da Lei nº 9.120, de 8 de outubro de 1980. |
| 11.467 | 12.1.94 | Proíbe a comercialização de cigarros, cigarrilhas, charutos e produtos de fumo dentro dos estabelecimentos da rede de ensino pública e privada e dá outras providências. |
| 11.657 | 18.10.94 | Acrescenta incisos ao artigo 1º da Lei nº 9.120, 8 de outubro de 1980. |

DECRETOS

| NÚMERO | DATA | EMENTA |
|--------|---------|--|
| 17.451 | 22.7.81 | Regulamenta a Lei nº 9.120, de 8 de outubro de 1980, que proíbe o tabagismo nos locais que especifica, e dá outras providências. |
| 29.014 | 6.9.90 | Regulamenta a Lei nº 10.862, de 4 de julho de 1990 |
| 34.835 | 18.1.95 | Proíbe o tabagismo nas dependências da Administração Pública Municipal Direta e Indireta e dá outras providências. |
| 34.836 | 31.1.95 | Regulamenta a Lei nº 10.862, de 4 de julho de 1990, que dispõe sobre a restrição ao tabagismo nos locais que especifica. |

c) DA PESQUISA EFETUADA

Visando atender aos anseios da população do Município de São Paulo, a Administração realizou uma pesquisa, através da empresa Anhembí Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo, para consulta prévia acerca da opinião da Lei Anti-Tabagismo em Restaurantes e Lanchonetes no âmbito Municipal, na qual foram colhidos os seguintes dados:

Número de pessoas pesquisadas: 98.085
Quantidade de Locais Pesquisados: 5.037

GERAL

| | | |
|--------|--------|--------|
| FAVOR | 76.740 | 78,23% |
| CONTRA | 21.345 | 21,77% |

HOMENS

| | |
|--------|--------|
| FAVOR | 34.620 |
| CONTRA | 9.767 |

MULHERES

| | |
|--------|--------|
| FAVOR | 42.120 |
| CONTRA | 11.578 |

obs: DE CADA QUATRO FUMANTES, TRÊS SÃO A FAVOR DA PROIBIÇÃO.

Ressalte-se que os dados acima foram confirmados pela pesquisa realizada pela DATAFOLHA (cópia anexa), na qual consta que 75% dos entrevistados são a favor da lei proibindo o fumo em restaures e 19% contra a referida legislação.

Assim, comprova-se, documentalmente, mediante a juntada das pesquisas efetuadas, a consulta prévia a população do Município, que manifestou sua aprovação à legislação antitabagismo em restaurantes editada.

d) DA LEGALIDADE DO DECRETO

Ora, em virtude da competência municipal que lhe foi conferida pelos dispositivos legais acima relacionados, face à legislação em vigor e com vistas a atender a vontade da população que, em pesquisas efetuadas, demonstrou ser contrária ao tabagismo nos bares e restaurantes, a Municipalidade editou o Decreto nº 34.836 de 31 de janeiro de 1995, objetivando regulamentar a matéria.

Insurge-se a Federação demandante contra o Decreto nº 34. 836, de 31 de janeiro de 1995, acoimando-o de ilegal por entender ofender a Lei Municipal nº 10.862/90.

Em defesa de sua "tese", alega que o decreto foi além do mandamento legal da Lei nº 10.862/90.

Curiosamente, enumera a legislação municipal reguladora do fumo, sendo que nesta tarefa, omitiu do "caput" do art. 1º, da Lei nº 9.120/80 as palavras "**entre outros**" que, no contexto, tem o condão de dar à relação dos estabelecimentos que menciona, o caráter exemplificativo, só transcrevendo o que lhe interessava, tentando, em vão, induzir esse MM. Juízo a erro.

Contudo, parte o autor de uma análise perfunctória da matéria, que o levou a uma equivocada conclusão acerca da ilegalidade do aludido decreto.

Com efeito, conforme demonstra o item "b" acima, a legislação que restringe o tabagismo não se resume única e exclusivamente à Lei Municipal nº 10.862/90, mas, ao contrário, tem todo um percurso através dos tempos, formando, na verdade, um verdadeiro sistema de leis que devem sempre ser interpretadas sistematicamente e, nunca, isoladamente.

Faz parte desse sistema de leis reguladoras do fumo, a Lei nº 9.120, de 08 de outubro de 1980, de **caráter geral** que, em seu artigo 1º, dispõe sobre a proibição de fumar, nos seguintes termos:

"Art. 1º **É proibido fumar** em estabelecimentos públicos fechados, onde for obrigatório o trânsito ou a permanência de pessoas, assim considerados, entre outros, os seguintes locais:

- I - os elevadores de prédios públicos ou residenciais;
- II- o interior dos meios de transportes coletivos urbanos;
- III- os corredores, salas e enfermarias de hospitais, casas de saúde, prontos-socorros, creches e postos de saúde;

IV- os auditórios, salas de conferências ou de convenções;

V- os museus, teatros, salas de projeção, bibliotecas, salas de exposições de qualquer natureza e locais onde se realizam espetáculos circenses;

VI- o interior de estabelecimentos comerciais;

VII- os estabelecimentos escolares de 1º e 2º Graus;

VIII- as garagens de prédios públicos e edifícios comerciais e residenciais;

IX- o interior dos veículos destinados a serviços de táxi;

X- os locais por natureza vulneráveis a incêndios, especialmente os depósitos de explosivos e inflamáveis, os postos distribuidores de combustíveis, as garagens e estacionamentos e os depósitos de material de fácil combustão."

Por seu turno, a Lei nº 10.862, de 04 de julho de 1990, de caráter especial, dispõe sobre a situação de bares e restaurantes com área acima de 100 m², mantendo a proibição de não fumar constante da Lei nº 9.120/80, determinando a estes dispor de uma área mínima de 50% do total da parte de consumação destinada, frise-se, aos NÃO-FUMANTES, de conformidade com o art. 1º, parágrafo único, "verbis":

"Art. 1º Ficam **obrigados** os bares, restaurantes, churrascarias, lanchonetes e estabelecimentos afins com área superior a 100 m² (cem metros quadrados) a dispor de espaço reservado aos não fumantes, **a fim de que tenham sua saúde e conforto preservados.**

Parágrafo único. O espaço a que se refere o "caput" deste artigo não poderá ser inferior a 50% (cinquenta por cento) da área de consumação do público." (grifos nossos)

Assim, sendo a lei posterior de caráter especial, fica evidente que a Lei nº 9.120/80, que dispõe acerca da proibição geral do fumo em estabelecimentos públicos, notadamente o interior de estabelecimentos comer-

ciais, de acordo com o inciso VI de seu art. 1º, está em vigor, não se podendo concluir, como equivocadamente quer fazer crer a impetrante, que a situação dos bares, restaurantes, etc. não mais estaria à ela submetida, mas tão somente à Lei nº 10.862/90, na medida em que essa lei especial posterior não se constitui em um permissivo legal para o tabagismo nestes estabelecimentos, mas apenas mais uma imposição para tais estabelecimentos, obrigando-os a dispor de certo espaço aos NÃO-FUMANTES, determinando que tal espaço não seja inferior à 50% (cinquenta por cento) da área de consumação do público.

Não trata assim, a Lei nº 10.862/90 de permitir o tabagismo, sendo certo que o restringe, conforme se depreende de sua ementa, obrigando os estabelecimentos nela elencados a disporem de área mínima reservada aos NÃO-FUMANTES, não se podendo acolher o argumento da autora de que em tais estabelecimentos seria permitido o fumo.

A Lei nº 10.862/90, em que pese seu caráter especial, se coaduna perfeitamente com a Lei nº 9.120/80, na medida em que mantém a proibição ao tabagismo dela constante, não a revogando.

A corroborar tal assertiva, o parágrafo segundo do art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil assim dispõe, "verbis":

"A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior."

Assim, não há que se falar em "lex specialis derogat generalis", visto que a questão colocada nestes autos não se enquadra nessa hipótese.

O decreto nº 34.836/95, veio a lume, na verdade, regulamentando tanto a Lei nº 10.982/90 tal como demonstra sua ementa, quanto a Lei nº 9.120/80, de caráter geral, tal como se depreende do quarto "considerando".

O decreto que ora é objeto de críticas quanto à sua legalidade, em nada inova a legislação existente, cumprindo sua função regulamentadora das leis anti-tabagismo editadas no âmbito Municipal, que vigoram desde 1980, sendo que, na época, nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade foi levantada.

Não há que se falar, por exemplo, que o referido **decreto proíbe o fumo** em seu artigo primeiro, na medida em que se reporta e repete a proibição de caráter geral da Lei nº 9.120/80, constante de seu artigo 1º.

Além do que, com relação ao seu art. 2º, que prevê a criação do "fumódromo", não há que se falar em inovação, na medida em que a Lei 10.862/90, repita-se, estabelece uma área de, **no mínimo**, 50 % (cinquenta por cento) para os NÃO-FUMANTES nos estabelecimentos acima de 100 m², podendo, obviamente, chegar a 100% (cem por cento) da área de consumação reservada aos NÃO-FUMANTES. A Lei cuida do NÃO-FUMANTE e não do FUMANTE. Estabelece um mínimo, sem contudo, balizar o máximo previsto de área reservada, frise-se, uma vez mais ao NÃO-FUMANTE.

Demais disso, o art. 3º, da Lei Municipal 9.120/80, invocado pela demandante, do modo como escrito à fls. 20 da inicial, não corresponde ao significado de sua redação legal que, justamente ao contrário, não é permissiva do fumo, mas sim facultativa à criação de salas ou recintos destinados exclusivamente aos fumantes pelos órgãos e estabelecimentos abrangidos na lei, sendo certo que a criação do "fumódromo" se coaduna, também, com este dispositivo legal.

O art. 3º, por seu turno, apenas regulamenta o art. 2º da Lei no 10.862/90, que excepcionado do cumprimento do art. 1º, assim foi mantido pelo Decreto, respeitando-se, assim, a exceção à regra geral prevista no inciso VI do art. 1º, da Lei 9.120/80, efetuada pela Lei 10.862/90 por este artigo, evidenciando-se, mais uma vez, o caráter regulamentador do Decreto, jamais inovador, como equivocadamente pretende fazer crer o autor.

Da exegese das Leis 9.120/80 e 10.862/90, depreende-se, mais uma vez que, no tocante à proibição do tabagismo e criação do "fumódromo", o Decreto que ora se visa atacar nada criou, apenas regulamentou.

A corroborar essa linha de raciocínio e exemplificando melhor, mister socorrer-nos do brilhante parecer do Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, com muita propriedade, respondeu à questão:

"18. Examine-se cada artigo.

O art. 1º refere-se a estabelecimentos que são, no sentido da Lei nº 9.120/80, estabelecimentos públicos fechados. Na verdade, repete, quanto a eles a proibição geral enunciada pelo art. 1º da Lei nº 9.120/80.

Nada se pode objetar quanto a isso.

19. O art. 2º permite, nos estabelecimentos com área superior a 100 (cem) m², a possibilidade da criação de "área reservada exclusivamente para fumantes."

Ao fazê-lo, não contraria o art. 3º da Lei nº 9.120/80, e segue o disposto no art. 1º da Lei nº 10.862/90.

20. Dir-se-á que, na sua parte final, o art. 2º do Decreto em exame vai além das normas legais, pois exige que a área dos fumantes seja "isolada da área de consumação de alimentos."

É verdade que isso não é expresso em qualquer das duas leis, entretanto, o contrário também não o é.

Ora, não é incompatível com o espírito dessa legislação que se reserve ao fumante lugar para fumar, não para consumir alimentos enquanto fuma.

Em abono disto, veja-se que o art. 2º da Lei nº 10.862/90 é, quanto a isso, expresso em relação a casas noturnas, etc. Por que o fez neste caso e não em geral, com referência aos estabelecimentos que menciona no art. 1º?

Certamente porque não quis a mesma situação em ambos os casos, que são intrinsecamente diversos. Nos restaurantes, normalmente se vai para comer-- o que não combina com o fumo -- nas casas noturnas, para dançar, conversar etc., e até para comer.

21. Os demais artigos do Decreto não oferecem campo para polêmica.

O art. 4º do Decreto, referente aos avisos, repete o art. 3º da Lei nº 10.862/90, com algumas minudências.

O art. 5º do Decreto repete o art. 4º da Lei nº 10.862/90.

O art. 7º contém uma determinação administrativa que evidentemente se enquadra na competência do Chefe do Executivo Municipal.

Certamente, ninguém terá objeções contra eles."

Assim, resta juridicamente demonstrado que o aludido Decreto se insere no ordenamento jurídico vigente, em sua função regulamentadora, ao contrário do que alega o impetrante.

Não se permita olvidar, para fins de acolher os argumentos de que tal decreto seria ilegal, que a Lei 9.120/80 não estaria mais em vigor.

Tal pretensão não prevalece, tendo em vista que a legislação superveniente, compreendendo, inclusive, a própria Lei 10.862/90 (art. 5º), modifica a redação de um de seus artigos, bem como acrescenta incisos ao art. 1º, conforme se depreende do quadro de leis constante do item "c" (Leis de nos 11.618/94 e 11.657/94).

Prosseguindo-se no tema de legalidade, onde reside, precipua-mente, o cerne da questão objeto do "mandamus", cumpre relatar a situação dos estabelecimentos com área inferior a 100 m², posto que tema da discussão.

Salientou-se na inicial, mais especificamente a fls. 17 e a fls. 26, ser a maioria dos filiados do impetrante, estabelecimentos com área inferior a 100 m² (cem metros quadrados) onde, segundo sua "lógica", em seu interior o fumo estaria liberado, de acordo com a Lei no 10.862/90.

Equivoca-se, uma vez mais o demandante, ao entender que a situação dos estabelecimentos com menos de 100 m² (cem metros quadrados) estaria sendo alterada pelo decreto.

Em tais estabelecimentos a proibição ao fumo monta de 1980, com a edição da Lei nº 9.120 que, em seu artigo 1º, dispõe sobre a proibição de fumar, em estabelecimentos públicos fechados, listando, exemplificadamente, os locais, sendo que é incisiva, no inciso VI, que trata do **interior de estabelecimentos comerciais**.

Referido diploma legal está em vigor, tendo em vista que, como é cediço, a Lei nº 10.862/90 dispõe acerca de estabelecimentos comerciais com área superior a 100 m² (cem metros quadrados), sendo uma lei de caráter especial.

Em assim sendo, o Decreto nº 34.836/95 em nada inovou com relação aos estabelecimentos com menos de 100 m² (cem metros quadrados), como aparentemente quer fazer crer o impetrante. Ao contrário, **desde 1980 é absolutamente proibido fumar nestes estabelecimentos.**

A Lei nº 9.120/80 é de caráter geral, e ainda está em vigor, pois, as leis que se seguiram posteriormente, somente revogam as disposições em contrário, e cuidam de situações especiais, não revogando o caráter geral desta lei, mas sim dispondo no sentido de confirmá-lo, formando, na verdade, um conjunto de leis que, repita-se, não pode e não deve ser analisado de forma isolada, lendo-se apenas uma ou outra lei, sob pena de se incorrer em sério erro de interpretação a comprometer a saúde pública municipal, a que se visa proteger através dos diplomas legais existentes e que agora são consolidados através do Decreto nº 34.836/95, que ora se visa a atacar.

Nesse sentido, mister transcrever trecho do brilhante parecer do Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ora juntado às presentes informações, acerca da questão suscitada:

"III. Análise da legislação

9. Em face das premissas acima, é incontestável que está em vigor a Lei nº 9.120/80. De todos os ângulos que for encarada, igual é a resposta.

De fato, ela é uma lei geral. Estabelece uma norma dirigida a **todos os estabelecimentos públicos fechados (art. 1º, caput).**

A citada lei posterior, de nº 10.862/90, ao contrário, é uma lei especial que não se preocupa senão com alguns estabelecimentos – bares, restaurantes, churrascarias e lanchonetes, bem como estabelecimentos afins, "com área superior a 100 (cem) m²" (art. 1º, caput)

Conseqüentemente é descabido sustentar que ela tenha revogado a Lei nº 9.120/80." (fls. 9/10)

Outrossim, conforme se depreende dos "Considerandos" do Decreto nº 34.836/95, sua base se afirma nas leis mencionadas, em especial a Lei 9.120/80.

Não é outro o entendimento da Profª. Dra. Odete Medauar em resposta à consulta sobre o tema, cujo trecho permitimo-nos transcrever:

"VI - Ausência de ilegalidade

Como se depreende do confronto dos preceitos supra transcritos, o Decreto n. 34.836/95 no seu teor vedatório, tem como base a Lei n. 9.120/80 que proíbe fumar em estabelecimentos onde há o trânsito e permanência de pessoas. Já se observou que a expressão "entre outros" mencionada no "caput" do art. 1ª dessa lei torna exemplificativos os locais aí arrolados.

Portanto, existe base na lei para a proibição de fumar em estabelecimentos com menos ou mais de 100 m2. O Decreto em tela não criou, assim, nova proibição, pois o impedimento existe e vigora desde a data da Lei nº 9.120/80.

Parece claro que a Lei nº. 10.862/90 preocupou-se, sobretudo, com estabelecimentos de mais de 100 m2, mesmo porque qualquer separação entre fumantes e não fumantes em estabelecimentos com área menor torna-se inócua, ante a propagação da fumaça." (grifos nossos)

Evidente, portanto, a ausência de permissão ao fumo nos estabelecimentos com menos de 100m2, face ao teor de legislação embaixadora do decreto ora increpado.

Outro ponto em que se apóia o demandante, para fins de, em vão, tentar inquirir de ilegal o aludido decreto, se resume no tocante à multa, que, segundo sua argumentação, teria sido modificada de 07 para 10 UFMs pelo art. 6ª.

Mais uma vez, engana-se o impetrante, induzindo, claramente, este MM. Juízo a erro.

Com efeito, como bem V.Exa. poderá constatar através da legislação ora juntada, a referida multa foi modificada pelo artigo 2º da Lei nº 11.618/94, que assim dispõe:

"Art. 2º O artigo 4º da Lei Municipal nº. 9120, de 08 de outubro de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 4º Os infratores desta Lei sujeitar-se-ão à multa de 10 (dez) Unidades Fiscais do Município - UFMs, aplicada em dobro na reincidência"

Dessa forma, nem por esse fundamento, se pode cogitar de ilegalidade na edição do Decreto, na medida em que o art. 6º repete o artigo acima discriminado

Vale novamente citar, sobre esse tópico, os pareceres proferidos pelos Professores Doutores Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Odete Medauar que tão bem elucidam a questão, respectivamente:

"22. Quanto ao art. 6º que concerne à multa, advirta-se que reitera o disposto no art. 4º da Lei nº 9.120/80, com a redação que lhe deu a Lei no 11.618, de 13 de julho de 1994. Esta última Lei, com efeito, elevou a multa aplicável para 10 (dez) Unidades Fiscais do Município -- UFMs."

.....

"7- Outro motivo de alegação de ilegalidade do referido decreto pode ser, de maneira equivocada, a mudança do valor da multa aos infratores. Ora, como já se mencionou, essa alteração ocorreu por força da Lei n. 11.618, de 13/4/94, que em seu art. 2º mudou a redação do art. 4o da Lei nº 9.120/80, a qual fixava em 07 UFM esse valor. A Lei 11.618/94 fixou em 10 UFM."

Portanto, do até aqui exposto e, espera-se, bem posto, não resulta outra conclusão senão a de que o Decreto nº 34.836 de 31 de janeiro de 1995 é absolutamente **legal** e cumpre sua função prevista no ordenamento jurídico que é a de regulamentar a legislação vigente.

Passa-se, assim, a análise de outro tópico que, face à repercussão do tema, importa salientar.

e) DA INQUESTIONÁVEL CONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO Nº 35.836 de 31/01/95

Ao tentar caracterizar o Decreto Municipal de 31 de janeiro p.p. de inconstitucional, o Sindicato impetrante alega ofensa aos princípios da legalidade, livre iniciativa e liberdades individuais.

Quanto ao princípio da legalidade, já restou amplamente demonstrado acima que, o Decreto não lhe infringe, sendo absolutamente legal, sob todos os ângulos a que foi submetido à análise.

Aliás, diga-se, o Decreto é **super legal**.

A sua legalidade é manifesta não só no plano jurídico, como também no fim que visa atingir, ou seja, a saúde pública da população, o direito de se ter, em ambientes públicos fechados, mais especificamente aqueles que se destinam à alimentação, proteção contra os agentes nocivos à saúde.

Portanto, tentar invocar o princípio da livre iniciativa e liberdades individuais para a fins de obstar sua execução se configura, na verdade, em verdadeira deturpação dos princípios constitucionais que, tão valiosos, não se podem prestar à defesa de interesses mezinhos, como o dos comerciantes e, porque não dizer, dos fumantes.

Afirmar, sem contudo comprovar, que a execução do Decreto causaria prejuízos aos filiados do Sindicato demandante é, no mínimo leviano e, como já salientado em preliminar, não comprova a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental.

Aliás, argumente-se que a verdade é justamente oposta a esse engano entendimento, posto que, as pessoas normalmente não fumam enquanto comem e sim ao terminarem a refeição, após o tradicional "cafezinho". E, nesta hora é que se alonga a permanência no local entre conversas, novos cigarros e novos cafés, **sem qualquer faturamento ao estabelecimento**. Ao revés, perdem-se outros clientes que desistem de esperar, em longas filas, por uma mesa vaga.

Em outras palavras, pode-se afirmar que os clientes, enquanto fumam nos restaurantes não consomem, gerando um período improdutivo de ocupação de mesas sem qualquer retorno ao estabelecimento, impedindo o rodízio mais rápido de consumidores e, em consequência, aumento de faturamento.

Caem por terra, assim, as alegações do impetrante de supostos prejuízos aos seus filiados.

Outrossim, bravatear contra o aludido Decreto, aduzindo ferido o princípio da liberdade individual na defesa do fumante configura, isto sim, a subversão dos direitos e garantias individuais estabelecidos na Carta Magna de 1988 que, decorrentes de sérias violações individuais ocorridas em nossa recente história, a esse fim não se presta.

Protege-se sim, com a medida, o interesse público, que se traduz, aqui, na defesa da saúde da população nos lugares públicos e não o fumante, que, de forma egoísta, impõe à comunidade a absorção da nicotina produzida pelo seu cigarro, indesejada e nociva.

A "liberdade individual" do fumante, face ao interesse público a que se visa resguardar instrumentalizando-se na legislação do fumo e sua exequibilidade, não se sobrepõe, jamais, à saúde pública.

Com relação às inconstitucionalidades lançadas ao aludido diploma legal, a Prof^ª. Dra. Odete Medauar em seu parecer as afasta, com a clareza das idéias que lhe é peculiar, como bem se depreende do trecho abaixo transcrito:

"VII - Ausência de Inconstitucionalidade

8. Para alegar a inconstitucionalidade do Decreto em apreço vem sendo invocado o princípio da livre iniciativa, que é indicado no "caput" do art. 170 da Constituição Federal como um dos norteadores da ordem econômica brasileira.

Na verdade, a lesão ao princípio significaria o impedimento total ao exercício de atividades comerciais, industriais, de prestação de serviço, profissionais, dentre do setor econômico. E essa não

é certamente a consequência do Decreto. As atividades de restaurantes, bares, lanchonetes e similares não estão impedidas. Se assim se pensasse, também lesariam o princípio da iniciativa privada todas as normas que disciplinam tais atividades, como as leis de zoneamento, as leis sobre poluição sonora, as exigências de equipamentos contra poluição, a disciplina nos horários de funcionamento etc.

Aleatórias alegações de queda no faturamento ou redução de frequência mostram-se subjetivas e sem comprovação cabal, o que por si só elide tal invocação em mandado de segurança, mesmo coletivo. O direito líquido e certo deve ser comprovado de plano, por prova documental, não alegações aleatórias.

Deve-se lembrar, ainda, que a proibição de fumar existe há muito tempo para cinema, teatros, por exemplo, em que a permanência se dá por cerca de duas horas no mínimo, sem que os fumantes aí fumem e com casas habitualmente lotadas.

9- Quanto ao argumento da violação da liberdade individual, ou seja, do direito de fumar, querendo, cabe recordar o reiterado dito, que é até popular: "O direito de um vai até onde esbarra no direito do outro." Como invocar-se o direito de prejudicar a saúde e o bem-estar de outrem?"

A respeito das liberdades individuais invocadas, mister ater-se às sábias ponderações bem colocadas no brilhante parecer proferido pelo eminente advogado Dr. ODYR PORTO, que ora juntamos à presente.

Fica evidenciado, pois, que, no que concerne à constitucionalidade do Decreto nº 34.836 de 31/01/95, não paira qualquer dúvida, restando, cabalmente refutados, todos os argumentos expendidos no sentido que impingir e macular seu texto de inconstitucional.

f) DA PROTEÇÃO À SAÚDE PÚBLICA

A saúde pública, como um bem inalienável e cujos direitos devem ser preservados, sempre foi o escopo da edição da legislação anti-tabagismo durante os anos que se seguiram e, com certeza, continuará sendo durante os anos que vierem.

No segundo "considerando" do Decreto nº 34.836/95, ressalta-se os prejuízos causados pelo cigarro aos "fumantes passivos" em ambientes fechados.

Saliente-se que, além de incômoda a fumaça exalada pelo cigarro do fumante, a fumaça que sai da lateral do produto é, comprovadamente extremamente prejudicial à saúde.

Em artigo publicado no Jornal "O ESTADO DE SÃO PAULO", datado de 12 de fevereiro de 1995, foi ouvida a opinião do médico Ronaldo Laranjeira sobre o assunto:

"Na opinião do médico Ronaldo Laranjeira, levando-se em conta apenas a questão da saúde pública, a restrição ao cigarro em restaurantes proposta pelo prefeito Paulo Maluf faz sentido. Segundo Laranjeira, existem dois tipos de fumaça produzida pelo cigarro: a que o fumante inala quando traga e a lateral (a que sai da queima do produto).

O segundo tipo foi incluído em 1992, pela agência norte-americana de proteção ao meio ambiente, no grupo de fumaças classificadas como muito deletérias à saúde. "Nesse tipo estão as substâncias cancerígenas de moléculas menores que, por conta do seu tamanho, atingem o pulmão de forma mais profunda," explica Laranjeira. "Quem sofre mais com isso são os chamados fumantes passivos ou indiretos."

Acerca do câncer de pulmão em mulheres não fumantes, o Jornal semanal "Shopping News" de 12.02.95 publicou matéria que comprova que a incidência de câncer de pulmão atinge até 50% (cinquenta por cento) das fumantes-passivas, no convívio social.

Tais dados, na verdade, são aqui trazidos apenas para ilustrar a adequação da medida adotada para o Município de São Paulo, que, desde 31 de janeiro p.p., integra a lista de cidades no mundo que fazem parte do projeto Cidade Saudável, lançado em Toronto, no Canadá, no qual se desenvolvem ações com as comunidades para melhorar a qualidade de vida da população (vide recorte do jornal "DIÁRIO POPULAR" de 01.02.95).

O tabagismo, como já é notório, é um agente extremamente nocivo à saúde. Segundo dados da Organização Mundial de Saúde, as mortes por

câncer relacionados ao fumo tiveram aumento significativo, sendo responsável, hoje, por 50% (cinquenta por cento) das mortes dos fumantes.

Constatado o mal que o tabaco faz, especialmente em locais públicos fechados, a vedação ao fumo vem a calhar.

Principalmente em bares e restaurantes, onde a freqüência se dá com o intuito de se degustar o tipo de cardápio oferecido no estabelecimento, a restrição ao tabagismo nesses locais se torna oportuna, pois fumaça de cigarro e comida não têm que andar juntos.

Nota-se que, no mundo todo, mormente nos países desenvolvidos, o fumo tem sido drasticamente restringido e banido dos lugares públicos.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, nos vôos internos, não mais é permitido fumar, não se designando áreas específicas para os fumantes, sendo que, nos aeroportos, existe apenas uma área reservada à fumantes, consistente em uma sala hermeticamente fechada e ventilada.

Muito material existe sobre o tema, cuja parte dele pedimos vênha para juntar à presente, que ilustra o tratamento a que o tabagismo vem sendo submetido.

Portanto, sob a ótica da saúde pública, o Decreto nº 34.836/95 com ela se coaduna, cumprindo sua função regulamentadora.

IV- DA NECESSIDADE DA REVOGAÇÃO IMEDIATA DA MEDIDA LIMINAR

De todo o até aqui exposto, depreende-se que o Decreto nº 34.836/95 é absolutamente legal, consolidando, na verdade, uma série de dispositivos já existentes na legislação anterior que restringe o tabagismo, em especial as Leis nºs 9.120/80 e 10/862/90, em nada inovando no mundo jurídico, apenas cumprindo sua função regulamentadora das leis em vigor.

Quanto à constitucionalidade do referido Decreto, têm-se que é incontestável, pois não fere os princípios constitucionais invocados pela autora, como amplamente já foi demonstrado no item "e".

Assim, resta patente que os requisitos autorizadores para a concessão da medida liminar, quais sejam, o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora" não estão configurados no presente caso, razão pela qual, sua revogação é medida de rigor.

Acerca deste tema, discorre com peculiar proficiência o eminente advogado Dr. ODYR PORTO, em seu parecer respondendo à consulta formulada, em anexo.

Nesse sentido, conforme amplamente divulgado pela imprensa, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve por bem deferir o pedido de suspensão de liminar requerido pela Municipalidade de São Paulo, nos autos dos Mandados de Segurança ajuizados pelo Sindicato dos Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de São Paulo (proc. no 135/95 - 12a V.F.P.) e Bar e Restaurante Danton Ltda. (proc. no 119/95 - 7a V.F.P.), cuja cópia segue anexa.

RESUMINDO E CONCLUINDO:

a) litispendência caracterizada, pela identidade da presente ação com a ação anteriormente ajuizada pelo Sindicato dos Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de São Paulo (proc. no 135/95 - 12a V.F.P), sendo a extinção deste feito, sem julgamento de mérito, de conformidade com o art. 267, inciso V, e condenação da impetrante à pena de litigância de má-fé, medida de rigor, face à existência de lide idêntica à presente pendente de julgamento e a conduta atentatória à lealdade processual a que estão obrigadas as partes no processo;

b) ilegitimidade de parte do Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de São Paulo para o ingresso com a impetração coletiva, dada a ausência de assembléia geral específica autorizadora da medida judicial intentada, bem como do rol dos associados;

c) falta de interesse de agir do demandante, por não ter comprovado direito líquido e certo que visa a assegurar pela via mandamental, bem como pela impossibilidade de invocar a defesa de direitos individuais dos "fumantes", posto que dissociada das finalidades de seu Estatuto Social;

d) legalidade do Decreto nº 34.836/95, tendo em vista que, na sistemática da legislação existente, não inova, apenas regulamenta dispositivos legais constantes das Leis 9.120/80 e 10.862/90.

e) constitucionalidade absoluta do Decreto nº 34.836/95 que se coaduna com os princípios da legalidade e liberdade individual, frise-se, do **não-fumante**, e não do fumante, e nem sequer arranha o invocado e repita-se, **ofensa e prejuízos de seus filiados não comprovados com a edição medida**, princípio da livre iniciativa.

e) a proteção à saúde pública da população, se constitui em interesse público, garantida e consolidada pelo Decreto nº 34.836/95.

Assim, por todo o exposto, a Autoridade Impetrada e a Municipalidade de São Paulo, aguardam o acolhimento das preliminares levantadas e a conseqüente extinção do feito e, no MÉRITO, reiteram toda a argumentação até aqui expendida, objetivando a **DENEGAÇÃO DA ORDEM** e a cassação da medida liminar anteriormente concedida, pugnando, ainda, pela condenação da requerente à pena de litigância de má-fé.

Termos em que,

P.Deferimento.

São Paulo, 15 de março de 1995.

FRANCISCO NIETO MARTIN
Secretário das Administrações Regionais

NANCY AL-ASSAL
Procuradora Municipal
JUD.31

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Patrimonial

**RECURSO ESPECIAL APRESENTADO PELA MUNICIPALIDADE
DE SÃO PAULO EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE •
ESBULHO CARACTERIZADO • REQUERIDA A
RESPONSABILIDADE DO RÉU. PELOS FRUTOS CIVIS, DESDE A
NOTIFICAÇÃO ATÉ A EFETIVA DESOCUPAÇÃO**

Silvana Aparecida Rebouças Antonioli – Procuradora Municipal

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ PRESIDENTE DO
PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL - SP.**

Autos de Apelação nº 549.796-9

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, nestes autos de Apelação em que contende com JOCKEY CLUBE DE SÃO PAULO, não se conformando com a r. decisão desse Egrégio Órgão Colegiado, que houve por bem negar provimento à parte de seu recurso que diz respeito à indenização pelo uso indevido de imóvel seu, vem, por sua procuradora, apresentar seu RECUR-

SO ESPECIAL, nos termos que aduz em separado, requerendo sejam processados e encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 16 de outubro de 1995.

Silvana Aparecida Rebouças Antonioli
Procuradora do Município - Patr. 22
OAB/SP 111.238-A

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

1. DA ADMISSIBILIDADE

1.1 Consagra o **artigo 105 da Constituição Federal, em seu inciso III, o Recurso Especial** das causas decididas pelos Tribunais dos Estados, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência.

1.2. Demonstrar-se-á a seguir que o v. acórdão recorrido, negou vigência, negou aplicação, às seguintes disposições legais federais quando estas eram de rigor:

Código Civil Brasileiro - Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916: artigos 159, 503, 513, 524 e 528.

2. PREÂMBULO - BREVE RELATO

2.1. Cuida o presente de **ação de reintegração de posse** proposta pela Recorrente em face de **Jockey Clube de São Paulo**, com fulcro nos **artigos 499 e seguintes do Código Civil (CC)**, combinados com **artigos 926 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC)**, objetivando imóvel de sua posse e propriedade, por força de desapropriação aos herdeiros de Henrique Schaumann, Carta de Adjudicação de 05/02/1947, transcrita sob o nº 31.671, em 08/02/1947, perante o Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Circunscrição desta Capital; por força de doação celebrada em 27/08/1969, nas Notas do 4ª Tabelionato da Capital, por escritura de doação

e instituição de servidão - Lv. 1.158, fls. 22, ratificação por escritura de 15/09/1971, das mesmas Notas, Lv. 1.192, fls. 282, transcrita a doação sob nº 74.515 e a servidão inscrita sob nº 22.800, em 27/08/1969 na 4ª Circunscrição Imobiliária da Capital; e, ainda, área integrante do leito de rua - esquina da Rua José Bonifácio com a Praça Ouvidor Pacheco e Silva, todas estas áreas esbulhadas pelo Recorrido.

2.2. Requereu, ainda, a Municipalidade, por ocasião da propositura da ação, a **indenização pelo ato ilícito e as perdas e danos pelo uso indevido do bem (pelos frutos civis da coisa que deixou de perceber pelo ato do esbulho)**.

2.3. A ação possessória, em bem lançada decisão, foi julgada procedente pela r. sentença de fls. 352/357, na qual, após minuciosa análise do conjunto probatório constante dos autos, houve por bem o MM. Juiz de conhecer o caráter público das áreas objeto desta lide, condenando o Réu a arcar com os ônus da sucumbência.

2.4. Entretanto, deixou a r. sentença de acolher o pedido secundário da Autora, no sentido de ser o Réu condenado a pagar indenização por perdas e danos decorrente do esbulho possessório, sob o fundamento de que o mesmo não estava de má-fé.

2.5. Contra essa parte da r. sentença, que lhe foi desfavorável, interpôs a Municipalidade de São Paulo o competente recurso de Apelação.

2.6. A E. Décima Câmara Especial de Julho/95 do Primeiro Tribunal de Alçada Civil (1ª TACivSP), por votação unânime, negou provimento aos recursos da Autora e do Réu, mantendo integralmente a r. sentença.

2.7. Entendeu o E. Órgão Colegiado, em síntese:

a) **"O tema é de terras da Fazenda Pública, onde domínio significa posse. Daí a ilegitimidade da posse mantida pelo Jockey"** (fls. 3 do acórdão);

b) **"Inquestionável restou ser público o bem questionado"** (fls. 4 do acórdão);

c) "A situação do apelante é de quem se comportou sem 'animus domini' por lhe ser evidente que a área que usava não lhe pertencia" (fls. 4 do acórdão);

d) "No que se refere à condenação em perdas e danos, em que se bate a Municipalidade, não procede o inconformismo. É que não se preocupou a apelante em fazer prova nesse sentido" (fls. 4 do acórdão);

e) "E se havia certeza de que se realizava esbulho, também é certo de que havia certeza da tolerância ao menos porque havia a retribuição de IPTU" (fls. 5 do acórdão).

2.8 Conforme se demonstrará a seguir, tal entendimento não pode prevalecer porque, além de contrário à prova dos autos, à própria fundamentação do r. acórdão, traduz ofensa à lei federal.

3. DO CONCEITO DE BOA E DE MÁ-FÉ E DE SEUS EFEITOS JURÍDICOS

3.1. Antes de discorrer sobre as ofensas à lei federal, deve-se buscar determinados conceitos que muito ajudarão na análise da questão.

3.2. Apesar da posse se apresentar como um todo unitário, esta pode apresentar especificidades que são tratadas peculiarmente pela ordem jurídica.

3.3. Assim, sob o prisma da subjetividade, a lei civil classifica a posse em : **de boa-fé e de má-fé**, atribuindo a cada uma delas um tratamento e efeitos diferenciados.

3.4. A **posse de boa-fé** vem definida no **art. 490 e § único do CC**, do seguinte modo:

"É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção."

3.5. Ao contrário, considera o mencionado diploma legal em seu art. 491:

"A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente."

3.6. Ora, no caso em questão, ficou provado:

a) que o Réu ocupava a área pública, mesmo sabendo que não lhe pertencia, fato este levantado pelo próprio acórdão recorrido;

b) se havia qualquer tolerância da Municipalidade, esta findou quando o ora Recorrido foi notificado a desocupar o bem municipal, cessando, também, qualquer eventual aparência de boa-fé;

c) não ignorando o vício, agia, portanto, de má-fé, o que foi bem denominado pelo v. acórdão de **"ilegitimidade da posse mantida pelo Jockey"**;

d) com a não devolução do bem municipal, e com a sua exploração econômica provada nestes autos (estacionamento pago), claro restou o enriquecimento indevido com a percepção dos frutos civis.

3.7. Mas o que é decisivo para os efeitos específicos da posse é o julgamento de que a posse é indevida, ilegal, uma vez que a decisão, com seu efeito declaratório, retroage. Assim, com a decisão judicial, adquire a característica de má-fé e repercute, portanto, para efeitos de restituição dos frutos.

3.8. Isto porque, como se verá a seguir, o possuidor de má-fé responde, nos termos do **art. 513 do CC**, por todos os prejuízos que causou pelos frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou o legítimo possuidor e proprietário de perceber.

4. DAS OFENSAS À LEI FEDERAL

4.1. O **art. 524 do CC** assegura ao proprietário, o direito de usar, gozar e dispor de seus bens.

4.2. O **art. 528** do mesmo diploma legal, por sua vez, determina que os frutos e produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário.

4.3. Os **frutos** são os proveitos, vantagens ou utilidades produzidas periodicamente pela coisa.

4.4. Os frutos dividem-se em naturais, industriais e civis, sendo considerados acessórios e dependentes da coisa principal, cuja sorte seguem.

4.5. Os **frutos civis** são "**rendimentos produzidos pela coisa frutífera, cujo uso foi cedido a outrem pelo proprietário**" - como exemplo típico, o **aluguel** (Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 38, pág. 446).

4.6. Já o **art. 513** da citada lei, responsabiliza o possuidor de má-fé por todos os frutos auferidos desde o momento em que se constituiu a má-fé.

4.7. O bem objeto desta lide, pela robusta prova dos autos e pela v. decisão do Egrégio Órgão Colegiado, **é público, municipal**, e, como se sabe, não pode ser objeto de posse, por obstáculo legal.

4.8. Como proprietária e legítima possuidora da área litigiosa, tem a Municipalidade de São o direito de usar, gozar e dispor de seu bem. Tem, portanto, o direito de auferir os frutos civis da coisa. E como resultado da privação de sua posse, foi impedida pela má-fé do Réu de auferir os frutos e de dar aos bens a utilidade legal em prol de toda a coletividade.

4.9. Tais frutos civis são representados pela remuneração pecuniária que a Municipalidade de São Paulo receberia caso a área fosse objeto de uma regular "permissão de uso a título precário e oneroso". Isto porque, todos os bens trazem em si a possibilidade de quantificação pecuniária.

4.10. Para a lei civil pouco importa o que o proprietário irá fazer com o seu bem assim que for reintegrado na posse, qual a sua futura destinação. O que importa é o que deixou de receber, o que pela natureza do bem poderia ser recebido. Tudo isso causado pelo ato ilícito praticado pelo Réu.

4.11. Conforme se comprovou nesta sentença, fato admitido pelo próprio Réu, explorava-se o bem público municipal com estacionamento de veículos, que, na área em questão resulta em quantia muito significativa.

4.12. O que a Autora pleiteou na inicial, foi a indenização pela privação da posse. Assim, **o prejuízo a se compor é aquele oriundo do fato mesmo do molestamento da posse.**

4.13. Não se deve confundir tal prejuízo, que decorre da lei em seu efeito quanto ao possuidor de má-fé, com aqueles que lesionam, danificam a própria coisa. Estes sim demandam prova concreta do prejuízo. Os advindos do ato ilícito do esbulho, restam provados desde o termo inicial do esbulho, e representam os benefícios, os frutos civis da coisa que deixou a Autora de usufruir.

4.14. Em consequência da má-fé, deve o Réu responder pelos frutos (art. 513, CC) desde a notificação até a efetiva desocupação, apuráveis em liquidação por arbitramento e baseados no valor locativo do bem ocupado indevidamente.

4.15. Ora, qual a prova concreta que se deve fazer neste caso: a prova do esbulho e da conseqüente má-fé. Não teria cabimento fazer-se, na prova pericial, o valor locativo do bem, pois este estaria defasado quando da execução. Ademais, o prejuízo decorre da letra da lei, advindo da má-fé pelo ato ilícito do esbulho. Provado este, e o percebimento de frutos indevidamente, provado está o prejuízo concreto a toda a coletividade.

4.16. Por outro lado, restou provado que o Réu explorava economicamente o próprio municipal. Ocorre aí um verdadeiro enriquecimento sem causa, decorrente de ato ilícito seu, situação que não pode ser consagrada judicialmente.

4.17. É este o entendimento do I. **Ministro GUEIROS LEITE, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que assim já decidiu:**

"Além da ação de esbulho em si mesma, a ordem jurídica assegura ao possuidor o ressarcimento do dano, que pode apresentar na responsabilidade aquiliana ou na estrutura da própria proteção possessória. Se a posse traduz uma

situação proveitosa, a quebra do ritmo de sua fruição pela moléstia possessória é via de fato causadora de prejuízo. E não podendo a ordem jurídica compadecer-se com a lesão, reconhece ao possuidor turbado ou esbulhado, a par do interdito defensivo, a indenização dos danos sofridos (TITO FULGÊNCIO, apud CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições, vol. IV, 1ª ed., 1970, pág. 64). *Os danos não são apenas concretos, como a obstrução de vias públicas, mas podem consistir no esbulho em si mesmo.*

...

Além dos frutos civis, cabe ao esbulhador a recomposição do bem em seu "statu quo ante", isto é, a sua restituição e restauração.

..."

(Agravamento de Instrumento nº 3318-SP [90000031494]) (grifou-se) (cópia em anexo).

4.18. O indeferimento da indenização, neste caso, nega vigência ao art. 528 do CC, pois contraria o preceito legal de que os frutos pertencem ao proprietário (e legítimo possuidor); e ao art. 513 da mesma lei, que obriga o possuidor de má-fé a restituir os frutos percebidos durante o esbulho.

4.19. É só o que se pleiteia, e o que se encontra demonstrado nos autos. Provado o "an debeatur" (conforme acima), resta apenas a apuração do "quantum debeatur" que pode ser relegado à fase de liquidação do julgado, por arbitramento, com base no valor locativo do bem esbulhado, multiplicado pelo número de meses em que o esbulho perdurou. Deste modo, estarão sendo restituídos a seu legítimo proprietário e possuidor os frutos civis da coisa esbulhada, sem que se permita que a atitude maliciosa gere um enriquecimento sem causa, em detrimento de toda a coletividade.

4.20. Por fim, cumpre ressaltar que o v. acórdão recorrido, ao afirmar que "...o Jockey tirava proveito econômico da área, cobrando pelo estacionamento de veículos (fls. 4 do acórdão), conclui da seguinte maneira: "E se havia certeza de que se realizava o esbulho, também é certo que havia certeza da tolerância, ao menos porque havia a retribuição de IPTU" (fls. 5 do acórdão).

4.21. Ora, não se pode concordar com a conclusão acima, eis que:

a) o lançamento tributário de IPTU, conforme doutrina e jurisprudência, não significa reconhecimento pela Municipalidade de domínio privado da área. Veja-se o entendimento da E. 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, *in* RT 570/108: "O simples pagamento de imposto territorial não demonstra exercício efetivo da posse";

b) isto se dá, porque o procedimento de lançamento fiscal de determinado imóvel é feito por pessoas leigas, mediante documentos (de propriedade ou não) **fornecidos pelos próprios interessados**. Nesse lançamento - no qual resta consignado expressamente que não tem qualquer efeito de reconhecimento de domínio do mesmo - são incluídas as áreas "apresentadas como particulares";

c) na maioria das vezes é a própria análise desses títulos apresentados pelos particulares que irá ensejar contestação, administrativa ou judicial, do caráter privado de determinados imóveis, seja via medidas possessórias, seja via medidas reivindicatórias;

d) nessa conformidade, até que se conclua pelo caráter público dos mesmos, permanecem lançados os impostos. Mesmo porque o lançamento do IPTU refere-se ao uso e à propriedade, mas sempre condicionados à eventual revisão pelo Fisco, da veracidade da informação prestada pelo particular;

e) este é o caso dos autos. Não se pode concluir que estivesse o Réu de boa-fé pelo simples fato de estar pagando IPTU sobre o local, pois ele próprio declarou como sua, área pertencente à Municipalidade de São Paulo, demonstrando inequivocamente a sua má-fé;

f) ademais, não se pode aceitar que o E. Órgão Colegiado entenda que possa haver **compensação** ao arrepio da lei, sob o singelo fundamento de que o Réu realmente agiu de má-fé, e esbulhou a área, devendo, portanto, indenizar, mas que, como pagava IPTU está isento de compor o prejuízo conforme estabelecido em lei;

g) ressalte-se, novamente, que se houve pagamento de IPTU este se deveu exclusivamente por declaração única do Réu, e que há procedi-

mento próprio para restituição de impostos indevidos, não podendo a atitude maliciosa do Réu ser a causa de uma compensação não prevista em lei, nem feita a requerimento das partes.

5. CONCLUSÃO

5.1. Por todo o exposto, e pela satisfação dos requisitos de nossa Lei Magna, impõe-se a reforma da v. decisão recorrida, a fim de incluir-se na condenação, o pagamento pelo Réu da indenização pelo uso indevido do bem público, nos termos retro, por ser esta uma medida de cumprimento integral das leis que compõem o nosso sistema legal, e de

JUSTIÇA!

São Paulo, 16 de outubro de 1995.

Silvana Aparecida Rebouças Antonioli
Procuradora do Município - Patr. 22
OAB/SP 111.238-A

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento de Desapropriações

*RECURSO ESPECIAL APRESENTADO PELA MUNICIPALIDADE
DE SÃO PAULO EM AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR
DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA, PRETENDIDO O
RECONHECIMENTO DA DISPENSA DE REGISTRO PARA
COMPROVAÇÃO DA TITULARIDADE DOMINIAL DE ÁREAS
DESTINADAS A VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS.*

Dora Dressler – Procuradora Municipal

EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRI-
BUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ref.: Autos nº 261.533.2/4

Autor: Piero Papini e s/m

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua procuradora, nos autos supra, referente à Ação Ordinária de Indenização por Desapropriação Indireta em epígrafe, inconformada com o decidido no v. acórdão de fls., vem, no prazo legal e com fundamento na alínea “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, dele interpor o presente **RECURSO ESPECIAL**

para o Egrégio **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, pelas razões expostas no articulado incluso.

Termos em que, de seu recebimento e regular processamento.

Pede deferimento.

São Paulo, 12 de julho de 1995

DORA DRESSLER
Procuradora - DESAP. 22
O.A.B./SP 51.088

RAZÕES DE ADMISSIBILIDADE E CABIMENTO

Recorrente: **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**

Recorridos: **PIERO PAPINI E S/M**

COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
DOUTOS MINISTROS

I - A QUESTÃO "SUB JUDICE"

Trata-se de ação de indenização por desapropriação indireta, rito ordinário, via da qual os autores reclamam indenização correspondente à área ocupada, acrescida dos consectários legais de estilo.

Julgada procedente a ação, a ré recorreu.

Ocorre que o Egrégio Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso da Municipalidade.

Pois é do decidido pelo v. acórdão, no tocante ao entendimento de que a integração do bem ao domínio público somente ocorre com o registro do loteamento, é que se volta a irrisignação da recorrente, via deste RECURSO ESPECIAL, cujo cabimento passa a demonstrar.

II - DO CABIMENTO DESTE RECURSO PELA ALÍNEA "c" DO INCISO III DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

Ao decidir que a integração do bem ao domínio público somente ocorre com o registro do loteamento, o v. aresto divergiu de julgado do Supremo Tribunal Federal, quando tais questões eram de sua competência.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, decidindo questão absolutamente idêntica, houve por bem entender que aprovado o arruamento, as áreas destinadas às vias e logradouros públicos passam automaticamente para o domínio público, independentemente de transcrição.

Assim, a Colenda Turma do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 84.327-SP, em que foi Relator o Ministro Cordeiro Guerra, confirmou a sentença e o acórdão:

"LOTEAMENTO. Aprovado o arruamento, para urbanização de terrenos particulares, as áreas destinadas às vias e logradouros públicos passam automaticamente para o domínio do município, independentemente de título aquisitivo e transcrição, visto que o efeito jurídico do arruamento é, exatamente, o de transformar o domínio particular em domínio público, para uso comum do povo. Não tem o loteador infringente do Decreto-lei 58/1937 mais direitos que o locador a ele obediente.

Inalterabilidade das plantas sem o consenso do Município.

Recurso Extraordinário conhecido, porém não provido." (grifo nosso - Doc.1).

Como se vê, ao contrário do assumido no v. acórdão impugnado, o v. aresto trazido à colação entende que as áreas destinadas às vias e logradouros públicos prescindem de registro para se tornarem públicas.

Portanto, basta a simples destinação feita para que a mesma se torne pública.

Se as vias e logradouros públicos não se incorporassem, de pronto e sem mais, ao patrimônio público, o loteador poderia fechá-los, tornando praticamente ineficaz o parcelamento do solo, frustrando, assim, o próprio objetivo do loteamento.

Para Hely Lopes Meirelles:

"Nem mesmo se faz mister, a nosso ver, a inscrição do loteamento para que se considerem incorporados no domínio municipal esses bens de uso comum do povo, decorrentes da urbanização de áreas particulares. A inscrição só é exigível para fins de alienação de lotes, sem qualquer implicação com as áreas de domínio público, não sujeitas às normas civis e às exigências de comercialidade dos bens particulares."
(in: RDI 14/13, n. 3.2 - grifo nosso).

Por conseguinte, com a aprovação do loteamento pelo Poder Público, as áreas reservadas a ruas e praças passaram para o domínio público, independentemente de transcrição imobiliária.

Portanto, os loteadores não poderiam ter alterado o loteamento sem a anuência do Município, ou seja, transformaram espaços livres em lotes e venderam aos recorridos, isto é, os autores da presente demanda compraram área pública.

Desta forma, resta aos recorridos voltarem-se contra os loteadores que de má-fé venderam área pública.

Por seu turno, citaremos alguns julgados de outros tribunais que seguem a mesma orientação:

"LOTEAMENTO - Aprovação - Passagem para o domínio público - Efeito imediato - Tributos - Lançamento - Inadmissibilidade.

É suficiente a aprovação do loteamento para que as áreas sejam tidas como de domínio público, pois os bens públicos não necessitam de registro..."

(Ap. nº 376.660-4-Mauá - Relator Des. Regis de Oliveira, 7ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil, in BDM nº 1/67, Jan./92 - grifo nosso).

"DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - ÁREA DE LOTEAMENTO PARA VIAS E LOGRADOUROS.

Desapropriação Indireta. Não ocorre, quando o Poder Público se apossa de áreas que lhe destinou o loteamento para a abertura de vias, logradouros, edifícios públicos ou equipamentos urbanos constantes do memorial descritivo."

(Ap. Cível nº 20470 - Relator Des. Hamilton de Moraes e Barros, 4ª Câmara Cível do TJRJ, in BDM - Boletim de Direito Municipal, fev./89/118).

JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao discutir o problema da rua particular, não admitido entre nós, assim se manifesta:

"No Brasil, essa solução parece impor-se mesmo nos casos de loteamento clandestino ou irregular (não inscrito), conforme já adiantamos em outro lugar. Não tem sentido continuarmos apegados ao formalismo jurídico, para não conceber como **públicas** as vias de circulação desses procedimentos parcelários do solo, **só porque o loteamento não foi aprovado pela Prefeitura ou não foi inscrito no registro imobiliário**. Ora, desde que tenham sido vendidos os lotes, ou boa parte deles, e a situação se apresenta irreversível, não há por que recusar o efeito proposto, pois na verdade, como já anotamos antes, o loteador, clandestino ou irregular, ao parcelar sua gleba e destinar o sistema de arruamento à utilização pública, procede no seu exclusivo interesse, por um lado, e, por outro, por vontade própria, motivada precisamente por aquele interesse, desfez-se da propriedade daquelas áreas, priva-se dessa propriedade, despoja-se desse direito em favor da coletividade, porque só

assim poderá auferir os benefícios decorrentes das relações sociais que o arruamento gera para seu loteamento. Em compensação pela perda da propriedade das áreas destinadas a vias, recebe as vantagens econômicas próprias do empreendimento, que, sem tais vias, seria inviável. Essa situação caracteriza um meio normal de perda da propriedade, por interesse e vontade própria, em favor da coletividade." (Direito Urbanístico Brasileiro, RT. 1981, pág. 269).

Assim, como bem ressaltado, o dissídio jurisprudencial reside justamente no tratamento jurídico diverso dado a situações idênticas. Pois, enquanto o acórdão recorrido defende a tese de que é imprescindível o registro do loteamento para as áreas se tornarem públicas, o acórdão paradigma consagra entendimento totalmente oposto, ou seja, o de que basta a aprovação do loteamento para que as áreas reservadas a vias e logradouros passem automaticamente para o domínio público, independentemente de registro.

Por todo o exposto, aguarda a Municipalidade de São Paulo que seja deferido em seu seguimento o presente recurso e que, após regularmente processado, seja conhecido e provido, para efeito de ser reconhecido que a área delimitada nas plantas de fls. 49/51 é pública e pertencente a Municipalidade de São Paulo, nada havendo que ser indenizado aos autores da ação, que, quando muito, poderão voltar-se contra o loteador, como medida da mais salutar

JUSTIÇA.

São Paulo, 12 de julho de 1995

DORA DRESSLER
Procuradora - DESAP. 22
O.A.B./SP 51.088

ÁREA PÚBLICA. OCUPAÇÃO PELOS "SEM TETO".
INVIABILIDADE DA PRETENSÃO DE ONERAR A PREFEITURA
COM REMOÇÃO E ALOJAMENTO DAS FAMÍLIAS.
AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO.
LIMINAR CASSADA. AGRAVO PROVIDO. *

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVOS DE INSTRUMENTO nºs. 10.804-5/6 e 10.805-5/0, da Comarca de SÃO PAULO, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, sendo agravado MINISTÉRIO PÚBLICO:

* Com trânsito em julgado

ACORDAM, em Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao Agravo de Instrumento nº 10.804-5/6 e homologar a desistência do Agravo de Instrumento nº 10.805-5/0, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAPHAEL SALVADOR (Presidente, sem voto), TOLEDO SILVA e CELSO BONILHA, com votos vencedores.

São Paulo, 19 de junho de 1996.

WALTER THEODÓSIO
Relator

VOTO Nº 2.018

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 010.804-5/6 - SÃO PAULO

AGRAVANTE : PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Parque Nova Santo Amaro, área pública ocupada pelos "sem teto" - pedido de remoção e alojamento de famílias residentes na área, no prazo de trinta dias, sob pena de multa - Inviável pretender-se, no caso, carrear-se à Municipalidade, tão-somente porque a área é municipal, o encargo de solver problemas habitacionais de verdadeira multidão, num Estado estruturado artificialmente como Federação, em que a União abarca o bocado mór dos tributos – tarefa sujeita a possibilidades materiais, oportunidade e a outras virtudes dos atos administrativos - liminar cassada – recurso provido.

Nos autos da ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de São Paulo, inconformado com a r. decisão de fls. 32, em que foi concedida liminar para que a Municipalidade de São Paulo, no prazo de trinta dias promovesse a remoção e alojamento das famílias residentes nas áreas de risco ou nas que ofereçam perigo às

suas vidas e integridade física, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, interpôs este, o Município de São Paulo, o presente agravo de instrumento.

Diz que o Município tem realizado esforços no sentido de que os invasores, alertados pelo risco, deixem seus imóveis irregularmente instalados.

Diz que a suspensão da liminar se faz necessária para evitar grave lesão à ordem, à segurança e à economia pública, eis que a decisão impõe ao Município obrigação sem amparo legal.

Acrescenta que a execução da r. decisão obrigará o Município alojar invasores em escolas e repartições públicas, conturbando-se a ordem e pondo em risco a segurança pública.

Insurge-se, também, contra a penalidade pecuniária, que prejudica a coletividade.

Lembra as despesas com a remoção e demolição de casas, em sua maioria de alvenaria.

Refere-se aos artigos 23, IX, da Constituição Federal, 170 da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Pleiteia a suspensão da execução da liminar.

Determinou-se a manifestação da agravante sobre o interesse no prosseguimento do agravo de instrumento nº 010.805-5/0, tendo em vista a duplicidade de recurso.

Deferiu-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

A agravante, a fls. 68, manifestou-se pelo desinteresse no prosseguimento do agravo de instrumento nº 10.805.5/0, que se encontra apensado, conforme despacho ali lançado.

Intimado, o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu contra-minuta, sustentando a viabilidade da r. decisão recorrida, em dissertação descritiva dos fatos e criticando o proceder do Poder Público em relação às famílias removidas, que devem ser alojadas.

Menciona os artigos 203, 182 e 23, XI da Constituição Federal, e o artigo 170 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, como invocados pela agravante em exegese a si favorável, requer a persistência da r. decisão.

É o relatório.

Primeiramente, cabe homologar-se a desistência do agravo de instrumento nº 010.805.5/0, da Comarca de São Paulo, cujos autos se acham em apenso a este recurso.

O exame dos autos revela elogiável preocupação, seguida de conduta pertinente, do Ministério Público Estadual, em torno de problemas sociais que se projetam na realidade de nossos dias.

Trata-se de ocupação de área pública pelos chamados "sem teto".

No caso, mais de uma centena de pessoas invadiram uma área pública.

Segundo a inicial da ação civil pública, o imóvel constitui-se em área verde do loteamento Parque Nova Santo Amaro, e ali se acha instalada a Favela Novo Santo Amaro, com cento e vinte seis moradias, sendo dez em zona de risco.

Não há informes seguros sobre a data em que essa área começou a ser ocupada, todavia, em dezembro/92, em apuração das condições da favela, houve registro de desmatamentos e deslizamentos de encosta, em razão de chuvas torrenciais.

Três anos depois, em dezembro de 1995, a Administração Regional informou persistirem as causas de situação de risco.

A Municipalidade elaborou autos de interdição de vários barracos, em dezembro de 1992, vistorias em fevereiro de 1991 e dezembro de 1992, e oficiou ao Ministério Público e à autoridade policial, "para prevenir e resguardar responsabilidades da Municipalidade de São Paulo". Fez, ainda, o cadastramento sócio-econômico das famílias.

As interdições mostraram-se inócuas, eis que os favelados se recusaram a deixar as moradias.

O Município disse não haver alternativa habitacional a oferecer às famílias moradoras, sugerindo solução tida por paliativa, canalização do esgoto, e obras simples de contenção do talude e plantio de grama.

O autor da ação, o Ministério Público, bate-se pela natureza pública da área, bem de uso comum do povo, invoca o dever do Poder Público de conservar o patrimônio público, o Plano Diretor do Município, violação aos direitos urbanísticos, apontando ser omissa o Município que tolera a ocupação e não aforou, sequer, uma ação judicial para remediar a diminuição do patrimônio público.

Em conclusão de tais premissas, o autor da ação civil pública, com pedido de liminar, que se viu atendida, pleiteia do Município-réu o cumprimento da obrigação de fazer, em prazo a ser fixado, consistente na regularização do uso e da ocupação do solo em questão, com remoção dos ocupantes.

O pedido de procedência da ação envolve providências de recuperação e urbanização da área, assentamento de famílias, e, alternativamente, urbanização da favela, mantendo-se os ocupantes atuais, com realização de obras de infra-estrutura (canalização de esgoto, água, instalação oficial de energia elétrica, pavimentação das vias de circulação, implantação de sistema de captação e drenagem de águas pluviais, etc.), no prazo de um ano, sob compensação com bem de uso dominial do Município, mediante permuta, a fim de possibilitar a recomposição do bem de uso comum do povo.

Não está sob julgamento o rol de providências reclamadas na inicial, mas, apenas o pedido de suspensão da execução da medida liminar concedida.

Bem examinado o pedido de liminar, que se viu atendido, apura-se que contém ele já típica execução do pedido principal, que prejudicaria a alternativa da urbanização da favela, com a manutenção dos ocupantes atuais e realização de obras já descritas.

Além da execução antecipada do pedido principal, acrescentou-se-lhe algo, um "plus", o de providenciar alojamento às famílias removidas.

O tema em discussão traz a lume a extrema crença na hercúlea e incomensurável força do Estado, "lato sensu", em face das necessidades humanas.

Exige-se que o Estado, espelho de uma sociedade, seja um "tertius" depurado dos males desta, capaz de compor e sanificar os padecimentos de uma comunidade.

Sob o véu da chamada justiça distributiva, escopo do Estado atual, chamado por vezes, de "welfare state", outras vezes, de intervencionista, e até o Estado do Bem Estar Social, cria-se, em termos de exigências invencíveis à máquina estatal, o ambiente sombrio do autoritarismo.

É a Nação que modela o Estado, e não o inverso, como queria o fascismo italiano.

O Estado não tem o condão de solver todos os problemas sociais, se a sociedade não o conforta de tais forças.

Inviável pretender-se, no caso, carrear-se à Municipalidade, tão-somente porque a área é municipal, o encargo de solver os problemas habitacionais de verdadeira multidão.

Num Estado, como o brasileiro, estruturado artificialmente como Federação, em três degraus incluído o Município, mas em que se projeta como a grande Mãe, a União, abarcando o bocado mór dos tributos, mostra-se irrazoável exigir-se do Município a tarefa ingente e hercúlea de remover centenas de pessoas de sua área, com o gravame de providenciar-lhes alojamento e de enfrentar-lhes a resistência, como deflui dos autos.

Tal solução, a de providenciar alojamento, além de estimular invasões arbitrárias, como lembra o v. Acórdão de fls. 36, será louvada pelas outras duas entidades político-constitucionais, a União e o Estado-membro, que se deliciarão com tal obrigação municipal, eis que ficarão à margem de tais problemas, já que o território pátrio, salvo ligeiras evasivas, está dividido entre os municípios.

Nem por isso se recusa o dever municipal de preservar suas áreas públicas, removendo invasores.

Mas, trata-se de tarefa de governo, sujeita às possibilidades materiais, oportunidade e a outras virtudes dos atos administrativos.

Inviável impor-se que, no prazo de trinta dias, venha a solver problema que se arrasta, pelo menos, desde 1992, sob pena de multa diária.

Tarefa de governo não se faz sob batuta judicial, porque o Juiz não tem as rédeas da Administração e não guarda, pois, condições de avaliar as possibilidades.

Assim, sob embargo de caber a remoção dos chamados favelados, como decorrência cristalina do direito positivado em torno dos bens públicos de uso comum, afasta-se a obrigação imposta ao Município de remover e fornecer alojamento aos removidos, no prazo de trinta dias, e conseqüentemente, a multa prevista.

A exigência, considerados os inúmeros episódios similares, é demasiada em relação às forças municipais, diante das premissas ofertadas no quadro pincelado nos autos.

“Ad impossibilia, nemo tenetur”.

Isto posto, confirmado o efeito suspensivo determinado pelo Relator, homologada a desistência do agravo de instrumento nº 010.805.5/0, em apenso, dá-se provimento ao recurso, para afastar a liminar concedida em primeiro grau.

WALTER THEODÓSIO
Relator

IPTU. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO JOCKEY CLUB DE
SÃO PAULO. INEXISTÊNCIA DE LEI ISENTANDO DO
TRIBUTO O IMÓVEL DESTINADO AO HIPÓDROMO.
EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL.
IMPROCEDÊNCIA

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO
DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - IPTU -
IMÓVEL DE PROPRIEDADE DO JOCKEY CLUB DE SÃO PAULO -
CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE - APURAÇÃO DO VALOR VENAL -
TRIBUTO DEVIDO - INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E
CONFISCO NA PROGRESSIVIDADE DAS ALÍQUOTAS - INEXISTÊNCIA

DE LEI ISENTANDO DO TRIBUTO O IMÓVEL DESTINADO AO HIPÓDROMO PAULISTANO - IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS DECRETADA, COM INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA - PROVIMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 586.469-7, da Comarca de SÃO PAULO, sendo recorrente JUÍZO DE OFÍCIO, apelante MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO e apelado JOCKEY CLUB DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento aos recursos.

Embargos à execução fiscal julgados procedentes pela r. sentença de relatório adotado e submetida por seu prolator ao reexame necessário desta Corte.

Apelação da Municipalidade pleiteando reforma sob o fundamento de que a cláusula de inalienabilidade que grava o imóvel tributado (de propriedade do Jockey Club de São Paulo) em nada impede a apuração do valor venal sobre o qual calculado o tributo devido.

Há resposta e preparo.

É o relatório.

Conquanto as considere o Código Civil (art. 69) fora do comércio, não se confundem entre si as coisas insuscetíveis de apropriação e as coisas legalmente inalienáveis.

As primeiras são consideradas fora do comércio por sua própria natureza, assim como a luz, o ar, a *aqua profluens*, o mar, - desde que tomadas em sua totalidade (em parte podem ser objeto de comércio), porque, nessa qualidade, não são adequadas para compor patrimônio privado, podendo-se, então, delas afirmar *que não têm valor*, para disso extrair-se a conclusão de que não têm valor venal, ou, em melhor definição, que são extrapatrimoniais e que, portanto, não podem ser tributadas, evidentemente.

Já o mesmo não se pode considerar das coisas legalmente inalienáveis, que, malgrado fora do comércio, são suscetíveis de apropri-

ação humana, ou, melhor dizendo, são bens patrimoniais (aliás, se não fossem, por que, então, permitiria a lei retirá-las do patrimônio para que não respondessem pelas dívidas do titular?). Assim os bens dotais, da mesma forma que os gravados de inalienabilidade por ato de última vontade ou nas doações são bens apropriáveis pelos particulares, que com eles passam a compor parte ou a totalidade dos seus respectivos patrimônios privados.

No caso vertente, o que se tem é um imóvel gravado com cláusula de inalienabilidade, e por isso fora do comércio. Mas, esse bem compõe o patrimônio da entidade donatária. Essa última, por meio dessa doação gravada, adquiriu-lhe a propriedade. Trata-se de bem dotado de valor apurável e tributável pelo IPTU., porque esse tributo incide sobre a propriedade predial e territorial urbana (CF., art. 156, I; CTN., art. 32; Lei Municipal 6.989/66, art. 2º), conforme, aliás, muito bem acentuado pelo procurador da municipalidade apelante.

Neste contexto, e bem consideradas as bem lançadas razões do zeloso procurador municipal, mostra-se insustentável a r. sentença, em que pesem os seus esmerados fundamentos.

Quanto à pretendida isenção, mostrando-se evidente a inexistência de lei que a concedesse ao Jockey Club em relação ao imóvel destinado ao hipódromo paulistano, eram de inegável improcedência os embargos, por aplicação do disposto no artigo 176, do CTN.

Isenção contratual, ou decorrente da cláusula que prevê a reversibilidade do patrimônio doado à municipalidade é coisa de que "não há se falar" (Ap. 644.875-7, 8ª Câm., rel. Franklin Nogueira, fls.287/290).

Bem afastada pela r. sentença, outrossim, a pretendida existência de coisa julgada (Súmula 239, RE 83.225, RTJ 92/707).

No mesmo sentido, aliás, já decidiu a C. Oitava Câmara deste Tribunal, consoante acórdão de fls. 278/281, complementado pelo de fls. 283/285, ambos juntados aos autos por determinação do eminente terceiro juiz (fls. 244).

Nada há de inconstitucional ou confiscatório na adoção do critério da progressividade das alíquotas em base no valor venal ou na destinação do

imóvel (ADI n. 17.066-0 SP TJSP Sessão Plenária, Rel. Des. Silva Leme, 07.6.95).

Com essas considerações, deram provimento aos recursos, para julgar improcedentes os embargos à execução fiscal, invertidos os ônus sucumbenciais.

Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz **ÁLVARES LOBO** e dele participou o Juiz **CARLOS RENATO** (com vista).

São Paulo, 03 de setembro de 1996.

ARIOVALDO SANTINI TEODORO
Relator

IPTU. ISENÇÃO. CONCESSIONÁRIA FEDERAL DE ENERGIA ELÉTRICA. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA MUNICIPALIDADE. VEDADA ISENÇÃO PELA UNIÃO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPROCEDÊNCIA.

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 582.047-5, da Comarca de SÃO PAULO, sendo apelante ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A ELETROPAULO e apelado MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO

IMPOSTO - Predial e Territorial Urbano - Município de São Paulo - Pretensão a isenção fundada no Decreto-lei nº 2.281/40, na Lei nº 2.308/54 e no Decreto nº 4.019/57 - Perda da eficácia com advento da CF/67 e Emenda Constitucional nº 1/69 - Exigência de Lei Complementar - Isenção pela União também vedada expressamente pela CF/88, artigo 151, inciso III - Competência exclusiva da Municipalidade em isentar o contribuinte de tal tributo - Embargos à execução fiscal improcedentes - Desprovidimento.

ACORDAM, em Décima Câmara do Primeiro Tribunal da Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Cuida-se de embargos à execução, cuja r. sentença de fls. 52/54, adotado o seu relatório, julgou-os improcedentes.

Irresignada, apela a vencida sustentando equivocada a r. sentença, porque presente ainda a isenção que goza dos impostos municipais, tendo seus imóveis única e exclusiva destinação. E só não requereu a isenção expressa da Municipalidade, certa que essa concessão cabia exclusivamente à União. Alega, ainda, ter deixado de requerer a perícia técnica por motivo econômico-financeiro e ter o mesmo juiz "a quo" se pronunciado em outra decisão com tese contrária à que fez constar deste julgado. Postula, desse modo, o provimento do recurso, para que a r. sentença seja anulada ou que julgue procedentes os embargos à execução.

Recurso tempestivo e respondido.

É o relatório.

A apelante, concessionária federal de energia elétrica, pretende isenção da cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano e Taxas do Município de São Paulo, incidentes sobre seus imóveis do exercício de 1990, cujo fato gerador ocorre em 1º de janeiro de cada ano.

Inexiste prova de qualquer isenção por lei municipal ou contratual, estando os embargos restritos às normas federais, constitucionais e infra-constitucionais.

"Ab initio", cumpre observar-se que, de regra, "A isenção de tributos e o perdão da dívida ativa, importam em favores do Município ao devedor,

dependem de autorização por lei, da Câmara, para sua efetivação pelo Executivo. A lei autorizativa deverá, na sua elaboração, atender às exigências que geralmente o Código Tributário do Município impõe para a concessão de tais favores, e no seu texto indicar os requisitos a serem satisfeitos pelos beneficiários, em harmonia com as normas gerais do Código Tributário Nacional" (cf. HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Municipal Brasileiro", Ed. RT, 3ª ed., reformada, 1977, pp. 790 a 791).

Destarte, como lógica jurídica, o poder de isentar é sectário do poder de tributar. Mas a Constituição Federal de 1967, - intervencionista e outorgada em tempo de regime excepcional, - veio conferir à União a faculdade de, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, isentar impostos federais, estaduais e municipais (art. 20, § 2º). A Emenda nº 1/69, igualmente, manteve também a regra excepcional, só suprimindo a desnecessária anterior inclusão dos impostos federais (art. 19, § 2º).

Desse modo, as normas federais que isentavam as empresas de energia elétrica, estribadas nas Constituições de 1937 e 1946, - consubstanciadas no Decreto-lei 2.281/40, Lei nº 2.308/54 e Decreto 4.019/57, - perderam eficácia com o advento da Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69, que passaram a exigir "lei complementar" devidamente motivada para essas isenções de tributos municipais. Esse, aliás, o entendimento que tem respaldo em precedente desta Corte (JTACSP-RT 86/39) e que se encontra proficientemente exposto em sentença subscrita pelo eminente Juiz, - hoje desembargador aposentado e parlamentar - REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (RDT 6/191-195), com a qual concordou, comentando-a, o douto tributarista GERALDO ATALIBA (RDT 6/195-196) (fls. 207/251, destes autos).

Quando não, - incorrendo a prescrição da dívida tributária, - a Constituição Federal de 1988, no seu art. 151, inciso III, ao proibir expressamente venha a União isentar impostos Municipais, por serem incompatíveis com a independência e autonomia dos Estados e Municípios, revogou todas as aludidas anteriores isenções, inclusive por lei complementar, perdendo estas, - inclusive por esses fundamentos, - sua eficácia.

Descabe, por conseguinte, a invocação do direito adquirido, pois a isenção tributária é sempre revogável, a qualquer tempo, passando a ser exigida no momento dessa revogação (CTN, art. 178), conforme lição de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES ("Isenções Tributárias", 1ª ed., Sugestões Literárias, 1969, pp. 95/96).

No mesmo sentido prelecionam CARLOS MAXIMILIANO ("Direitos Intertemporais", p. 325) e PAUL ROBIER ("Les conflits des lois dans le temps - Théorie dite de la nonrétroactivité des lois", t. II/497), citados em excelente aresto da Sétima Câmara desta Corte, v. u., relatado pelo eminente Juiz BARRETO DE MOURA. Ressaltam, assim, aludidos hermeneutas que "a norma constitucional deslocadora da competência tributária produz de logo os seus efeitos", pois que "o interesse público sobreleva ao interesse particular, impondo-se de imediato e na sua íntegra a norma que determinou a alteração da competência dos poderes públicos".

Também de "incentivos fiscais" não cuida, porque nesses incentivos não se incluem as isenções. Não há, pois, como aplicar o art. 41 do ADCT da CF/88, até mesmo porque, no silêncio sobre eventual isenção, esta será considerada revogada (art. 41 § 1º, do ADCT da CF/88).

Destarte, em face de todos esses argumentos, deve a r. sentença ser confirmada.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento o Juiz FRANK HUNGRIA e dele participaram os Juizes REMOLO PALERMO e PAULO HATANAKA.

São Paulo, 16 de abril de 1996.

ANTÔNIO DE PÁDUA FERRAZ NOGUEIRA
Relator

ISS, DIVERSÕES PÚBLICAS. EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO
POR ANTECIPAÇÃO, NA CHANCELA DE BILHETES
PARA "COUVERT" ARTÍSTICO. AÇÃO
ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL.
IMPROCEDÊNCIA.

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO
DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Anulatória de Débito Fiscal – ISS – Diversões públicas - Exigência do pagamento por antecipação, devido quando da chancela dos bilhetes para o "couvert" artístico - Retificação compulsória, de ofício, pelo Fisco, ante a inscrição sob o código de serviço errado - Impossibilidade de se con-

siderar tempestivo o imposto recolhido erroneamente, fora do prazo e após a lavratura dos respectivos autos - Recurso da autora não conhecido, por falta de interesse recursal, pois vencedora em 1ª Instância - Recurso da ré provido para reformar a r. sentença e julgar improcedente a ação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 567.189-2, da Comarca de SÃO PAULO, sendo apelantes LAPA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS E COML LTDA; MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO e apelados OS MESMOS (REQUERENTE: JUÍZO DE OFÍCIO).

ACORDAM, em Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso da autora e dar provimento ao apelo da ré.

Empresa que se dedica aos negócios de restaurante, bar, danceteria, discoteca, casa de espetáculos e atividades análogas, mediante cobrança de "couvert" artístico, move a presente ação anulatória de débito fiscal, por entender indevida a cobrança de ISS referente a diversões públicas.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação entendendo que inválidos os autos de infração, mesmo porque não considerados, pelo Fisco, os recolhimentos feitos.

Irresignadas, apelam ambas as partes, além de interposto o recurso oficial.

Aduz a autora, parte vencedora, que a r. sentença acolheu, apenas, um dos seus argumentos, vendo-se, porém, vencida ou prejudicada quanto aos demais inacolhidos, o que justifica este seu inconformismo. Recorre, assim, para que sejam reconhecidos os demais argumentos expostos e referentes a: cerceamento de defesa, pois só com o resultado do laudo tomou conhecimento de alguns dados esparsos em que se baseou o Fisco para fazer as autuações; ausência de procedimento administrativo regular, em ofensa ao Código Tributário Nacional; incompetência dos agentes de apoio fiscal fazerem o levantamento para a elaboração dos autos assinados pelos inspetores fiscais; sua atividade de "couvert" artístico que compreende a entrada mais o espetáculo, bebidas, petiscos e danças, não podendo ser comparado a simples cinema; ter tido o seu código de atividade alterado uni-

lateralmente, passando então o Fisco a exigir a chancela dos ingressos, o que importa em recolhimento antecipado do ISS, embora inexista preceito legal amparando tal conduta; afronta ao princípio da estrita legalidade tributária, já que não há previsão legal para tanto, pois o regulamento que o prevê não se equipara a lei; impossibilidade de exigência do ISS antes da ocorrência do respectivo fato gerador; ilegitimidade do cálculo do imposto aferido por arbitramento, já que a estimativa só é válida para fatos futuros, sendo incabível em auto de infração já lavrado e, ainda, que as autuações foram baseadas em artigo diverso da lei, ou seja, no de número 74 não no de número 55, como feito.

Razões de apelação da Municipalidade visando a reforma do r. decisório porque o recolhimento do ISS com atraso refere-se a meses diversos das autuações, sendo, ainda, que se levados em consideração os recolhimentos atrasados isso não gera a nulidade dos autos de infração, mas a sua validade parcial, mesmo porque possível a retificação. Apresentou, ainda, memorial nesse mesmo sentido.

Recursos processados e respondidos.

É o relatório, no necessário.

Não é de se conhecer o apelo da autora, por carecer de legítimo interesse, pois vencedora da ação. Como já decidiu esta E. Câmara (JTAC-SP 108/39-40), falta-lhe legitimidade para pretender novo pronunciamento judicial sobre outros fundamentos invocados na postulação inicial.

Recorrendo do fundamento do julgado ou, apenas de um dos seus fundamentos, reflete a falta de interesse recursal, pela inocuidade do recurso, posto inapto a alterar o julgado. Isso porque, **“o que provoca a sucumbência, porém, não são os argumentos ou a fundamentação da decisão, mas sim o seu dispositivo, a parte decisória propriamente dita...”**, conforme Vicente Greco Filho, em seu “Direito Processual Civil Brasileiro”, 2º vol., pág. 261.

“Questionar-se quanto a, apenas, um dos fundamentos do julgado é inútil, vez que tal não conduz o recorrente a uma situação mais favorável do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão

recorrida. Daí o Juízo externado quanto a ausência de interesse recursal” (JTACSP 108/324), respeitado douto entendimento em contrário (JTAC-SP 119/371).

Para o processualista José Carlos Barbosa Moreira, em seus “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V/336, ed. Forense, “da legitimação para recorrer deve distinguir-se, como acima exposto, o interesse em recorrer, que é outro dos requisitos de admissibilidade do recurso. A noção de interesse, no processo, repousa sempre, como se vê, no binômio utilidade mais necessidade; utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência. O interesse em recorrer, assim, resulta da conjunção de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; do outro lado, que lhe seja necessário usar do recurso para alcançar tal vantagem.”

No mesmo sentido, Theotonio Negrão, “CPC e legislação processual em vigor”, 24ª ed., nota 4 ao art. 499; JTACSP - 108/325.

Inobstante isso, a r. sentença bem apreciou esses argumentos, afastando-os.

De fato, as considerações expostas pela autora evidenciam que os agentes de apoio por ela apontados efetuaram um procedimento verificatório, e os inspetores fiscais assinaram os levantamentos fiscais a que se refere, sendo os autos de infração lavrados e assinados pelos agentes capacitados (fls. 809).

Ademais, nos autos há a tipificação dos serviços com indicação do item 59 da Lei nº 10.423/87 e a falta de alínea correspondente a esse item não caracteriza irregularidade por ausência de requisito essencial, pois a autora bem sabe e não pode desconhecer a atividade que exerce, o que, ao contrário de dificultar, facilita a sua defesa. Dos autos constam os requisitos necessários (fls. 808).

Tem-se, ainda, como expõe Bernardo Ribeiro de Moraes em seu "Compêndio de Direito Tributário", 2ª vol., 1994, 2ª ed. Forense, págs. 386-399, que "O crédito tributário ... nasce da ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação, por ocasião da obrigação tributária (relação jurídica). Desde logo, o sujeito ativo tributário passa a ter o direito de crédito, podendo exigir do sujeito passivo, a prestação tributária, desde que tenha condições. Embora constituído com a obrigação tributária, o crédito tributário pode não ter condições de exigibilidade, competindo à Administração Tributária estabelecer se o sujeito passivo deve ser compelido, desde logo, a satisfazer a dívida ou se a autoridade administrativa deve antecipadamente realizar o lançamento tributário, a fim de constituir o crédito tributário nas condições de exigibilidade. Pelo lançamento tributário, apurado o *quantum* devido, torna líquido o que está ilíquido. A constituição (formalização) do crédito tributário se dá através de um ato da autoridade administrativa denominado lançamento tributário. Nos termos do Código Tributário Nacional, compete privativamente à autoridade administrativa "constituir o crédito tributário através do lançamento" (art. 142). Lançamento tributário, ou simplesmente lançamento... é um ato administrativo, decorrente de um procedimento (ato ou conjunto de atos regrados que objetivam a realização de um fim) privativo da autoridade administrativa, que tem por objeto formalizar o crédito tributário correspondente a uma obrigação previamente existente. Para tal, a autoridade administrativa verifica a ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação e apura quantitativamente o valor da matéria tributável, tornando-a líquida, em condições de exigibilidade. ... Segundo conceituação legal, prevista no Código Tributário Nacional, art. 142 ... o lançamento tem as seguintes características essenciais: a) é um ato privativo da autoridade administrativa... b) o lançamento tributário é uma atividade administrativa obrigatória da autoridade administrativa... c) o lançamento tributário é um ato vinculado... o lançamento tributário é ato vinculado às definições legais. ... O lançamento tributário não é um ato discricionário, que admita margem de opção ou de livre escolha entre várias condutas diante da lei, mas, sim, é um ato regrado, vinculado à lei tributária. ... O lançamento tributário deve ser realizado nos estritos termos que a lei o admite... d) é um procedimento que tem por objeto calcular o montante do tributo devido. ... "compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamen-

to (art. 142). ... O lançamento tributário não cria o crédito tributário, mas apenas o formaliza... O Código Tributário Nacional, neste particular, não podia utilizar o verbo "constituir" (constitui) no seu artigo 142, pois a palavra dá a idéia de "criar" (criar o crédito tributário). "Formalizar" é palavra mais simples que, aplicada ao crédito tributário, lhe dá o verdadeiro sentido. Para formalizar o crédito tributário a autoridade administrativa verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente... determina a matéria tributável, realiza o cálculo do tributo devido, identifica o sujeito passivo tributário e até faz a proposta da aplicação da penalidade cabível, se for o caso. O resultado dessa "formalização" do crédito tributário se traduz num documento denominado lançamento tributário (o auto de infração é uma das suas modalidades). Nessa apuração formal do crédito tributário, o procedimento da autoridade administrativa adquire presunção de legitimidade, razão pela qual o crédito tributário passa a ser exigível pela Administração Pública... e) é um procedimento que propõe a aplicação da penalidade cabível. ... Sendo o lançamento tributário um ato privativo da autoridade administrativa, mister se faz que o sujeito passivo dele tenha conhecimento. Nada impede que o devedor se insurja contra o crédito tributário constituído, seja por não representar a verdadeira aplicação da lei tributária, seja em razão da não ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, seja por não estar de acordo com a conclusão em relação ao *quantum*, etc. O devedor, assim, deve ter conhecimento do lançamento tributário. Para tal, há a necessidade de notificá-lo. O lançamento tributário esgota-se com essa notificação administrativa... para a formalização do crédito tributário, duas fases existem nesse procedimento, assim discriminadas: 1^a) a primeira fase é denominada fase oficiosa do lançamento tributário, em que a autoridade administrativa realiza o procedimento de forma unilateral, sem o conhecimento do sujeito passivo tributário. Nesta fase, a autoridade administrativa coleta dados, examina documentos, etc, a fim de buscar os dados necessários para a feitura do lançamento... Concluído o procedimento, que é ato privativo da autoridade administrativa, o sujeito passivo deve tomar conhecimento da peça conclusiva, o que se faz através da notificação de lançamento. A partir de tal momento esgota-se a fase oficiosa do lançamento tributário; 2^a) a segunda fase é denominada fase contenciosa do lançamento tributário. Tal fase começa quando o sujeito passivo recebe a notificação do lançamento

tributário, passando a ter, então, o direito de discutir a procedência ou veracidade do crédito tributário formalizado, podendo oferecer sua impugnação ou contestação. A partir de então, o lançamento tributário poderá ser modificado em virtude de impugnação do lançamento pelo sujeito passivo, recurso de ofício, ou por iniciativa da própria autoridade administrativa (nos casos previstos no art. 145 do CTN). Somente com a final manifestação da autoridade administrativa, uma vez esgotados todos os recursos, se houver, é que o crédito tributário passa a denominar-se “definitivamente” constituído”. ... O Código Tributário Nacional tomou posição quanto à conceituação do lançamento tributário face à obrigação tributária e ao crédito tributário. Este é constituído “pelo lançamento” (art. 142), que se reporta “à data da ocorrência do fato gerador” da obrigação tributária (art. 144). Em relação à obrigação tributária, o lançamento se apresenta como procedimento da autoridade administrativa pela qual se constata a ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação e, se declara a obrigação tributária (procedimento declaratório); em relação ao crédito tributário, o lançamento se apresenta como o procedimento da autoridade administrativa pelo qual esta constitui, formaliza o crédito tributário (procedimento constitutivo do crédito tributário). A postulação do Código Tributário Nacional, conforme se vê, é uma posição correta e avançada, sem perder de vista os diversos efeitos decorrentes do lançamento tributário. O nosso Código, assim, concilia a tese declaratória da obrigação tributária preexistente, levando em conta, ainda, o efeito formalizador (constitutivo) do crédito tributário. É evidente que o lançamento tributário não tem eficácia constitutiva da obrigação tributária, uma vez que esta nasce com a ocorrência do respectivo fato gerador, sendo o lançamento tributário mero procedimento “declaratório”. O lançamento tributário, não criando, nem modificando e nem extinguindo direitos ou obrigações, não pode ter a natureza de ato constitutivo. Ao afirmar ou reconhecer a existência de uma obrigação preexistente, o lançamento tributário tem eficácia declaratória... a natureza jurídica do lançamento tributário é declaratória, pois ele apenas reconhece uma situação preexistente: a obrigação tributária. Em relação ao crédito tributário, o lançamento tributário se apresenta constitutivo, uma vez que ele formaliza o crédito tributário, individualizando-o e lhe dando a qualidade de exequível. É a linha do Código Tributário Nacional (art. 142), ao dispor que o lançamento tributário é um procedimento ten-

dente a "verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente" (o Código indica a natureza declaratória do lançamento tributário, pois o seu objetivo é declarar a obrigação tributária já existente); ao utilizar expressão "constituir o crédito tributário pelo lançamento" (o Código indica a natureza constitutiva do lançamento tributário, que tem por objeto formalizar o crédito tributário)."

A autora promove espetáculos, em razão do que se diz cobrar "couvert" artístico.

Como bem observado pela r. sentença, "Quanto ao lançamento ou lançamentos em si, ainda que precisas as considerações da autora a respeito dos atos em que os inspetores fiscais apenas lavraram os autos de infração, pois "Ordens de Diligências" por ele subscritas demonstram a existência formal de ato antecedente à lavratura e característico do lançamento fiscal. Contudo, com este último não se confunde a pesquisa de elementos realizada pelos agentes fiscais de apoio.

Desta forma, tem-se por superada a alegação de vícios nos procedimentos administrativos.

Da análise das alegações feitas pelas partes quanto ao mérito resulta procedente a pretensão inicial.

Como definido, a autora fornece bebidas, alimentação, promove bailes e espetáculos em razão do que diz cobrar "couvert artístico".

Entende a autora estar sujeita ao recolhimento do ISS, a ser calculado em conformidade com o disposto no artigo 2º da Lei nº 10.423/87, observando o preceituado no artigo 31 do Decreto Municipal nº 22.470/86 e, por isto, tem efetuado o recolhimento do imposto, adotando a alíquota de 10%, de forma mensal e levando em conta a possibilidade de pagamento, na ocasião, até o dia 15 do mês seguinte ao da incidência.

A Municipalidade, porém, conforme autuações infracionais lavradas, considera que a alíquota de 10% deve ser recolhida antecipadamente através de cancelamento dos ingressos colocados à venda na bilheteria do estabelecimento da autora.

Na hipótese, o fato gerador do ISS e, portanto, o nascimento da obrigação tributária se dá quando o interessado ingressa no local onde se realiza a diversão pública, seja com convite ou bilhete de ingresso. Este, traduz-se por ser mero expediente para comprovar a venda da diversão, embora esta possa ser atestada por outros meios, como pelo número de pessoas que adentram no estabelecimento.

Ora a existência de ingressos na bilheteria já coloca à disposição dos freqüentadores o respectivo serviço, havendo presunção de que o espetáculo realmente será levado àqueles e assim que o estabelecimento cumprirá a obrigação de apresentar o espetáculo a que se propõe. Desta forma, é perfeitamente possível o recolhimento antecipado objetivado pela Municipalidade, ante a proximidade da ocorrência da prestação de serviço, existindo situação fática que permite a situação tributável.

A tal respeito, ainda que outro possa ser o entendimento de ilustres tributaristas citados pela autora, faz-se necessário verificar a legislação a respeito.

Dispõe o artigo 114 do Código Tributário Nacional, "Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente a sua ocorrência".

O artigo 116 do mesmo Código traz ressalva a respeito do momento em que ocorreu o fato gerador do tributo, ao enunciar, "salvo disposição de lei em contrário...".

Já a Lei Municipal nº 6.989, artigo 75, dispõe que: "É facultado ao Executivo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade, adotar outra forma de recolhimento, determinando que este se faça antecipadamente, operação por operação, ou por estimativa, em relação aos serviços de cada quinzena". Tal norma encontra permissivo no artigo acima descrito do CTN. E em razão dela há o Decreto Municipal nº 22.470/86, artigo 32, estabelecendo que "os empresários, proprietários, arrendatários, cessionários ou quem quer que seja responsável, individual ou coletivamente, por qualquer casa de divertimento público, acessível mediante pagamento, são obrigadas a dar bilhete de ingresso ou entrada individual ou coletiva aos usuários, sem exceção" e, no parágrafo único, "Os bilhetes só terão valor quando cancelados, em via única, pela repartição competente".

A partir da verificação dos dispositivos referidos, não é possível se ter como indevido o cancelamento de ingressos exigido pela Fiscalização.

A análise inclusive da manifestação do perito do Juízo a respeito do tipo de estabelecimento da autora não ser mera sala de espetáculos mas oferecer boas instalações e utilidades e, assim, não equiparável a qualquer estabelecimento que cobre pela mera aquisição de ingressos é frágil para abalar a certeza de que o espectador só é admitido ao local mediante o pagamento do valor do bilhete ou ingresso. Vai-se ao espetáculo muito mais em razão do artista que lá se apresentará do que do ambiente agradável, embora isto também atraia os espectadores.

Assim, as considerações a respeito de ilegalidade da Lei Municipal nº 6.989/66 e invalidade do Regulamento Municipal quanto a exigência do ISS antes da prestação de serviço não procedem.

Para Bernardo Ribeiro de Moraes, "Devemos verificar que o art. 116 do Código Tributário Nacional, contém a ressalva "salvo disposição de lei em contrário", admitindo, assim, que o legislador ordinário determine uma data ou um momento como forma de exteriorização do fato gerador do ISS". Mais adiante, acrescenta que, no tocante aos serviços instantâneos, "Poderá a Lei Municipal aguardar seja esgotada a prestação integral do serviço ou desde logo admitir a consumação do mesmo por etapas, sem que com isso o contribuinte seja prejudicado mas seja de interesse da fiscalização e da arrecadação do tributo". Pondera que: "b) Prestação de serviços de diversões públicas. O legislador pode considerar ocorrido o fato gerador do ISS à medida que diariamente, se vendam os respectivos ingressos". Conclui que "Tais casos constituem apenas opções para o legislador. A prática é que aconselhará a adoção de regras ou normas idôneas, uma vez que os serviços onerados pelo ISS não são uma única natureza, possuindo diferentes conotações quanto a efetiva prestação de serviços" (Doutrina e Prática do ISS, RT, págs. 502/503).

Para Marçal Justen Filho, "Cada Município está liberado para determinar o momento da exigibilidade do pagamento do débito tributário", acrescentando mais adiante que "O desdobramento é o da possibilidade de a lei impor a obrigação de pagar prestação tributária antes mesmo da ocorrência do fato imponible. Essa questão permitiria profundas incursões, que não

cabem neste trabalho. Diríamos, apenas, que reputamos cabível essa solução, vinculada às hipóteses onde há proximidade da ocorrência da prestação do serviço. O contribuinte, então, saldará antecipadamente seu débito tributário: ou seja, antes mesmo de ocorrer o fato imponible. E, se fato imponible incorrer, terá direito à repetição de indébito, eis que o fundamento jurídico do desembolso é a ocorrência efetiva do fato imponible (ainda que ocorrência futura) – não se trata de tributo sobre a intenção nem sobre a potencialidade de ocorrência da prestação de serviços” (“O Imposto sobre Serviços na Constituição”, RT., 1.985, pág. 175).

A Municipalidade, ao exigir o pagamento do ISS por antecipação, devido quando da chancela dos bilhetes para o “couvert” artístico, age de acordo com a Lei Municipal, que encontra respaldo no artigo 116 do CTN.

Não é outra a orientação deste E. Tribunal (Apels. nº 364.224 - S. P., 3ª Câ., rel. Juiz Toledo Silva, j. 15.12.86; 483.836-4 - S. P., 8ª Câ., rel. Juiz Toledo Silva, j. 06.10.93; 353.294 - S. P., 5ª Câ., rel. Juiz Marcondes Machado, j. 09.04.86; 348.804 - S. P., 2ª Câ., rel. Juiz Jacobina Rabello, j. 05.02.86; 363.696 - S. P., 3ª Câ., rel. Juiz Alexandre Germano).

A autora oferece serviços de “shows”, apresentações de artistas, cobrando consumação mínima obrigatória (“couvert” artístico) dos frequentadores (JTACSP - 103/133). “A base de cálculo do ISS (preço do serviço) está intimamente ligada a sua base de incidência (prestação de serviço). Preço vem a ser o valor do bem (mercadoria ou serviço) expresso (traduzido) em dinheiro (moeda) ... o preço do serviço é a contraprestação devida e paga pelo interessado em troca do trabalho fornecido. Daí a expressão preço de serviço ... O fato gerador do ISS e, portanto, o nascimento da obrigação tributária, se dá quando o interessado ingressa no local onde se realiza a diversão pública ... o bilhete de ingresso é mero expediente para comprovar a venda da diversão. Mas esta pode ser atestada através de outros meios, mormente pelo número de pessoas que adentram no local da diversão” (JTACSP 103/134-135).

De se ressaltar que, ao se inscrever, a autora o fez sob código errado, conscientemente, pois na realidade, enquadrava-se em outras atividades, onde o recolhimento do imposto se dava por “chancela”. Isso levou o Fisco a retificação compulsória, de ofício, pelo que incorreu a autora, então, em infração, pelo que se viu autuada.

Além disso, embora tenha efetuado parte do recolhimento do ISS, deixou de observar o prazo regulamentar, recolhendo-o com atraso e com base em outro código de serviço, motivando, em consequência disso, a lavratura de autos de infração aqui impugnados. Não se pode, assim, no caso, apesar dos reclamos da autora, considerar como recolhido o imposto tempestivamente.

É certo, ainda, que a autora chegou a impugnar as autuações, ocasião em que os lançamentos poderiam ser revistos e até retificados pela autoridade administrativa. Mas, ao ingressar com essa ação, encerrada ficou a questão na esfera administrativa, por força do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80. Daí por que, por ter sido o imposto recolhido erroneamente e fora do prazo e após a lavratura dos respectivos autos, não poderiam ter sido considerados os recolhimentos feitos.

Inobstante isso, reconhece a Municipalidade o recolhimento parcial. Mesmo que assim não fosse, isso leva ao abrandamento do rigorismo formal da Lei para, então, aplicar-se o entendimento pretoriano no sentido de aproveitamento dos atos administrativos, não considerando nulo todo o título extrajudicial, no caso de certidão de dívida ativa, se foi recolhida parte da dívida (Apel. nº 391.200-7 deste Tribunal; RE nºs 109.798-1 – S.P.; 105.847-1 – S.P. e 105.486; Apel. nº 513.859-8, da 8ª Câm. do 1º TACSP, j. em 18.8.93, rel. Juiz Carlos Alberto Hernandez; R.T. 673/110; RTJ 124/641; REsp. nº 42.439-9 – S.P. – 1ª T. do S.T.J., j. 17.08.94; REsp. nº 44.713-5 – S.P., 2ª T. S.T.J., j. 20.3.95; REsp. nº 50.341-8 – S.P.; REsp. 49.010-3 – S.P.; Apel. nº 392.941/88 – S.P. 5ª Câm., j. 02.11.88; JTACSP 112/83; Apel. nº 413.537-5, 1ª TACSP).

Não é outro o entendimento desta E. Câmara (Apels. nº 489.820-0 – Santos, 525.066-4 – S.P.; 52.873-5).

Ante o exposto, não se conhece do recurso da autora, dando-se provimento ao da ré para reformar a r. sentença de fls. e julgar improcedente a presente ação, ficando aquela condenada ao pagamento das custas e despesas processuais e verba honorária de 15% do valor atualizado do feito.

Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz CASTILHO BARBOSA (revisor) e dele participou o Juiz EVALDO VERÍSSIMO.

São Paulo, 19 de março de 1996.

CANDIDO ALEM

Relator

ACÓRDÃO

RECURSO – Embargos de Declaração – Anulatória de débito fiscal – Obscuridade e Omissão – Não reincidência – Multa afastada – Aproveitamento dos recolhimentos em outro código de serviço apenas para evitar a incidência de correção monetária e juros de mora – Recurso acolhido em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 567.189-2/01, da Comarca de SÃO PAULO, sendo embargante LAPA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS E COM.L. LTDA. e embargada MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, acolher em parte os embargos.

Editado acórdão que, à unanimidade de votos não conheceu da apelação da autora, dando provimento à da ré para reformar a r. sentença e julgar improcedente a ação anulatória de débito fiscal, ingressou aquela com os presentes embargos de declaração, alegando obscuridade e omissão, quando se referiu ao recolhimento parcial do tributo, e omissão no respeitante a não reincidência geradora de multas.

É o relatório, no necessário.

A r. sentença apreciou a alegação de não reincidência, concluindo por incabíveis as multas cobradas a esse título. O assunto foi abordado em contra-razões de recurso, mas o acórdão realmente deixou de apreciar a questão.

Com razão a embargante. Não só pela não contestação do alegado, como pela demonstração de que inexistiu penalidades definitivas a justificá-las e, assim caracterizar a reincidência, nos termos da legislação em vigor, incabíveis os autos de infração impondo multas.

No respeitante ao recolhimento com atraso de parcelas do tributo, tem-se a considerar, inicialmente, que não são nulos os autos de infração. Os recolhimentos o foram com base em outro código de serviço, o que justifica e legitima as autuações, pois o Fisco municipal não podia, ante isso, ter conhecimento desses pagamentos como referentes ao código imposto. Os lançamentos não podem ser anulados ou considerados nulos. O recolhimento dos valores, porém, respeitados doutos entendimentos em contrário, podem ser aproveitados nesses novos lançamentos, de que resultaram as autuações, mas de forma singela, evitando-se, a partir dos depósitos, incidência de correção monetária e juros legais, impossibilitando-se, assim, maiores prejuízos à atuada.

Evita-se, com isso, pedido de restituição, ou mesmo, ação de repetição de indébito. Há, dessa forma, uma compensação a ser feita, sem anular, porém, os autos de infração.

Ficam, assim, superadas as contradições e omissões ocorridas no acórdão embargado.

Por tudo isso, acolhem-se parcialmente os embargos interpostos, para dar provimento em parte ao recurso da ré, julgando-se improcedente em parte a presente ação, mantidos os ônus sucumbenciais.

Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz CASTILHO BARBOSA e dele participou o Juiz EVALDO VERÍSSIMO.

São Paulo, 11 de junho de 1996.

CANDIDO ALEM
Relator

ISS. EMPRESA DE TURISMO. LOCAÇÃO DE ÔNIBUS.
SUJEIÇÃO AO ISS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL
IMPROCEDÊNCIA*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 14.031-0- SÃO PAULO (91.0017615-0)

VOTO

O Senhor Ministro Milton Luiz Pereira (Relator): a manifestação recursal (art. 105, III, "a", "c", C.F.), revelando inconformismo com o julgamento em processo de execução, debatendo a cobrança de ISS, relativo ao

* Com trânsito em julgado

exercício de 1983, pela prestação de serviços de locação de ônibus, mais a multa, confrontou o v. acórdão que proveu o recurso, assentando:

omissis

"Consta do art. 3º dos Estatutos Sociais que a Embargante tem por objeto o turismo, em todas as suas modalidades, podendo dedicar-se também ao transporte coletivo em auto-ônibus, em linhas municipais urbanas ou suburbanas, em linhas intermunicipais ou interestaduais (fls. 31).

Posteriormente, com alteração dos estatutos, o art. 3º passou a dispor que "A sociedade, como objetivo, exercerá com dedicação exclusiva as atividades de agência de viagens e turismo previstas na legislação em vigor" (fls. 39/41). Idem, quanto à deliberação 08.08.81 (fls 49/51, cláusula IV).

Ao que se vê da prova e debate colhido, a Embargante exerce atividade de locação de ônibus (notas fiscais de fls. 108/118) para transporte de passageiros como agência de viagens e turismo.

Essa atividade se subsume na prestação de serviço, prevista no item 52 da lista anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, com a redação do Decreto-Lei nº 834/69, fato gerador do ISS.

Do art. 68, I do CTN., extrai-se que a prestação de serviço de transporte, em trajeto no território do município, é matéria da competência municipal.

Embora tenha a executada juntado xerocópias (pouco legíveis) de notas fiscais relativas a transporte, algumas fora do município (fls. 108/118), a prova é de existência de contrato de locação de ônibus, circunstância expressamente referida nesses documentos.

Era ônus da Embargante nesta ação desconstitutiva, incidental ao processo de execução (embargos a execução), provar a inexigibilidade ou descaracterização do tributo (art. 333, I do C.P. Civil).

Ora a atividade tributada "locação de bens móveis", constitui fato gerador, nos termos da lista mencionada.

Por outro lado, não demonstrou a Embargante que no período, a que se refere o auto de infração, recolheu o ISS (fls. 12, item 5 da petição inicial).

Não há prova de que a Embargante atua exclusivamente em contrato de fretamento de transporte rodoviário de pessoas, não passageiras, no âmbito intermunicipal ou interestadual, como assevera a fl. 12.

Não há dúvida de que "o campo de incidência federal é vasto, porque o texto constitucional dele exclui apenas os transportes intramunicipais, quer dizer, os urbanos e os que ligam à sede os distritos do Município, sem transpor os limites deste" (ALIOMAR BALEIRO "Direito Tributário Brasileiro" 10ª edição, Forense, pág. 282).

Nessa linha de raciocínio, a Embargante não logrou demonstrar a ocorrência do fato gerador do ISTR (prestação de serviço de transporte rodoviário intermunicipal ou interestadual, de pessoas, exclusivamente no período fiscalizado, nos termos dos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 1.582 de 17.11.77).

É lição de Bernardo Ribeiro Moraes que a "empresa de viagem, ao deslocar turistas com seus veículos, não realiza transporte. Este é meio para realização de viagem turística. O objeto de contrato não será transporte, mas excursão turística" ("Doutrina e Prática do ISS", págs. 304/305)" — fls. 253 a 255 -.

Imana que o despique esposa contrariedade ao art. 3º, II, Lei 1.582/77, ao art. 10, §§ 4º e 8º, Decreto nº 80.760/77 e que o v. aresto divergiu da orientação esposada pela Suprema Corte no RE. 78.956-SP (in RTJ 71/586).

Pelo provimento do Agravo de Instrumento, aberto o pórtico para o exame, no definitivo juízo de admissibilidade, de pronto, afastado a possibilidade de considerações, como feitas no v. julgado, sobre a finalidade das atividades sociais da parte recorrente, debate que subsume a investigação probatória e análise contratual, a respeito emergindo os óbices das Súmulas 5 e 7 -STJ-.

Limitado o alcance da verificação recursal, inscreve-se que o v. acórdão, com suficiência, abordou e resolveu a controvérsia, razão dos abonadores comentários delineados pela douta Subprocuradoria-Geral da República, a dizer:

omissis

“O aspecto essencial do litígio está em se verificar se no caso *in concreto*, se o transporte intra ou intermunicipal de passageiros, caracteriza contrato de locação de ônibus ou se a atividade primordial da empresa é a prestação de serviços de turismo com utilização de ônibus para a execução do mesmo.

Em que pese o inconformismo da Recorrente, **data venia**, o apelo não merece prosperar, vez que o objetivo empresarial da Recorrente constante do Contrato Social de fls. 29/48, e expresso, e tem por objetivo exclusivo a exploração de atividades de turismo, sendo certo que o fato de transportar pessoas é apenas um meio de viabilizar a sua atividade lucrativa.

Releva notar, que caberia à Recorrente produzir prova cabal que exercia atividade de fretamento de transporte rodoviário de pessoas no âmbito intermunicipal ou interestadual, o que *in casu* não ocorreu, ficando portanto impossibilitada de debater esta questão na via especial.

A propósito, a e. Suprema Corte, sobre o tema assim decidiu:

“ISS – Empresas de turismo. Transporte de passageiros intermunicipal ou interestadual.

– Sujeição ao imposto sobre serviços. Eis que não demonstraram exercerem o transporte em questão.

– Recurso Extraordinário que se não conhece, porque a decisão fundada na prova a qual, irrevisível nesta via (Súmula 279). Não destoa das disposições constitucionais legais indicadas. Nem discrepa dos precedentes indicados.

(RE 91162 – DJ 6.6.80 — pág. 4137 – Min. Rel. THOMPSON FLORES)” – fls. 417 e 418 – .

Confluyente à motivação, ficando integrada para fortificar o convencimento, sem censuras o reptado julgado, voto **improvido o recurso**.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 14. 031-0 – SÃO PAULO (91.0017615-0)

RELATOR: O SENHOR MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA

RECORRENTE: GATTI TURISMO LTDA.

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS: DRS. ALDO BRUNO YARSELL

MARIA ISABEL DE OLIVEIRA E SILVA E OUTROS

Ementa

Tributário – Empresa Rodoviária de Turismo – Locação de Ônibus – Incidência do ISS e não do ISTR – Artigo 68, I, CTN – Decreto-Lei 1582/77 – Decreto 80.760/77, art. 10, §§ 4º e 8º – Súmulas 5 e 7 – STJ – .

1. Exame de cláusula do contrato social e de atividades empresariais obstaculizado pelas Súmulas 5 e 7 – STJ –.

2. Empresa de transporte que faz a locação de seus ônibus sujeita-se ao ISS e não ao ISTR.

3. Recurso improvido.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento, os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira. Presidiu a sessão o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, em 31 de agosto de 1994 (data do julgamento).

Ministro Demócrito Reinaldo
Presidente

Ministro Milton Luiz Pereira
Relator

LOTEAMENTO. REGULARIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE
EXCLUSIVA DO PARTICULAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
EXCLUSÃO DA MUNICIPALIDADE PAULISTANA
DA AÇÃO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTEAMENTO. Ação ajuizada pelo Ministério Público para regularização de loteamento executado por particular, responsabilidade exclusiva deste. Art. 48 da Lei nº 6.766/79. Exclusão da Municipalidade da ação. Recurso do Ministério Público improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 16.158-5/0, da Comarca de SÃO PAULO, em que é agravante o MINISTÉRIO PÚBLICO, sendo agravados a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e outro:

ACORDAM, em Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público, em face de decisão proferida pelo Juízo de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, nos autos de ação civil pública – proc. 727/95 – que excluiu a Municipalidade de São Paulo, por ilegitimidade passiva. Afirmou a r. decisão recorrida que, em se tratando de ação com o objetivo de condenar os loteadores e a Municipalidade a promover a regularização técnica de loteamento, essa última não ostentou legitimidade passiva para a causa, na medida em que, conforme o disposto no art. 40, da Lei nº 6.766/79, era-lhe atribuída apenas faculdade, e não dever, de regularizar loteamentos irregulares “para evitar lesão aos seus padrões urbanísticos e na defesa dos adquirentes”. Logo, a ação administrativa seria ditada pelos critérios da conveniência, possibilidade e oportunidade, “descabendo obrigá-la por meio da presente ação”. Em consequência, declarando extinto o processo em relação à Municipalidade, o Juízo “a quo” declinou da competência e determinou a remessa dos autos para uma das Varas Cíveis da Capital, para que a ação prossiga exclusivamente contra o loteador.

O agravante, porém, sustenta que “o controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano constitui encargo, por excelência, do MUNICÍPIO (Constituição Federal, art. 30, VIII; Constituição Estadual, arts. 180/183; Lei Orgânica do Município, arts. 148/159), entregue, em São Paulo, à Secretaria de Habitação e Desenvolvimento Urbano (Lei Municipal nº 10.237, de 17.12.86, artigo 1º, I). De suas variadas atribuições legais para o exercício desse controle urbanístico, resulta-lhe “o poder-dever de regularizar loteamentos clandestinos” de modo que, embora o art. 40 da Lei Federal nº 6.766/79 “possa sugerir uma faculdade ao Município, encerra – uma interpretação finalístico-sistemática – determinação urbanística e pre-ocupação social, pois a Lei Lehmann pretendeu abolir as urbanizações irregulares, para proteger os legítimos interesses, não só da coletividade urbana, mas também dos adquirentes de lotes.

Assim, não se trata de “atropelar” o poder discricionário da Administração, “mas, sim, que a lei seja aplicada, a cuja obediência o poder discricionário não escapa”, anotado que “a ação civil pública também chamada ideológica, se presta, entre mais, a compelir a Administração a fazer ou não fazer, diante do elenco de direitos que visa a tutelar (art. 1º, da Lei nº 7.347/85)”. E, “a discricionariedade administrativa não constitui óbice para a decisão jurisdicional no caso de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em interesse do bem comum, porque a definição do que seja este não é exclusiva do Executivo, mas objetivo fundamental da República e de seus Poderes”. “Ademais, o dever de reparação do Estado (*lato sensu*), pelos danos que provoca, funde-se na responsabilidade objetiva (Constituição Federal, art. 37, 6º), segundo o qual é bastante a constatação da atividade do ente político (omissiva ou comissiva), do dano provocado ao particular e do nexo de causalidade para configurar a obrigação indenizatória. Ainda que se adote a responsabilidade subjetiva, a culpa da Administração no exercício de suas funções apresenta-se nos casos em que o serviço público, por falha na sua organização, não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente. Ocorrendo qualquer dessa modalidade, há um descumprimento da lei, por culpa presumida do Poder Público, que fica sujeito a ressarcir os danos conseqüentes dessa falta”. No caso, “o evento danoso se deve à negligência da Administração Pública. Houve desídia na fiscalização do uso do solo e a omissão de qualquer providência oportuna que impedisse a implantação do parcelamento do solo clandestino”, motivo porque deve a decisão de primeiro grau ser reformada, afastando a preliminar levantada pela agravada, mantendo-a no pólo passivo da ação (fls. 3/14).

Respondeu a agravada, argumentando que, a teor do art. 40 da Lei nº 6.766/79, “não está o Município obrigado a regularizar. A regularização será feita se for conveniente e oportuno para o Município. Não seria, ainda, correto ou legal, entender-se nessa outorga uma obrigação, já que às entidades políticas por legislação ordinária, não se impõem deveres ou obrigações. Além disso, observe-se que se o Município optar pela regularização, esta há de ser para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento e defesa dos direitos dos adquirentes dos lotes. Os padrões serão os traçados no planejamento do Município e os direitos do adquirente são os previstos no contrato e na legislação vigente (...). De outra parte, não tem prazo o Município para iniciar a regularização...” (Diógenes Gasparini, *O Município e o Parcelamento do Solo*, p. 146). Assim, o Judiciário, condenando o

Município nos moldes da inicial, estaria sim atropelando a Administração para ditar-lhe as prioridades.

Outrossim, “não houve a alegada negligência da Administração Pública, e nem desídia na fiscalização do uso do solo, como quer fazer crer o órgão ministerial, posto que este utilizou-se dos próprios documentos da Municipalidade para ajuizar a ação”. Não pode a Municipalidade, pois, ser responsabilizada solidariamente com os loteadores de lotes, apenas pelo fato de manter aparelho administrativo destinado ao poder de polícia”. Nesse sentido, a Jurisprudência colacionada (fls. 80/84).

É o relatório.

Não obstante as doutes razões expendidas pelo agravante, o recurso não merece acolhida.

Com efeito, na ação civil pública ajuizada, pretende o Ministério Público responsabilizar a Municipalidade, solidariamente com o loteador, pela obrigação de regularizar o loteamento citado, por não ter sido observado, na sua implantação, a legislação de uso e parcelamento do solo, mediante adaptação ou restauração total, com pagamento de indenização aos adquirentes dos lotes atingidos, bem como indenizar os danos urbanísticos e ambientais ocasionados pela execução do desmembramento, em montante a ser apurado em liquidação, com imposição de multa diária até o efetivo adimplemento (fls. 32/34).

A solidariedade do ente público municipal estaria fundamentada na omissão do exercício do poder de controle urbanístico e conseqüente poder-dever de regularizar loteamentos clandestinos, a teor dos textos legais e constitucionais citados e, objetivamente em face do disposto no art. 40, da Lei nº 6.766/79 e com corolário do disposto no art. 159 do Código Civil e art. 37, 6º, da Constituição Federal pois “do contrário, estar-se-á prestigiando o enriquecimento ilícito do réu JOÃO NATAL, bem como a inércia do Município”.

Contudo, como bem argumentou a Municipalidade, o art. 40 da Lei nº 6.766/79 não estabelece para a Administração, um dever ou obrigação de regularizar mas apenas outorga-lhe faculdade para tanto, condicionada aos critérios de conveniência e oportunidade para execução da ação adminis-

trativa, mesmo porque “não seria correto ou legal, entender-se nessa outorga uma obrigação, já que às entidades políticas, por legislação ordinária, não se impõem deveres ou obrigações” conforme lição de Diógenes Gasparini, in O Município e o Parcelamento do Solo, p. 146, citado em fls. 81.

E, tratando-se de ato discricionário da Administração, a correção de desvios há de se pautar na existência de absoluta ilegalidade, o que não é o caso não obstante o objeto de ação seja a defesa do interesse coletivo. Embora a Administração tenha recebido encargo de velar pelo interesse coletivo em tela – controle urbanístico – não lhe cabe, todavia, suportar reparações pelos danos provocados diretamente por particulares ou pela simples razão de manter aparato de fiscalização que, aliás, no caso, foi executado, conforme o demonstrou a agravada, embora sem sucesso.

Nesse sentido, elucidativas decisões judiciais colacionadas pela agravada:

“... à luz dos princípios constitucionais assentes na Carta Magna, entre eles os relacionados à regra da independência e harmonia dos poderes, tem-se como impossível juridicamente postulação visando compelir a entidade pública municipal ou estadual a desenvolver atividade que se insere no âmbito da discricionariedade inerente à Administração Pública que se caracteriza pelo Poder da Administração de praticar pela maneira e nas condições que reputar mais convenientes ao interesse público, mormente à vista da complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar em cada passo e que se avolumou no Município de São Paulo, derivados basicamente de migração descontrolada” (Apel. Civil nº 264.604-2/0 – 15ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 29.8.95, Rel. Des. Ruy Camilo).

E, ainda, “não se recusa a competência da Municipalidade para fiscalização e ações conseqüentes, no âmbito do Poder de Polícia Administrativa, relativamente ao uso e ocupação do solo urbano. Tal competência advém nítida da Lei nº 6.766/79. Todavia, questão muito diversa é a responsabilidade civil, de caráter objetivo, invocada pelo autor, decorrente da existência de loteamentos clandestinos, contra a co-ré. Para que apontada omissão seja hábil a gerar responsabilidade civil, nos termos pretendi-

dos pelo autor, necessário se faz que esteja na linha de evolução do evento danoso, compondo o imprescindível nexo de causalidade”.

“Porém, não se pode perder de vista a realidade social subjacente”, permeada por deficiências culturais, de modo que “não se pode exigir do Poder Público a rigorosa onipresença, nos moldes a impedir ação criminosa dos loteadores clandestinos, que agem nas quatro zonas desta metrópole”.

“Levando a rigor os princípios administrativos defendidos na exordial, ter-se-á que a Municipalidade seria condenada a ressarcir os prejuízos causados pelo ato criminoso, sob acusação de não tê-lo evitado. Desdobrando-se o raciocínio, resultará ser condenado o Estado por roubos, furtos, homicídios, estupros, extorsões, seqüestros, etc., também porque não os evita. Ora, apenas pelo enunciado, a hipótese já se revela absurda” (fls. 82).

De fato, descabido afirmar-se responsabilidade civil da Administração por ato praticado por particular pela simples razão de caber, àquela, a fiscalização e repressão a tal ato, pena de embaralhar e confundir o conceito de responsabilidade. Esta se conceitua, estritamente, nos termos do art. 159 do Código Civil e, no tocante aos serviços públicos, nos estritos termos do art. 37, § 6º, da CF/88.

E, a teor de tais conceitos, não decorre responsabilidade da Administração pelo simples exercício do poder-dever de fiscalizar, ou da mera faculdade de executar, sendo esta subordinada ao seu poder discricionário.

Em suma, não decorrendo a implantação do loteamento em tela diretamente da ação administrativa municipal, figurou a Municipalidade de São Paulo como parte ilegítima na ação intentada, motivo porque foi corretamente excluída da mesma.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Desembargadores RAFAEL SALVADOR (Presidente, sem voto), CELSO BONILHA e WALTER THEODÓSIO.

São Paulo, 21 de agosto de 1996

JOSÉ SANTANA
Relator

PRECATÓRIO. PAGAMENTO DE CÁLCULO COMPLEMENTAR DE
LIQUIDAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 100 E PARÁGRAFOS
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. RECURSO
EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE
PROVIDO*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 174.236-4 SÃO PAULO
RECORRENTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
RECORRIDOS: UNIÃO BRASILEIRA DE VIDROS S/A E OUTROS
RELATÓRIO

* Com trânsito em julgado.

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR): O Município de São Paulo demonstra seu inconformismo com o acórdão do Tribunal de Justiça paulista, confirmatório de sentença que, ao homologar cálculo complementar de liquidação para inclusão dos índices de 14,36% e 70,28%, alusivos a fevereiro de 1986 e janeiro de 1989, respectivamente, estabeleceu-lhe prazo para o depósito, em juízo, da diferença apurada.

Sustenta que tal determinação contraria os arts. 5º, incs. II e XXIV; 100 e §§; e 165 da Carta Federal. Saliencia inexistir base legal para aplicação dos referidos índices e que o pagamento deve ser feito mediante precatório, obedecendo-se à ordem de precedência.

O apelo foi admitido na origem, subindo os autos a esta Corte.

Manifestando-se nos autos, a Procuradoria-Geral da República, em parecer do eminente Subprocurador-Geral Roberto Monteiro Gurgel Santos, opinou pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR): No que tange à parte do recurso que impugna a inclusão, na conta de liquidação, dos índices de 14,36% e 70,28%, tidos como alusivos a fevereiro de 1986 e janeiro de 1989, respectivamente, a questão não prescinde do exame de legislação infraconstitucional e, por isso, não pode ser conhecida nesta instância extraordinária.

Quanto ao outro tópico do recurso, ao que se colhe dos autos, a sentença que homologou o cálculo complementar da liquidação determinou (fls. 127):

"Ante o exposto, homologo, para que produza os seus jurídicos efeitos, a liquidação de fls. 96/102, requisitando-se o valor do débito para a data do depósito, dentro do prazo de noventa dias, prazo suficiente para a abertura de créditos adicionais (CF, artigo 100; Assento Regimental nº 195, de 20 de junho de 1991, artigo 5º, inciso VII)".

A Municipalidade ofereceu agravo regimental, oportunidade em que alegou que a referida determinação afronta o art. 100 da Constituição Federal, que foi assim apreciada pelo juízo sentenciante (fls. 146/156):

“esses débitos, porém, não se referem ao pagamento do principal fixado nas sentenças de conhecimento, mas de quantias correspondentes ao cumprimento insuficiente, insatisfatório ou irregular dos precatórios cujos pagamentos foram efetuados neste ou em exercícios financeiros passados, sempre a menor.

A hipótese tem sua regência no artigo 100 **caput** da Constituição Federal, que previu a abertura de créditos adicionais para a satisfação de pagamentos que independem de inclusão no orçamento, como é o caso das complementações exigidas da entidade devedora.

(...) Essa dilação, quando o pagamento deveria, em princípio, ser imediato, atende ao princípio do artigo 2º da Constituição da República, possibilitando à entidade de direito público não só tomar providências de ordem puramente burocráticas, mas, também, reservar, na execução do orçamento, parte da arrecadação, em prazo razoável, para o exato cumprimento de suas obrigações (abertura de créditos adicionais).

Em suma, tratando-se de requisições de importâncias, em complementação, de pagamentos insuficientes de precatórios judiciais, os cálculos homologados, com expressa observância do princípio do contraditório (Constituição da República, artigo 5º, inciso LV) e de devido processo legal (CPC, art. 605), não ofendem, antes ficam em harmonia com o artigo 100, **caput**, parte final, sem qualquer ofensa, conseqüentemente, ao disposto no artigo 100, da Carta Magna”.

Ao agravo regimental foi negado provimento, havendo o acórdão mantido, na íntegra, a decisão de primeiro grau (fls. 161/172).

O recurso extraordinário, na parte em que alega que foi ofendido o art. 100 e parágrafos da Constituição – justamente o dispositivo a que se refere o acórdão, nos trechos transcritos – tem inteira procedência.

Com efeito, havendo sido realizado cálculo complementar da liquidação, é fora de dúvida que o pagamento da diferença haverá de ser objeto de novo precatório, processado na forma prevista no dispositivo invocado, que rege, com exclusividade, o pagamento de débitos da Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, em decorrência de sentença judicial, não havendo cabimento, portanto, para notificações ao Poder Público, da espécie enfocada, seja, no sentido de promover a complementação do pagamento em prazo assinado pelo Juiz.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de conhecer e dar provimento parcial ao recurso.

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 174.236-4

ORIGEM: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. ILMAR GALVÃO

RECTE.: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADVA.: TANIA PINTO DE LUCCA

RECDOS.: UNIÃO BRASILEIRA DE VIDROS S/A E OUTROS

ADVS. : ROBERTO ELIAS CURY E OUTROS

Decisão: A Turma conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma. 25.6.96.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
RECORRIDOS: UNIÃO BRASILEIRA DE VIDROS S/A E OUTROS

EMENTA: PRECATÓRIO. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA DECORRENTE DE SENTENÇA JUDICIÁRIA. PAGAMENTO. ART. 100, § 5 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Não viola a norma constitucional indicada a exigência de que os pagamentos dos créditos da espécie sejam feitos de uma só vez, por valor monetariamente atualizado na data do pagamento.

É indispensável, todavia, que sejam eles processados pelo sistema de precatórios estabelecido no art. 100 e parágrafos da Constituição Federal.

Recurso extraordinário parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 25 de junho de 1996.

MOREIRA ALVES
Presidente

ILMAR GALVÃO
Relator