

## A Lei nº. 8.971/94 e a tutela jurídica aos concubinos

*Caroline Maciel*

*Acadêmica do Curso de Direito/UFRN – 6º Período*

Antes da aceitação do divórcio por nosso ordenamento jurídico, que só ocorreu em 1977, os egressos de um casamento fracassado, se quisessem constituir nova família, eram obrigados a fazê-lo numa convivência meramente de fato. Essa prática tomou-se de tal maneira comum que, mesmo condenada pela igreja, passou a ter considerável receptividade social.

Com essa nova mentalidade permissiva, começou a haver uma proliferação do concubinato, que nada mais é do que a convivência de um casal como marido e mulher, sem que sejam legalmente casados, ou seja, é um “casamento tácito”.

Frente à multiplicação de tais uniões, surgiu a necessidade de regulamentá-las, o que só veio a fazer de forma explícita a Constituição Federal de 1988, que no art. 226, parágrafo 3º, reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher ressaltando, todavia, que a lei deve facilitar sua conversão em casamento.

O Congresso Nacional, no entanto, ao invés de editar, como manda a CF, lei que facilitasse a conversão, tomou-a sem valor e sentido ao aprovar a Lei nº 8.971 de 29.12.94 que, com 04 artigos, esvazia consideravelmente a importância do casamento civil ao conferir aos “companheiros” e “companheiras” posição igual e até superior a das pessoas casadas. Nela, foi consagrado aos concubinos o direito a alimentos, bem como o de participar na sucessão de seu parceiro.

Ao fazermos a análise da referida lei, deixaremos de lado a opinião de juristas conservadores, que ainda encaram a proteção aos concubinos como “revelação do estado de decadência a que chegou a sociedade hodierna”. Ora, o costume é a mais antiga das fontes do direito, cuja principal característica é a de ser criado pela consciência comum do povo. E como o povo brasileiro há muito já deixou de encarar como família apenas aquela oriunda do casamento, nada mais natural do que o Estado dar-lhe juridicidade, para que pudessem ser resolvidos os problemas até então sem soluções contidas em lei que disciplinasse aquelas uniões. Passemos à análise.

No seu artigo 1º, a polêmica lei institui o direito à pensão alimentícia em favor da “companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo”, bastando para isso que viva com ele há mais de cinco anos ou que tenha tido um filho dele e que prove necessidade, subsistindo esse direito enquanto não constituir nova união. No seu parágrafo único, estende tal direito ao companheiro da mulher nas mesmas condições, demonstrando seguir o princípio da completa paridade entre os cônjuges estabelecido pela Constituição.

O artigo 2º trata da sucessão, prescrevendo que o companheiro que sobreviver ao outro terá o direito, também enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens deixados pelo *de cujus* se houver filhos deste ou comuns e, se não houver, ao usufruto da metade dos bens, mesmo que sobrevivam ascendentes. E mais ainda: na falta de ascendentes e descendentes, “o (a) companheiro (a) terá direito à totalidade dos bens”!

Como crítica o célebre jurista Saulo Ramos, em artigo publicado na Folha de São Paulo (21.3.95), intitulado “A Lei Piranha ou o fim do casamento à moda antiga”, a Lei concede aos concubinos direitos excessivos, inclusive lhes conferindo a qualidade de herdeiros necessários dos bens do companheiro, preterindo os colaterais. Vejamos suas palavras: “Ora, pelo direito civil normal, as mulheres casadas com absoluta separação de bens têm, em todas as hipóteses,

direito ao usufruto de um quarto (25%) do patrimônio deixado pelo marido falecido. Logo, a concubina, ou o concubino passa a ter vantagem sobre a esposa e o marido, pois, não havendo filhos, terá usufruto da metade. Se casado ou casada, o falecido ou falecida, sem descendentes e ascendentes, tem como herdeiros os colaterais (irmãos, sobrinhos). Se concubinado ou concubinada, mesmo tendo irmãos ou sobrinhos, o herdeiro universal será, pela nova lei, a companheira ou companheiro, conforme o caso, isto é, conforme o morto ou a morta. Estamos conversados, essa história de família já era”.

No seu 3º e penúltimo artigo (o último não traz nenhuma inovação, apenas determinando que a lei entra em vigor da data da sua publicação), numa redação um tanto inadequada, prescreve a lei que “quando os bens deixados pelo (a) autor (a) da herança resultarem de atividade em haja colaboração do (a) companheiro (a), terá o sobrevivente o direito à metade dos bens”.

Feita essa rápida análise, podemos concluir que a Lei nº 8.971/94 frustra o artigo da Constituição que determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, pois os adeptos de tais uniões tiveram seus direitos igualados aos das pessoas casadas, não estando, entretanto, sujeitos aos deveres legais do casamento elencados no Código Civil, como estas, pelo que, sob uma ótica de praticidade, o concubinato tomou-se mais vantajoso que o matrimônio.

A “Lei do Concubinato”, como ficou conhecida no meio jurídico, tentou proteger principalmente as mulheres que, após toda uma vida de dedicação ao seu companheiro, contribuindo para a aquisição do patrimônio comum, eram abandonadas e ficavam sem qualquer direito, pois aqueles colocavam todos os bens em seus próprios nomes. Nada mais justo. O problema é que o reconhecimento de tais direitos não poderia ter sido feito de forma irresponsável, reduzindo hierarquicamente o direito das pessoas casadas, e alterando inclusive a linha sucessória do artigo 1.603 do Código Civil.

## **Bibliografia:**

GOMES, Orlando - Direito de Família. 7ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1990.

MONTEIRO, Washington de Barros - Curso de Direito Civil, 2º vol. 27ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989.

RAMOS, Saulo - “A ‘Lei Piranha’ ou o fim do casamento à moda antiga” (artigo publicado na seção Tendências/Debates da Folha de São Paulo - 21/3/95).

GONTIJO, Segismundo - “Direitos a alimentos e à sucessão entre Companheiros”, “Do instituto da união instável” e “A família em mutação” (artigos publicados no periódico “Seleções Jurídicas” da ADV/COAD, respectivamente em janeiro, março e junho de 1995).

GOMES, Luiz Roldão de Freitas - “A nova Lei da Companheira - Intervenção em Painel na Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, Janeiro de 1995” (artigo publicado no periódico “Seleções jurídicas” da ADV /COAD de maio de 1995).

# A Administração Pública como locatária: interesse coletivo *versus* interesse privado

Carolina Maria Barros Gomes Netto  
Acadêmica do Curso de Direito/UFRN

## Considerações iniciais

No presente estudo iremos analisar o aspecto da Administração Pública como locatária, uma vez que a Lei 8.245, de 18.10.91 exclui de sua abrangência as locações de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas, que continuam regidas pelo Código Civil e por leis especiais. Todavia, examinaremos não só os conceitos usuais que envolvem o tema em seu aspecto legal, como também a parte prática que sempre aparece como uma grande contribuição no campo do Direito.

A Administração Pública como locatária, dentro de uma sistemática jurídico-racional, constitui matéria de mais alta relevância para a disciplina e o deslinde dos frequentes litígios que ocorrem entre locador e locatário.

Na relação do inquilinato, face às situações conflitantes de cada parte em virtude dos interesses econômicos e políticos, a conciliação é muito difícil de ser obtida. Não obstante essas ponderações, observamos que em quase todos os contratos as partes têm obrigações e direitos recíprocos, obrigando-se a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens.

Faz-se mister inicialmente mencionarmos a definição de Administração Pública dada pelo Prof. Hely Lopes Meirelles, in verbis: “**Administração Pública** - Em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos servidores públicos em geral em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas.”

Por outro lado, segundo Clóvis Beviláqua: “A locação é o contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração paga pela outra, se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, o uso e gozo de uma coisa infungível, a prestação de um serviço apreciável economicamente ou a execução de alguma obra determinada”.

A Administração Pública tem um especial direito ou uma privilegiada posição nos contratos administrativos. A propósito desta situação, a eminente Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro doutrinou: “*Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade.*” Portanto, é necessário distinguirmos duas situações, de acordo com a posição da Administração Pública: se ela está alugando bem particular (como locatária) ou se está alugando bem público (como locadora).

*Prima Facie*, concernente a Administração Pública como locatária faz-se uma aplicação pura e simples da Lei 8.245, de 18.10.91 implicando renúncia, por parte do Estado, à sua situação de supremacia sobre o particular. Mas na prática será que realmente isto ocorre? Eis uma questão que será examinada.

O Professor Nagib Slaibi Filho, autor de diversas obras jurídicas e Juiz de Direito da 23ª Vara Cível do Rio de Janeiro, assim dispõe: “Se a Administração Pública (as pessoas políticas, as autarquias e fundações) está alugando o imóvel privado, como inquilina, estará despida do seu poder de supremacia perante a outra parte e haverá, aí, contrato de locação nos termos da Lei nº. 8.245/91. Note-se que se deve, aí, distinguir entre atos de império (em que o Poder Público se apresenta, na relação administrativa, com supremacia sobre a parte privada) e atos de gestão (em que o Poder Público se despe de tal supremacia e a relação, aí, é de direito privado). ...As pessoas jurídicas administrativas denominadas “empresas públicas”, “sociedades de economia mista” e outras entidades estatais que explorem atividade econômica vão obedecer, por expressa determinação constitucional (art. 173, ss 1º), ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto ao direito obrigacional, o que inclui o regime locatício estabelecido na lei nº 8.245/91.”

Entretanto, a experiência jurídica mostra que o que acontece nos dias atuais está longe do ideal, conforme tivemos oportunidade de pesquisar. Procuramos averiguar tal situação em uma imobiliária desta Capital e chegamos ao resultado que adiante passaremos a expor. Mas, antes, é importante ressaltarmos que todos os contratos de locação celebrados entre a Administração Pública e o particular passam obrigatoriamente pela aprovação do Tribunal de Contas do Estado.

A experiência obtida ao longo de todos esses anos por essa imobiliária em relação a locação de imóveis a órgãos do Poder Público foi altamente desagradável, uma vez que esses contratos são normalmente mal cumpridos por parte da Administração Pública, ou seja, o órgão inquilino na grande maioria das vezes não realiza o que está estabelecido no contrato e na lei; seja no atraso de pagamento porque faltaram dotações; seja na devolução do imóvel nas épocas determinadas, pois, geralmente essas entidades têm dificuldades para encontrar novo local para se instalar; seja também **principalmente** na atualização dos aluguéis, pois, os órgãos da Administração Pública são regidos por um orçamento prévio, não podendo ultrapassar a previsão orçamentária, havendo desta forma muitas dificuldades para que possam ser feitos tais reajustes. Por último, pode até mesmo ocorrer o fim da dotação, caso em que o órgão fatalmente se tornará inadimplente, trazendo sérios aborrecimentos entre a administradora profissional ou locadores particulares e o Estado.

Atualmente, os locadores de um modo geral evitam ao máximo alugar qualquer tipo de imóvel a órgãos da Administração Pública, pois, a primeira vista tudo parece simples, mas na verdade os problemas são constantes.

O que acontece, freqüentemente, é que quando se consegue depois de muita luta e esforço retirar o órgão público do imóvel locado, este se encontra nas piores condições de habitação, uma vez que, com raríssimas exceções, as pessoas que utilizam aquele bem (funcionários públicos e o público em geral) não zelam e não têm o mínimo de cuidado com o patrimônio alheio, gerando um desgaste, uma perda valorativa daquele imóvel.

Como se não bastasse a devolução do imóvel em estado deplorável, deixam em atraso os acessórios inerentes a locação (contas de água, luz e IPTU). E até mesmo os serviços de recuperação do prédio, mencionado no contrato, não são efetuados.

Outro problema existente nos contratos feitos com a Administração Pública é que não se consegue e praticamente não existe a figura do fiador, ou seja, aquela pessoa que iria se responsabilizar pela garantia da dívida contraída pela locatária. O Estado não admite que em seus contratos exista a garantia fidejussória, nem tampouco tais órgãos tem condições de preencher qualquer outra daquelas exigências mencionadas na Lei do Inquilinato, quais sejam: a caução e o seguro de fiança locatícia (art. 37 da Lei nº 8.245/91). É importante ressaltarmos que a garantia locatícia é o ajuste, inserido na locação, que visa dar ao locador uma segurança no que respeita ao pagamento do aluguel e dos demais encargos locativos, aumentando a possibilidade de

receber aquilo que lhe é devido.

## **Do contrato na prática: negociações, execução e controles**

Faremos um breve retrospecto que vai desde a fase de elaboração que precede a locação com a Administração Pública, ou seja, as negociações preliminares até o momento da conclusão do contrato.

No período pré-contratual, ou seja, nas conversações, entendimentos e reflexões sobre a oferta, os contraentes trocam impressões, formulam hipóteses até encontrar uma solução satisfatória para ambas as partes. Mas isto não é seguido quando se trata de locar imóveis a órgãos da Administração Pública, pois, comumente estes não aceitam as cláusulas contratuais impostas pelas administradoras, ou pelos proprietários, uma vez que apresentam seus modelos próprios de contratos. É preciso que a parte locadora tenha muito cuidado na observação dessas cláusulas fixadas unilateralmente pela Administração, pois, condições importantes poderão ser omitidas. Nesse caso, como em todos aqueles em que a Administração se utiliza do direito privado, este sofre grandes desvios em virtude das derrogações para adaptar o instituto às peculiaridades da Administração, podendo até mesmo desnaturá-lo.

O Estado não tem aquela autonomia de pagamento como teria o particular, pois, os órgãos da Administração Pública são regidos e controlados por um orçamento prévio. Destarte, esses contratos determinados pelo órgão público são prejudiciais aos interesses do locador. De início há uma suposta “igualdade” entre as partes (e é isto que deverá ser cuidadosamente observado pelo proprietário, pois, se o instrumento contratual for assinado sem a devida atenção, posteriormente, o locador irá perceber que cláusulas importantes para o exercício regular de seu direito deixaram de ser inseridas).

Depois da discussão deste contrato, temos o momento de sua assinatura, sendo encaminhado para publicação na imprensa oficial, para torná-lo de conhecimento público. Esta publicação é feita por extrato, mencionando as principais cláusulas, com indicação das partes, tempo de duração, objeto e valor do ajuste.

Característica importante destes contratos é, que não podem ser por prazo indeterminado, ou seja, as partes devem estipular sua duração.

Após a publicação, o processo que é formado é encaminhado ao Tribunal de Contas do Estado, se for órgão do Poder Público Estadual, para efeito de registro. Do exame que o Tribunal de Contas faz é observado se existe no orçamento daquela repartição dotação suficiente para as obrigações contratuais, com referência ao pagamento dos acessórios da locação, como por exemplo, as contas de água, de luz e IPTU; além do aluguel que é a principal obrigação locatícia. Caso o contrato não esteja em conformidade com os ditames legais não é aprovado pelo Tribunal de Contas, que devolverá ao órgão de origem tal instrumento para que a falha seja normalizada. Mas, estando tudo conforme a conforme a previsão orçamentária, é feito o registro.

Em seguida, remete-se tal processo a Secretaria de Planejamento e Finanças para empenhar a despesa. Para que isso dê certo tanto junto ao Tribunal de Contas quanto a Secretaria é necessário que os valores estejam corretos. Não se pode deixar no contrato de locação, com órgãos da Administração Pública uma obrigação representada por dinheiro de forma aleatória, com reajustes imprevisíveis. Existe o valor original que é empenhado já Secretaria de Finanças, e a possibilidade de acordo com a inflação que vai provocar o reajuste dentro da periodicidade escolhida pelas partes no início do contrato. O empenho desta despesa é feito por todo tempo do ano fiscal, que vai de janeiro a dezembro. Normalmente esses contratos são feitos no início de cada, ano. Depois de realizar o empenho, a Secretaria de Finanças encaminha o processo do contrato para o órgão de origem.

Toda essa trajetória inicial leva em média um lapso de tempo de dois anos e três meses. Este fato é outro grande aborrecimento que o locador tem, pois, muitas vezes quando o órgão está alugando o imóvel isto é omitido do proprietário que pensa que é coisa rápida, quando na realidade não é.

No que concerne aos pagamentos, estes, são feitos mensalmente após o repasse da Secretaria de Finanças ao órgão inquilino. E efetuado o recibo dentro das formalidades exigidas pela lei, para futura prestação de contas. Faz-se o depósito do pagamento da forma combinada no contrato, por exemplo em bancos – como normalmente ocorre – ou então é pago diretamente ao proprietário; o mais usual é o órgão creditar na conta que já consta no contrato em favor do beneficiário.

## O problema do despejo

Quanto ao despejo, temos um outro problema: dispõe o artigo 63 da nova Lei do inquilinato que “Julgada procedente a ação de despejo, o juiz fixará prazo de trinta dias para a desocupação voluntária, ressalvado o disposto nos parágrafos seguintes. ....ss 3º. Tratando-se de hospitais, repartições públicas, unidades sanitárias oficiais, asilos e estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, e o despejo for decretado com fundamento no inciso IV do art. 9º ou no inciso II do art. 53, o prazo será de um ano, exceto nos casos em que entre a citação e a sentença de primeira instância houver decorrido mais de um ano, hipótese em que o prazo será de seis meses. Todavia, pela lei ter-se-á um prazo especial de seis meses a um ano para desocupação do imóvel quando demandados em ação de despejo, na qual a Administração Pública funciona no pólo passivo.

É necessário que possamos reconhecer a necessidade do equilíbrio financeiro e da reciprocidade e equivalência nos direitos e obrigações das partes, pois, a Administração desfruta da posição de estar na posse do imóvel, só podendo ser despejada através de uma decisão judicial, que na maioria das vezes é morosa, difícil e onerosa. Não se pode negar, ademais, que quando o imóvel é ocupado por “certos inquilinos”, efetivamente o desamparado, o desprotegido, o sacrificado é o proprietário do mesmo.

## Conclusão

É de se assinalar, porém, que deve ser aceita com reservas a afirmação de que no contrato administrativo a posição entre as partes é de **verticalidade** – o que é verdadeiro - e, no contrato privado celebrado pela Administração, a posição das partes é de **horizontalidade** - o que não é inteiramente verdadeiro. Posicionando-se o ente público ou a entidade vinculada como locatário, predominará no respectivo contrato o regime de Direito Privado. Porém, ainda assim, certas regras administrativas terão de constar no ajuste, como, por exemplo, cláusula indicativa dos recursos orçamentários que atenderão às despesas do contrato (art. 62, ss3º, c.c. Art. 55, V, da Lei nº 8.666/93), uma vez que a Administração não pode contratar sem amparo no orçamento (CF/88, art. 167, II) – norma de ordem pública por excelência, inafastável pela vontade dos contraentes. Importante lembrar que, a locação de imóvel para o serviço público não exige licitação desde que as necessidades de instalação ou localização condicionem sua escolha pela Administração.

Maria Helena Diniz entende que o novo estatuto (Lei n. 8.245, de 18-10-1991)têm como objetivo primordial resguardar os direitos do locatário e do locador, mantendo o equilíbrio

das prestações oriundas do contrato.

No tocante à Administração Pública esse equilíbrio não se configura. A orientação mais consentânea com a realidade atual é a que elege a **finalidade pública** como característica presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado. Sopesando esses elementos, surge o conflito entre as partes: o particular visando a consecução de seu interesse individual e a Administração objetivando o atendimento do interesse geral.

Entretanto, em que pese o interesse de todos colocado sob tutela do poder público, o particular deverá ser protegido contra o abuso do poder de império da Administração Pública, onde regras são alteradas com reflexos evidentes na locação de imóveis a tais entidades, por serem extremamente prejudiciais ao locador. Ocorrendo nestes casos a retirada de grande parte de benefícios e vantagens do proprietário, gerando, conseqüentemente, um ambiente de escassez no tocante à oferta de imóveis para serem locados à Administração Pública. Nessa dimensão, a inobservância das garantias necessárias ao particular (locador) é prejudicial não só ao mercado imobiliário locatário, mas também, ao próprio interesse coletivo.

## **Bibliografia**

- BAPTISTA, Joaquim de Almeida. *Código das Locações Urbanas*. Volumes I e III. Editora Jurídica Brasileira LTDA. São Paulo: 1993.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. Edição histórica. Editora Rio. Rio de Janeiro, 1977.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Locações de imóveis urbanos comentada: Lei n. 8.245 de 18-10-1991*. Ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 3. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 1993.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III. Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos*. 9ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1990.

# **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**

*Elaine Cardoso de Matos Novais  
Acadêmica do Curso de Direito/UFRN – 8º Período  
Monitora da disciplina de Direito Civil III – Teoria Geral dos Contratos*

## **Apresentação**

A sociedade moderna, na qual predomina, de forma generalizada, o consumo, depara-se com um desequilíbrio nestas relações havidas entre consumidores e fornecedores.

Esse desequilíbrio, decorrente da posição vulnerável do consumidor, criou a necessidade de se tutelar a parte mais frágil nas relações de consumo, para que assim, tratando-se os desiguais de acordo com suas diferenças, pudesse ser aplicado o princípio da isonomia.

Em conseqüência, começaram a surgir, nos diversos ordenamentos jurídicos, normas que tinham por objetivo maior a proteção do consumidor.

Dentro deste contexto, veio a lume o Código de Defesa do Consumidor legislação avançada, erigida sob o manto da Constituição Federal -, cujos dispositivos inovadores foram acuradamente elaborados, relevando-se a realidade brasileira.

Um dos assuntos tratados no aludido *codex*, e que merece atenção especial, refere-se à inversão do ônus da prova nas relações jurídico-processuais em que figuram como partes os integrantes das relações de consumo.

O objeto do trabalho ora apresentado consiste justamente nesta possibilidade de inversão, que rompeu com a regra do ônus da prova estatuído no Estatuto Processual Civil pátrio.

Augura-se, porém, não uma análise exauriente do tema, mas, tão-somente, uma abordagem do instituto em face da nova ordem legal e seu disciplinamento.

## **As relações de consumo e o Código de Defesa do Consumidor**

Volvendo atenções para as relações de consumo, sabe-se que a sociedade de hoje, presenciando demasiado aumento da oferta e da procura de bens, originou um incessante movimento consumerista.

Esse movimento de consumo decorre da ânsia de aquisição de bens por parte da população, a qual acredita satisfazer, com esta aquisição, seus desejos. Entretanto, o que se observa, na realidade, é que a maioria dos anseios criados nestas pessoas não corresponde às suas reais necessidades, sendo apenas resultado de técnicas de *marketing*.

Tendo em vista, assim, este crescimento das relações consumeristas, a figura do consumidor revelou fragilidade diante da parte adversa - fornecedor -, pois, na maioria das vezes, não dispunha ele de meios capazes de comprovar seu direito.

Nesse passo, imprescindível tornou-se a proteção dos direitos do consumidor, que, paulatinamente, vem ganhando espaço nos ordenamentos jurídicos dos países de economia de mercado.

No Brasil, a defesa do consumidor tem fundamento na Carta Magna, cabendo ao Estado brasileiro promovê-la, na forma da lei (art. 5º, XXXII).



Esta tutela do consumidor foi erigida a princípio constitucional, *ex vi* do preconizado no art. 170, CF, segundo o qual a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, com observância de determinados princípios, dentre os quais aponta o de defesa do consumidor.

A relevância deste preceito fez com que o próprio legislador se preocupasse, ainda, em consignar no ato das disposições constitucionais transitórias a elaboração de um código de defesa do consumidor, pelo Congresso, no prazo de 120 dias.

Em que pese não se tenha relevado este lapso temporal, haja vista que o CDC data de 1990, o advento da referida norma propiciou ao povo brasileiro imensurável conquista no âmbito da tutela dos direitos oriundos das relações de consumo.

Destarte, o Código de Defesa do Consumidor surge como meio capaz de propiciar uma igualdade - mediante a proteção da parte vulnerável da relação - apta a ensejar a liberdade e a competitividade imprescindíveis a um verdadeiro mercado de consumo.

Almeja-se, com efeito, uma igualdade substancial, porquanto, como bem lecionam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco: “(...) hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.”<sup>1</sup>

Esse raciocínio, acompanhado pela processualística moderna, culmina na necessidade de tutela dos direitos meta-individuais e coletivos, dado que a fase instrumentalista, ora vivida pelo processo, está amplamente direcionada para sua efetividade, como meio de alcançar-se uma decisão jurídica justa.

A inversão do ônus da prova no CDC apresenta-se, portanto, como um dos corolários desta busca de proteção aos interesses difusos.

No entanto, antes de apreciarmos tal assunto, é de bom alvitre tecer algumas considerações gerais acerca do ônus da prova.

## **O ônus da prova**

A expressão ônus da prova origina-se do latim *onus proband*, significando que o detentor deste ônus, para fazer valer sua pretensão e não sofrer conseqüências negativas, deverá trazer ao conhecimento do juiz todas as provas necessárias para o convencimento deste.

Revela-se, portanto, o ônus da prova muito mais como necessidade do que como obrigação ou como dever processual. Infelizmente, em função do limite de espaço, não nos será permitido analisar a distinção entre obrigação, ônus e dever processuais, focalizando-se apenas o objeto deste trabalho.

Pode-se dizer que qualquer ônus existe em relação a si mesmo, no intuito de satisfazer a pretensão de quem a possui, independentemente de relações subjetivas.

Desse modo, o ônus da prova exsurge, atualmente, como real necessidade de demonstrarem os fatos invocados, cabendo a cada parte propugnar, em juízo, pela veracidade de suas alegações, uma vez que desta comprovação emana o efeito jurídico almejado. Não havendo tal comprovação, a parte perderá a oportunidade de fazer valer seu interesse.

Todavia, nem sempre foi assim.

No Direito Romano, a prova cabia a quem alegasse o fato (“*Necessitas probandi*

*incumbit ei qui agit*”), e, como é o autor que postula inicialmente, deveria este provar suas assertivas, recaindo sobre ele *onus probandi*. Ocorre que, àquela época, as negativas não precisavam ser comprovadas, o que originou, pela interpretação do Direito Medieval, a máxima: “*Afirmanti non neganti incumbit probatio; negativa non sent probanda*”.

Esse pensamento, porém, não encontrou guarida na doutrina hodierna, até porque, na prática, seria difícil distinguir entre fato positivo e negativo. Segundo a abalizada lição de Chiovenda, “(...) Via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados *contrários* ou *diversos* dessa coisa. Em caso de predicados *contrários*, isso é evidentíssimo: quem diz *móvel*, diz *não imóvel*, quem diz *escravo*, diz *não livre*, quem diz *maior*, diz *não menor*. Em nenhum desses casos haveria como saber quem afirma e quem nega, quem deve provar e quem não.”<sup>2</sup>

Prevalece, então, a idéia concebida por Betti, de que a prova de um fato ou assertiva cabe a quem alega, seja este autor ou réu.

Diante desta concepção, o ilustre processualista Carnelutti assevera: “Quem expõe uma pretensão em juízo deve provar os fatos que a sustentam, e quem opõe uma exceção deve por seu lado, provar os fatos dos quais resulta”.<sup>3</sup>

Essa afirmação de Carnelutti, reflete, perfeitamente, o disciplinamento do ônus da prova insculpido no Estatuto Instrumental Civil.

O art. 333, *Caput*, do citado estatuto preconiza:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Aduz-se, destarte, que incumbe prova dos fatos constitutivos àquele que dá origem à demanda, pois são eles que revelam seu direito. Por sua vez, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, ou seja, as circunstâncias que têm o poder de impedir a produção dos efeitos do direito do autor, transformar as condições iniciais de gozo do direito pretendido, e aniquilar o direito decorrente da relação jurídica da qual correspondia a obrigação do réu, respectivamente<sup>4</sup>, devem ser comprovados pelo demandado.

Note-se, porém, que, em face do disposto no parágrafo único do art. 333, permite-se convencionar a inversão do ônus da prova, exceto quando se trata de direitos indisponíveis e quando se tornar demasiadamente difícil o exercício do direito pela parte. Ademais, insta ressaltar que, muito embora prevaleça o princípio dispositivo, incumbindo às partes demonstrar a exatidão dos fatos afirmados, o juiz não funciona como mero espectador na relação processual, razão pela qual pode determinar a produção de provas *ex officio* (art. 130. CPC).

## **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**

A forma como o ônus da prova foi abordado na Lei n° 8.078/90 é apontada por muitos como a grande novidade desta norma.

A adoção da inversão do ônus da prova no CDC decorre do intuito de fazer valer o princípio constitucional da isonomia. Busca-se, com a inversão, restabelecer o equilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor, para que possam defender, em igualdade de condições, seus interesses, e, por conseguinte, alcançar um provimento jurisdicional justo, dê que não há sentido prosseguir numa ação na qual a parte suplicante não pode comprovar seu direito.

Possibilitou-se, então, nas contendas em que figurem como autor e réu, respectivamente, o consumidor e o fornecedor, que o ônus de provar os fatos recaiam não sobre quem iniciou a demanda, mas sobre o suplicado.

Vale dizer que, até o advento do CDC, prevalecia, para as relações de consumo, o princípio da responsabilidade subjetiva, sendo necessário o consumidor demonstrar a culpa do agente, o dano e o nexo de causalidade entre a culpa e o prejuízo. Agora, porém, desnecessário tornou-se fazer prova da culpa do fornecedor, cabendo ao consumidor demonstrar o dano e o nexo causal entre este e o produto ou serviço e, invertido o *onus probandi*, carecerá atestar tão-somente o dano, ficando a cargo do fornecedor provar a inocorrência do prejuízo e a inexistência do nexo de causalidade.

A inversão do ônus da prova no CDC pode operar-se de duas formas: *ope legis* e *ope judicis*. A primeira é automática e determinada por força da própria lei, como ocorre no art. 38 da legislação em comento, o qual estabelece caber sempre ao patrocinador - no caso o fornecedor - o ônus da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária. Na segunda hipótese, a inversão ficará a critério do juiz, consoante o disposto no art. 6º, VIII, que prevê:

“Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

omissis

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

Dessume-se do expandido que esta inversão ocorrerá em duas hipóteses, a saber: quando o magistrado, de acordo com as regras ordinárias de experiência, considerar verossímil a alegação do autor ou considerar o consumidor hipossuficiente.

A verossimilhança da alegação do autor é vislumbrada quando, pela observação dos fatos narrados, considera-se razoável o pleito do demandante, pois a verossimilhança é, com efeito, a aparência da verdade.

Por outro lado, a hipossuficiência do demandante não diz respeito apenas à deficiência econômica, mas também à deficiência técnica propriamente dita, justamente porque, na maioria dos casos, o consumidor não dispõe das informações e dos meios necessários para fazer prova do prejuízo sofrido.

Cumprе explicitar, por oportuno, que a expressão “a critério do juiz” não implica em dizer que ficará ao total arbítrio do juiz aplicar ou não a inversão, pois deve ela incidir quando se fizer presente a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança das alegações. Determinar a inversão do ônus da prova consiste em ato discricionário do juiz, que encontra limites no convencimento da hipossuficiência ou da verossimilhança das alegações. Outrossim, preenchendo o consumidor os requisitos elencados no art. 6º, VIII, tem ele direito à inversão.

Ressalte-se, contudo, que a própria lei tem por nula a conversão do *onus probandi* prejudicial ao consumidor (art. 51. VI).

Em se tratando do momento da inversão do ônus da prova, divergem as opiniões a respeito. Defendem alguns que a fase processual indicada para verificar-se a inversão seria no despacho da inicial, outros consideram o momento oportuno o da prolação da sentença.

O primeiro entendimento, arrimado no fato de que, se não invertido o ônus da prova ao despachar-se a inicial, estaria ferida a ampla defesa, afigura-se-nos inconsistente, diante das argumentações contrárias.

Para os conseqüentes do outro posicionamento, abonado por Kasuo Watanabe, deve ser invertido o ônus no momento em que o juiz profere a sentença, porque, aí, a fase instrutória já

está concluída, podendo o magistrado ter pleno conhecimento das provas, o que, conseqüentemente, permitir-lhe-á considerar hipossuficiente ou não o consumidor, verossímil ou não sua alegação.

Alegam, ainda, os que comungam este pensamento, não haver prejuízo ao princípio da ampla defesa, vez que cada parte pode, e deve, atestar tudo o que for relevante para prevalecer seu interesse, produzindo o convencimento favorável do juiz. Ademais, “de acordo com o art. 6º, inc. VIII, do CDC, o fornecedor tem ciência de que, em tese, serão invertidas às regras do ônus da prova se o juiz considerar como verossímeis as alegações do consumidor ou se ele for hipossuficiente. Além disto, o fornecedor sabe que dispõe do material técnico sobre o produto e o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo e litigante eventual”<sup>5</sup> e isto deve torná-lo mais cauteloso.

Sendo assim, o magistrado, quando for decidir, se considerar verossímil a alegação do autor ou detectar a sua hipossuficiência, concluirá que o caso era de inversão e avaliará se a prova produzida pelo fornecedor foi capaz de elidir a acusação. Por outro lado, não vislumbrando caso de inversão, o juiz analisará as provas, aplicando a regra geral do ônus da prova.

Por fim, abalizando, ainda, este entendimento - o qual consideramos mais razoável -, imprescindível assinalar que a inversão do ônus da prova, prevista no novel Estatuto do Consumidor, não modificou a relação jurídico-processual. Tal fato revela-se clarividente, por exemplo, na hipótese de vislumbrar-se a insuficiência de provas produzidas pelas partes antes do pronunciamento final, pois poderá o magistrado determinar a comprovação dos fatos alegados pelo autor ou pelo réu, atendendo, então, ao disciplinamento do ônus da prova disposto no art. 6º, VIII, CDC. Nesse momento, sim, deverá o julgador advertir a parte obrigada a produzir as provas da ocorrência da inversão ou não do *onus probandi*, no afã de evitar que seja o pedido julgado improcedente por falta de provas.

## **Bibliografia**

- ALVES, Geraldo Magela, José Cretella Júnior e René Ariel Dotti. Comentários ao Código do Consumidor. - Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- ALVIM, Arruda ...[et al]. Código do Consumidor Comentado. 2 ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed. Tradução de Guimarães Menegale. - São Paulo: Saraiva. 1965. v. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel ...[et al]. Teoria Geral do Processo. 9 ed. - São Paulo: Malheiros. 1993.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direito do Consumidor. 2 ed. - São Paulo: Atlas. 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini ... [et al]. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. - Rio de Janeiro: Forense universitária. 1991.
- MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor - São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro de 1994. v. 11.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. - Rio de Janeiro: Forense, 1974. Tomo IV.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor - São Paulo: Revista dos Tribunais, setembro/dezembro de 1992. vol. 3.
- NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação de defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. Revista de Direito do Consumidor - São

Paulo: Revista dos Tribunais, abril/julho de 1994. v.10.  
SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil - São Paulo: Saraiva 1986. v. 2.

---

<sup>1</sup> in Teoria Geral do Processo, 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pág. 52.

<sup>2</sup> in Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed. Tradução por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3.

<sup>3</sup> Apud Tânia Liz Tizzoni Nogueira. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos direitos dos consumidores e a inversão do ônus da prova. Revista de Direito do Consumidor. - São Paulo: Revista dos Tribunais, abril/junho de 1994. v. 10, pág. 54.

<sup>4</sup> ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS. Manual de direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 2. págs. 85-86.

<sup>5</sup> CECÍLIA MATOS. in O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. Revista de direito do Consumidor - São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/setembro de 1994. vol. 11, pág. 167.

# Assentamentos à Ação Monitoria<sup>1</sup>

*Fabiano André*  
*Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 8º Período*  
*Monitor de Direito Constitucional*

## Introdução

Com o advento da Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, adentrou em nosso ordenamento jurídico o denominado Procedimento Monitorio ou Injuncional, por meio do acréscimo do Capítulo de número quinze ao Livro IV (procedimentos especiais), Título I (jurisdição contenciosa), do Código de Processo Civil, entre os artigos 1.102 e 1.103, em ordenação, não dependente, de 1.102a a 1.102c.

O presente estudo tem por objetivo tecer uma breve apresentação do que vem a ser tal instrumental, bem como, elaborar apontamentos acerca dos dispositivos legais que o contêm, por não ser possível cobrar maior aprofundamento do presente corpo.

## A questão da Jurisdição. O instituto

A atual realidade processual tem-se apresentado como pródiga em procedimentos atentatórios à celeridade da Justiça. Para driblar o caro e moroso procedimento ordinário, o próprio legislador de 73 cuidou de prever procedimentos sumários, especiais e cautelares, numa demonstração dos objetivos aos quais deveria servir a nova codificação.

Dessa forma, o Direito busca emprestar a cada situação fática um procedimento que mais satisfaça, de maneira célere, **justa** e eficaz, ao bem estar social. Assim sendo, é na busca de uma tal efetividade do processo que justifique a sua procura pelo jurisdicionado que os juristas têm empreendido uma procura pelas chamadas *tutelas jurisdicionais diferenciadas*. Sendo, alguns desses instrumentos, a Tutela Antecipatória e a **Ação Monitoria**.

Atendo-se ao último, que é o objeto desta pesquisa, tem-se que é um procedimento oriundo da Idade Média, surgido ao lado do procedimento sumário, com o único objetivo de acelerar a prestação jurisdicional. Seus basilares já fizeram incursões em nosso Direito com o processo de preceito cominatório e a ação cominatória (CPC de 39).

O procedimento monitorio é dirigido às situações de Direito material nas quais pela não presença de um título com força executiva definida em lei, o credor fica à mercê da ordinariedade do conhecimento. Devendo, para haver sua pretensão satisfeita, entabular todo um feito processual de conhecimento para, ao final, de posse de um título judicial, propor a competente execução forçada, visto que se até então ainda não foi paga a obrigação, é amostra por demais suficiente de que não é após a decisão judicial que o será.

Em uma palavra, a ação monitoria é uma maneira célere de se produzirem títulos executivos. Trata-se de dar eficácia aos demais documentos produzidos pelas relações humanas, aos quais a Lei não amparara.

Assim sumariou CHIOVENDA o “procedimento monitorio ou injuncional”: “para favorecer determinados créditos, ou em consideração às pessoas dos credores, ou em vista da natureza e das provas do crédito, a lei admite que se possa ordenar um pagamento sem citação do pretenso devedor, e antes de lhe serem ouvidas as razões, com fundamento no exame superficial

de algumas condições da ação e salva a oposição do devedor”<sup>2</sup>. Prossegue o mestre peninsular<sup>3</sup>, expondo que nesse caso ocorre uma cognição sumária, diversa da *plena e completa*, resultando numa antecipação da execução. Essas situações, denomina o processualista italiano de “declarações (*accertamento*) com predominante função executiva”, na tradução de Buzaid.

Todavia, o termo que melhor expressa a sua *praxis é injunção*, na medida em que transmite o sentido de uma ordem emitida por autoridade competente, a qual não cabe discutir, mas apenas, cumprir<sup>4</sup>. É uma ordem que é dirigida a um devedor (a palavra executado denota um puro procedimento executório, sendo então, preferível *devedor* ou *réu*) para que, naquele prazo determinado, cumpra para com a sua obrigação ou justifique o seu inadimplemento.

Na Monitória, por meio de sua invocação, o credor, apresentando em Juízo os documentos necessários, estes deverão ser ratificados pelo magistrado mediante a análise de seus requisitos básicos. Em sendo atendido tal pleito, obtém-se uma injunção para que, no prazo de quinze (15) dias, a obrigação seja adimplida, caso contrário, a ordem converte-se em título executivo judicial, exigível pelos meios ordinários.

Nesse prazo, poderá o devedor opor embargos, visando a invalidar o documento apresentado em Juízo, o que gera, automaticamente, efeito suspensivo da ordem de pagamento ou de entrega de coisa (fungível ou móvel), enquanto se opera o conhecimento, por via do procedimento ordinário.

É uma tutela condicionada à defesa do Réu, para que se torne satisfativa ou não.

Em sendo assim, está devidamente classificada no Código como um procedimento especial de Jurisdição contenciosa, descabendo, aqui, maiores considerações acerca do tema.

Portanto, o que temos agora é um procedimento no qual há uma inversão da ordem normal entre a cognição e a execução, esta precedendo aquela, que atuará de forma subsidiária (diretamente, no caso da interposição de embargos).

O pedido será de execução e eventual conhecimento, mas com resultado duplo, caso haja ou não embargos. Havendo os embargos, remete-se o feito a um processo de conhecimento, cujo resultado terá igual peso, pois não só será uma declaração condenatória, mas visará, diretamente, à execução, sendo o mandado para tal imediatamente constituído. Em não ocorrendo embargos, ter-se-á um título executivo de *status* judicial, ou seja, com a presunção da operação de considerável grau de conhecimento, isso com base no silêncio do devedor que, supõe-se, reconheceu a existência do débito e acatou-o, sem a desnecessária movimentação judicial.

Sem pretender adentrar no mérito, posto tal necessitar de aprofundamento não comportado por este estudo, em ambos os casos, ocorrerá o que, na classificação adotada por PONTES DE MIRANDA, tem-se por *Ação Declarativa Mandamental*; opinião também externada por OVÍDIO BAPTISTA<sup>5</sup>.

Dessa forma, podemos classificar o procedimento monitório como dotado de uma natureza jurídica *complexiva*, a abranger tanto uma Ação Executiva, como uma Ação de Conhecimento.

Assenta-se, a essência do novo instituto, portanto, em dois princípios<sup>6</sup>: sumariedade do conhecimento e inversão do *onus probandi*, este, inclusive, em respeito à pretensão executória existente.

Passemos, agora, a analisar objetivamente os dispositivos que a albergam, sem contudo, tecer maiores conclusões, vistas as limitações espaciais que se fazem por impor.

## Da Legitimidade. Do Documento. Do Objeto

“Art. 1102a A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.”

A redação é clara e limitativa com relação à legitimidade *ad causam* e o seu objeto.

A legitimidade é do credor substancial para haver prestação pecuniária ou entrega de coisa, esta, desde que não seja infungível, em nome de uma cognição mais ampla, ou imóvel, que continua objeto da Ação de Despejo (se urbano), da devolução prevista no Código Civil (se rural) e demais vias ordinárias que se fizerem necessárias.

Contudo, torna-se interessante uma detida observação em torno do “documento” ensejador da movimentação judicial.

A Lei refere-se a “prova escrita sem eficácia de título executivo”.

De chofre, estão apartados do novo dispositivo os títulos elencados nos artigos 584 (judiciais) e 585 (extrajudiciais), do Código de Processo Civil.

A nova lei veio a fechar o círculo dos títulos executivos documentais, albergando agora toda pretensão, documentalmente fundada, ensejadora de crédito. Veio a complementar o que dispunha o inciso VII, do artigo 585, sobre serem executivos *extra iudice*: “todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”. Ou seja, deu um maior amparo específico às pretensões documentais. Entretanto, tal dispositivo é de ser visto, doravante, como objeto de política legislativa, pois cuida de amparar futuros títulos executivos extrajudiciais, que apresentarão convivência anômala como o novo procedimento.

Quem pretende haver uma prestação em Juízo, pretende haver um crédito, ou seja, deverá dispor de um **Título de Crédito**, assim reconhecido em lei, posto que, antes de visar ao alargamento dos braços da Justiça frente à comunidade, a alteração legal tendeu a agilizar os meios procedimentais.

Nesse pensar, RUBENS REQUIÃO<sup>7</sup>, cuida de enumerar os títulos de crédito comerciais reconhecidos pelo Direito Brasileiro, a saber (excluídos os que possuem força executiva): conhecimento de depósito, *warrant*, certificado de depósito bancário, ações de sociedade por ações, certificado de depósito de ações, bilhete de mercadoria, cédula hipotecária, certificado de depósito em garantia e de investimento, conhecimento de transporte, letra hipotecária, cédula rural pignoratícia e hipotecária, nota promissória e de crédito rural, letra imobiliária, partes beneficiárias e respectivo certificado de depósito, certificado de depósito de debêntures, bônus de subscrição de ações e respectivo certificado, cédula de crédito à exportação, nota de crédito à exportação e cédula e nota de crédito comercial. Desde que não venham a preencher o disposto no inciso II do artigo 585, do CPC (confissão de dívida ou documento público). Também servirá a subsidiar o procedimento injuncional qualquer outro instrumento de ato de vontade, de natureza civil, que comporte movimentação espaço-temporal de crédito.

### Da petição

“Art. 1102b Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.”

De início cabe observar o significado da expressão “devidamente instruída”. Como



obriga a regra geral, a petição inicial deverá trazer a Juízo os documentos que forem necessários à comprovação do alegado, ou seja, aqueles suficientes para incutir na mente do julgador a veracidade do alegado.

Tratando-se aqui de título documental e sendo um procedimento de índole sumária, de óbvio, não cabe qualquer espécie de dilação probatória, ensejando o indeferimento da inicial, a sua não completude documental, de acordo com o disposto no artigo 295, VI. do CPC.

Portanto, a inicial deverá vir acompanhada do documento-base da pretensão, bem como, do que mais servir a provar a veracidade daquele.

Ao juiz cabe, tão-somente, apreciar a presença ou não do título, que deverá mostrar-se *líquido, certo e exigível*, determinado, em caso positivo, a expedição de *Mandado de Pagamento* ou de *Entrega de Coisa*, conforme o caso: no prazo de quinze (15) dias.

Esta primeira decisão do juiz apresenta a natureza de interlocutória, posto ter o condão de poder acarretar prejuízos às partes e não ser a final do processo, esta a que determine o pagamento da obrigação, com a recepção da coisa pelo credor ou o levantamento da quantia depositada.

Bom que se diga, em nome da eventualidade, que a petição inicial deverá trazer em seu corpo toda a argumentação necessária à prova do crédito e, não somente, a apresentação do título e o pedido de execução. Pois, como visto, a natureza da *Injunção* é complexa.

### ***Dos Embargos. Do Título***

“Art. 1102c No prazo previsto no artigo anterior, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV.

§ 1º Cumprindo o réu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

§ 2º Os embargos independem de prévia segurança do juízo e serão processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário.

§ 3º Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no LIVRO II, Título II, Capítulos II e IV.”

Note-se que o dispositivo acima transcrito aborda três hipóteses, todas condicionadas à manifestação do devedor. A primeira é para o caso de o “réu oferecer embargos”. A segunda é para caso “os embargos não forem opostos”. E a terceira é a do cumprimento do mandado.

Em respeito à boa vontade humana, veja-se, primeiro, a terceira hipótese.

Poderá o Réu, no uso de seu direito subjetivo de inordinação, cumprir a obrigação em obediência para com o mandado judicial. Em agindo assim, a Lei libera-o do ônus da sucumbência.

Cumpra observar o que ocorrerá na entrega de coisa ou depósito de quantia, seja para mais ou para menos, diversa da determinada. Seguindo a nova sistemática adotada em nosso processo, revelada pela atual forma da *Ação de Consignação em Pagamento*, como cabe ao devedor zelar pelo perfeito cumprimento da obrigação, caso ocorra um *plus* no depósito, este, logicamente, somente poderá ser levantado até o montante que satisfaça o débito, sendo o restante restituído.

Porém, no caso de depósito a menor, findo o prazo quinzenal, a quantia depositada deverá ser levantada pelo credor, gerando-se o título executivo com relação à outra parcela. Em medida de eficaz celeridade.

Caso se entregue coisa errada, se não atendida a fungibilidade, deverá ter-se por não realizada a prestação.

Trabalhando-se, agora, a primeira hipótese, logo, surge uma particularidade: os embargos transformam a ação monitória em ação ordinária, em atendimento do exposto no parágrafo segundo, do artigo 102c. Pois, expressamente é remetido o feito ao procedimento ordinário, com os **embargos** sendo processados nos mesmos autos e **sem segurança do Juízo**.

A lei utiliza-se da expressão “rejeitados os embargos” que, em verdade, serve apenas para caracterizar a especialidade do procedimento, pois, o que ocorre é, simplesmente, a declaração da procedência do pedido.

Pois bem, em sendo o pleito julgado procedente, dá-se a constituição de um título executivo **judicial**, devendo-se intimar o devedor para a sua execução que, portanto, independará de requerimento das partes. A execução da sentença, automática, guiar-se-á pelo exposto no Código de Processo Civil, Livro II (Execução), Título II (Das diversas espécies de execução), Capítulos II ou IV, de acordo com o caso (coisa ou quantia certa, respectivamente).

Ou seja, o feito prossegue ou com a citação para a entrega da coisa (art. 621), ou com a penhora de bens (art. 646 e segs.).

A segunda hipótese é a do não oferecimento dos embargos. Em tal situação, decorrido o prazo quinzenal, dar-se-á a **preclusão** do direito do devedor, com a conseqüente formação de título executivo judicial, por meio da prolação de uma sentença, atacável apenas por via de apelação ou, posteriormente, se a situação ensejar, Rescisória. Converter-se-á, então, a advertência inicial de adimplemento, em Mandado Executivo, revelando, dessa maneira, a sua natureza jurídica dúplice, tendo prosseguimento o feito do mesmo modo que na hipótese anterior, quando da procedência do pedido.

Uma questão que desde então se levanta é a relativa à possibilidade do oferecimento de embargos. Poderão ser ofertados embargos ao procedimento que se inicia com o Mandado de Execução? A resposta é não. A própria lei cuida de clarificar essa situação ao utilizar tal denominação para o que, tecnicamente, seria uma contestação. Em fazendo assim, não só demonstra a intenção executória do procedimento, como remete o estudo para o feito executório apêndice.

Isso, considerando-se o bom senso tecnicista que permeia as recentes alterações do Código, unificando prazos e nomenclaturas.

Portanto, o devedor terá a quinzena para embargar o feito, em cujo prazo precluirá tal direito processual.

Outro ponto a ser abordado diz respeito à matéria passível de argüição na exceção ora tratada. A lei não estabeleceu parâmetros expressos para tal. No que se deve considerar que os embargos poderão ter por objeto “além das matérias previstas no artigo 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento” (grifos do autor), conforme disciplina o artigo 745, do CPC, com referência aos títulos extrajudiciais, aqui devendo ser entendidos *latu sensu*.

## Notas finais

Outro ponto a ser analisado, dada a sua natureza, é a relação entre o procedimento comum e o monitorio. Este trazendo uma radical mudança no evoluir daquele. .

De fato, o processo de conhecimento é cortado pela raiz caso não oferecidos os embargos, sendo, então, dotado de uma execução imediata. A mesma execução se dá mesmo que oferecidos os embargos, ao final julgamento do feito.

Contudo, a euforia de tal sumarização terá efeitos limitados, pois basta uma simples contestação para que retorne à mesma morosidade, com a única vantagem do, pode-se dizer, *self-executing*. Porém, abrangerá aquelas situações de menor interesse do devedor no processo, em que outrora ainda caberia ao juiz pesar os efeitos da revelia, com o detalhe de que a citação do devedor será não só para cumprir a obrigação, como também, para contestar, ou seja, elimina-se o que na execução tem-se em duas fases distintas, numa reverência à concentração dos atos da parte.

Bom que se observe que, da sentença que gera a conversão do mandado inicial em executivo, quando da não oposição de embargos, cabe apelação, com efeito suspensivo. Todavia, será de argumentação mitigada frente à ocorrência da revelia. Procedimento inicial célere, mas, sujeito a manifestação posterior que suspende a satisfação.

Quando interpostos os embargos, a sentença que os julgar improcedentes será sujeita a apelação que será recebida meramente no seu efeito devolutivo, por força do disposto no artigo 520, VI, do CPC. A referência a “embargos à execução” (o destaque não consta do original) deverá ter-se, nesse caso, por revogada, em nome da boa interpretação lógico-sistemática, visto o legislador de 73 não ter previsto tal instituto. Procedimento lento, mas de execução imediata.

Outra repercussão deverá ser de ordem de política legislativa. Pois cabe agora decidir se nosso ordenamento será ou não ainda mais incrementado de títulos executivos extrajudiciais. No tocante ao título executivo extrajudicial, então, quem, em verdade, decide o jogo de probabilidade é o legislador, e não o magistrado.

Da mesma forma que o Código deixa em aberto o surgimento de novos títulos por força de lei, a monitoria não deixa fendas a nenhum *documento*. Portanto, cabe a normativo de igual ou maior competência (lei ordinária), pinçar do seio da *monitoriedade* os acertos documentais que julgar dignos de serem títulos extrajudiciais.

Dessa maneira, espera-se estar posta uma pequena contribuição ao desenvolvimento de tão salutar instrumento que honra o Direito Brasileiro com sua presença. Porém, sempre com a certeza de que há muito por evoluir.

## Bibliografia

- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução, Revista de Processo, v. 12, n. 47, p. 24-42, jul/set, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. A reforma do Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 44 e 53.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil: o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. (Coleção

Estudos de Direito de Processo “Enrico Tullio Liebman”, n. 24).

MILHOMENS, Jonatas. Manual de Prática Forense: civil e comercial. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. Tratado das ações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. Porto Alegre: Safe, 1990. v. 2.

---

<sup>1</sup> Excertos de trabalho mais amplo, sob o mesmo título.

<sup>2</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1. p. 237.

<sup>3</sup> *Idem, ididem*, p. 237.

<sup>4</sup> *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 44. p. 229. Injunção.

<sup>5</sup> MIRANDA, Francisco C. Pontes de. Tratado das ações. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1970. v. 1. p. 122. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. Porto Alegre: Safe, 1990. v. 2. p. 247.

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>7</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2. p. 302-3.

# Comentários sobre o Plano Diretor de Natal

Fábio Barbalho Leite  
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 8º Período

## Intróito

Devo começar este ensaio com algumas considerações sobre o direito de propriedade e seu conseqüente direito de construir.

Já vai longe o tempo em que o direito de propriedade era moldado como absoluto: usufruir e dispor do bem como o quisesse seu dono, sem limites nem intervenções do Estado. Em verdade, malgrado a vontade de alguns tantos, o direito de propriedade sempre encontrou limites inerentes ao seu exercício no seio social. A História das civilizações apresenta-nos diferentes graus de sua limitação, indo da quase total ilimitação até sua abolição quanto aos meios de produção.

O fato inconteste é que a vida moderna (complexa, urbana, industrial, suas relações de massa) exige toda uma gama de restrições à propriedade. Esse evolover trouxe à luz um importantíssimo conceito: *a função social da propriedade*, tema dos mais candentes e polêmicos, alvo de tantas discussões que, até agora, são concordes em um ponto - há ainda muito a se avançar no alcance da expressão. Felizmente, permanece a certeza: as conseqüências sociais do uso da propriedade são cada vez mais analisadas, acompanhadas e controladas, de modo que venham repercutir positivamente na sociedade. Ainda felizmente: o acordo sobre a predominância do interesse coletivo sobre o particular, vitória do pensamento social, da comunidade, que resiste à sanha individualista dos nossos dias.

Reflexo do direito de propriedade, o direito de construir não poderia deixar sofrer limitações em atendimento aos interesses coletivos. Isto sobretudo quando relativo à propriedade urbana, onde a proximidade e intensidade do convívio social, com suas inúmeras relações, tantas vezes pouco percebidas, implicam em substanciais efeitos benéficos ou maléficos à urbe. Daí, a preocupação Município em ordenar juridicamente o uso da propriedade, notadamente o direito de construir, diante das múltiplas exigências que a urbe demanda em favor de sua população. Esse fenômeno jurídico insere-se no grande fenômeno social chamado *Urbanismo*, outrora mero conceito estético, atualmente encontrando outro significado assim posto nas palavras de Hely Lopes Meirelles: “*O conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. Entendam-se por espaços habitáveis todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro junções sociais: habitação, trabalho, circulação e recreação.*”, ( *in* Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., pág. 377). Nesse processo, papel de proa tem desempenhado o Município.

Nosso Código Civil, ao dispor sobre o direito de construir, no art. 572, já anuncia a necessária obediência de seu exercício aos regulamentos administrativos. Adiante, art. 578, fala em posturas municipais; ainda além, art. 588, § 2º, cita novamente as tais posturas. Destarte, existe em nosso ordenamento, desde 1917, a previsão da participação do Município no regramento do direito de construir. O advento da Carta Magna de 1988 veio reforçar, e mesmo aumentar, essa participação, dando largas à autonomia municipal, que se consubstancia administrativa, normativa e tributariamente; respeitados, óbvio, os limites das competências dos Estados-membros e da União – aliás, melhor se diria, respeitada a Constituição. Nossa Magna Carta concede ao Município competência para a matéria nos arts. 23, III, VI, VII e IX, e 30, I; ao

usar, aqui, a expressão “assuntos de interesse local”, é claro estar incluso o direito urbanístico. O exercício dessa competência municipal, então, se dá, principalmente, através da elaboração e implantação de Plano Diretor. Merece reprodução o art. 182, § 1º, da nossa Carta Básica:

*“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

*§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.”.*

Não ocorre, entretanto, exceção das atuações da União e dos Estados-membros no assunto (CF, arts. 21, XX e 24, I, 2º). Lembrar também que existe legislação federal dispendo sobre urbanismo. Trata-se da Lei 6.766, de 20 de dezembro de 1979, que dispõe sobre loteamento e desmembramento. Atente-se ainda ao fato que ela não fere a competência municipal, e isto por duas razões: primeiro, a União tem competência para legislar sobre a matéria, em comunhão com os Estados e Distrito Federal, emanando normas de cunho geral, programáticas (CF, art. 24, I); segundo, a Lei 6.766/79 pautou-se, nas palavras do Senador Otto Lehmann, autor do projeto, “no sentido de estabelecer os requisitos urbanísticos mínimos para o loteamento e desmembramento, permitindo aos estados e municípios legislar complementarmente, estabelecendo outras exigências para melhor adaptação às peculiaridades regionais e locais.”, (in MACHADO, PAULO AFFONSO LEME. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., pág. 235).

Nas linha que seguem, apresentarei o Plano Diretor de Natal, principal norma urbanística de nosso município, para, depois, tecer alguns comentários sobre pontos que me despertaram maior interesse. Não haverá, desde já aviso, grandes discussões jurídicas: o que me animou, neste trabalho, foi o desejo de divulgar tão capital diploma para nossa urbe. O texto, é provável denotar ter a abordagem sido feita por estudioso do Direito, mas não me detenho somente nos aspectos jurídicos nem me circunscrevo no jargão dos juristas; aliás, coisa impraticável, em vista o objeto da análise. Ainda aos navegantes: devo, aqui e ali, evitar palavras mais demoradas e alguns termos urbanísticos, é possível que fiquem sem maiores explicações - o espaço, além das minhas limitações, é o senhor nosso. Assim, a quem interessar detalhes, aconselho a leitura d’alguma obra apontada à bibliografia além, claro, do nosso Plano Diretor - rico em definições, mas, por vezes, de difícil compreensão para leigos na linguagem de arquitetura e engenharia civil. Valiosíssimas, aliás, me foram as informações prestadas pelo Vereador Fernando Mineiro, pesquisador de temas urbanísticos, e pelos doutores José Gesi de Brito, Maria de Fátima Araújo e João Galvão, respectivamente, Diretor Técnico, Assessora Jurídica e Arquiteto do Instituto de Planejamento Urbano de Natal - IPLANAT.

## **O Plano Diretor de Natal - PDN**

### **Generalidades**

A autonomia posta nas mãos do Município implica, entre outros, o exercício do poder de polícia nos limites de sua competência. Aliás, óbvio, pois o poder de polícia é inerente à Administração. Ele se espalha em várias formas de restrição e fiscalização de usos na órbita municipal. Há polícia das águas, das construções, da atmosfera, dos logradouros públicos, dos costumes,... Baseia-se nesse poder, e controle das construções, efetivado pelo Município, gestor

principal do incremento urbano. Sua atuação nessa matéria, harmonizando a utilização da propriedade, e seu conseqüente direito de construir, com o corpo da cidade, visa a velar pelo desenvolvimento integrado da mesma, em prol de sua população.

O Plano Diretor constitui-se num diploma legal disciplinador do desenvolvimento da urbe nos aspectos físico, social, econômico e administrativo; e, claramente, norma de ordem pública, manifestação do “*jus imperii*” do Município, direito público regrado sobre a atuação dos órgãos municipais e exercício de direito privado. É repleto de especificações técnicas sobre traçado urbano, zoneamento, malha viária, infra-estrutura de saneamento, expansão urbana,... É pertinente, a leitura do, art. 1º do Plano Diretor de Natal – PDN:

*“O Plano Diretor da Cidade do Natal é o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano do Município, bem como de orientação do desempenho dos agentes públicos e privados que atuam na produção e gestão do espaço urbano.”*

Como carta que enfeixa as diretrizes para o futuro do Município, dever ser fruto de intensa consulta popular, sumamente democrático. (A propósito, este breve parêntese: se não for praticada a democracia e a cidadania na pólis; muito menos o será a nível estadual e federal).

Hely Lopes Meirelles atenta que o Plano Diretor é único no município, devendo ser periodicamente adaptado aos ditames da realidade cidadina. E assim nem poderia deixar de sê-lo, sob pena de não atingir seus desideratos. É pressuposto de todo planejamento - e o Plano Diretor é um grande planejamento sobre o futuro da urbe - estar em acordo com os dados fáticos sobre os quais elaborado; ademais, as exigências urbanísticas progressivamente alcançam novos significados, e mesmo o conceito de urbanismo não é estanque. Pelo contrário, toda a matéria tratada pelo Plano Diretor é, essencialmente, dinâmica. Destarte, a elaboração e implantação de um Plano de Desenvolvimento Integrado demanda um constante acompanhamento do dia a dia da urbe, o que acarretará seu necessário remodelamento.

Por outro lado, múltiplos são os projetos de urbanização e reurbanização de áreas específicas. Respeitam estes as diretrizes dispostas pelo Plano Diretor, e são em verdade, concretizações daquele.

Em vista o caráter basilar para a atuação do Município e dos munícipes, o Plano Diretor deve ser instituído por lei. Hely Lopes Meirelles mesmo acrescenta dever ser instituído por lei que se privilegie de proeminência frente aos demais diplomas municipais, pelo bem de sua estabilidade e integridade. “*A aprovação do plano diretor deve ser por lei, e lei com supremacia sobre as demais para dar preeminência e maior estabilidade às regras e diretrizes do planejamento. Daí por que os Municípios podem estabelecer em sua legislação quorum qualificado para aprovação ou modificação da lei do plano diretor (...)*”, (in Direito Municipal..., ob. cit.. pág. 395). Em Natal, nosso Plano Diretor foi trazido a lume pela Lei Complementar nº 07, de 07 de setembro de 1994.

## **Plano Diretor de Natal**

Nosso Plano Diretor (Lei Complementar nº 07/94) constitui-se em 72 artigos, complementados com três mapas e quatro quadros anexos. Os artigos dividem-se em seis títulos: I, DA POLÍTICA URBANA (arts. 1º- 6º); II, DO USO E OCUPAÇÃO DO SOLO (arts. 7º - 39); III, DA POLÍTICA DE TRANSPORTES E SISTEMA VIÁRIO (arts. 40 - 43); IV, DOS INSTRUMENTOS PARA GESTÃO URBANA (arts. 44 - 52); V, DO SISTEMA DE PLANEJAMENTO E GESTÃO URBANA (arts. 53 - 61); VI, DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS (arts. 62 - 72).

Há, no PDN, grande quantidade de especificações urbanísticas com termos específicos, primordiais para a inteligência do seu texto, obrigando-me a reproduzir alguns dos seus incisos:

*“Art. 6º - Para os fins desta Lei são adotadas as seguintes definições:*

*I- Adensamento - a intensificação do uso do solo;:*

*II - Área Edificada ou Construída - a soma das áreas de todos os pavimentos de uma edificação;*

*III - Área Especial - porção do território municipal, delimitada por lei, que se sobrepõe às zonas em função de peculiaridades que exigem tratamento especial;*

*IV - Área Líquida - a área total do bairro, excluídas as áreas verdes, as de preservação e os arruamentos;*

*V - Área Útil - a área construída do lote utilizada para o desenvolvimento das atividades predominantes do uso;*

*VI - Coeficiente de Aproveitamento - o índice que se obtém dividindo-se a área construída pela área do lote, não sendo computado, no seu cálculo, a área de garagem, desde que não exceda 25% da área destinada ao uso principal do empreendimento;*

*VII - Coeficiente de Aproveitamento Básico - o coeficiente: de aproveitamento do solo para usos não-residenciais estabelecidos para todos os terrenos do Município;*

*(...)*

*IX - Densidade - a relação entre o número de habitantes e a área da unidade territorial considerada;*

*X - Densidade Básica - o limite de aproveitamento do solo para uso residencial estabelecido para todos os terrenos do Município;*

*XI - Densidade Líquida - a relação entre o número de habitantes e a área líquida da unidade territorial considerada;*

*XII - Estoque de Área Edificável - a totalidade da área em que é possível edificar em um determinado bairro, acima daquela correspondente ao Coeficiente de Aproveitamento e Densidade Básicos;*

*(...)*

*XIV - Habitação de Interesse Social - aquela destinada à família que vive em favelas, vilas ou loteamentos irregulares ou a que aufere renda inferior a 10 (dez) salários mínimos;*

*XV - Lote Padrão - o menor lote admitido para parcelamento, com exceção daqueles passíveis de intervenções em áreas definidas no art. 25. desta lei;*

*XVI - Lotes ou Glebas Sub-utilizados - áreas públicas ou particulares com edificação abandonada ou utilizada por alguma forma de ocupação transitória ou móvel (trailer, barraca de acampamento, coberturas leves) ou cujo coeficiente de aproveitamento seja inferior a 0.05;*

*(...)”*



## Comentários Pontuais

Permeia o PDN, um profundo senso de urbanismo, tal qual entendido atualmente, pleno de humanismo, que pode ser sintetizado nesta máxima: a cidade para seus habitantes. É a preocupação incessante em torná-la humana, o mais próxima dos anseios de sua população, o critério de funcionalidade, corolário dessas idéias, objetiva que a urbe bem sirva às suas finalidades básicas: habitação, trabalho, circulação e lazer. Há também elevado valor democrático, no desiderato da participação dos munícipes na construção de sua cidade, como elementar exercício de cidadania. O art. 2º. do PDN, resume seus objetivos:

*“Art. 2º - O Plano Diretor tem como objetivo o pleno desenvolvimento das junções sociais da cidade e da propriedade, garantindo um uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado do seu território de forma a assegurar a todos os seus habitantes condições de bem-estar e segurança, conforme dispõem os arts. 118 e 119 da Lei Orgânica do Município do Natal.”*

Nota-se já a atenção para o uso da propriedade em sintonia com as exigências da comunidade. É constante a tentativa em se harmonizar o exercício do direito privado, o da propriedade, erigido a direito constitucional no art. 5º, XXII, sem impossibilitá-lo, com sua função social; aliás, como aponta o inciso XXIII, do mesmo artigo. Coincidentemente, no art. 5º, do PDN, é tratada a função social da propriedade urbana, onde se indicam os seguintes critérios para sua consecução: uso compatível com a capacidade da infra-estrutura instalada, respeito ao meio-ambiente, segurança e saúde dos usuários e vizinhos. O parágrafo único do mesmo preceito do PDN reza serem atividades de interesse urbano *“aquelas inerentes à função de moradia, produção e comércio de bens, prestação de serviços, circulação e preservação ambiental! (...)”*.

Ao falar em *uso compatível com a capacidade da infra-estrutura instalada*, o PDN expressa outro importante corolário do urbanismo: o desenvolvimento integrado da cidade. O cuidado em crescer, permitindo a construção na medida da possibilidade da infra-estrutura de saneamento do local, de transportes, viária, hospitalar, escolar, serviços em geral,... Natal, assim, é dividida em três grandes zonas, em atenção à estrutura específica de cada uma. Cada zona, então, priva de políticas próprias, voltadas para suas características. Destarte, na zona de adensamento básico, permite-se estritamente projetos no limite da densidade e coeficiente de aproveitamento básicos (180 hab./ha. e 1,8, respectivamente - PDN, arts. 9º e 10º), enquanto, na zona adensável, é possibilitada a implementação de projetos além daquelas medidas; já a zona de proteção ambiental apresenta restrições as mais variadas, peculiares ao seu fim ecológico-paisagístico.

Sinal da cautela em se adaptar os projetos à infra-estrutura dos locais de suas execuções, de sorte a se prover pelo desenvolvimento organizado e equilibrado com o meio-ambiente e vizinhança, é a exigência de Relatório de Impacto do Meio Ambiente - RIMA - e Relatório de Impacto de Vizinhança - RIV -, arts. 35 ao 38, do PDN. Tais estudos, claro, são anteriores à obra, acompanhando o projeto, como subsídio para sua análise. Quanto ao RIV, já existe lei municipal regulamentando-o. Sempre bom lembrar: nossa rica Constituição manifesta-se sobre o assunto em seu art. 225, § 1º, IV:

*“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-la e preservá-la para as presentes e futuras gerações.*

*§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*

(...)

*IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;”*

Em nosso município, exemplo concreto da necessidade de tais estudos, foi o projeto do Natal Shopping Center, em vista o alto impacto sobre a infra-estrutura pública local, dele decorrido.

Importante inovação trazida pelo atual PDN, é a previsão da outorga onerosa, pelo Executivo municipal, de autorização para construir além da densidade ou coeficiente básicos, nas zonas adensáveis (PDN, art. 16). Os recursos amealhados com a cobrança de 1% sobre o valor dos projetos irão para o Fundo de Urbanização (arts.44 e 45), que os destinará a investimentos em Programas de Áreas Especiais de Interesse Social, e em investimentos em saneamento básico e ambiental da cidade. Este Fundo se constituirá, além dos valores referidos, d'outros quaisquer a ele destinados e rendas provenientes da aplicação de seu próprio capital. Quanto a sua gerência, novamente se repete o valor democrático de participação da sociedade na implantação do PDN: é previsto um Conselho Executivo gestor, formado por representantes do Poder Público e da Sociedade Civil, nomeados pelo Executivo municipal e fiscalizados pelo Conselho Municipal de Planejamento Urbano e Meio Ambiente CONPLAM. Este conselho já se encontra organizado sob o nome de Conselho Municipal de Urbanização - CONUR -; a lei que o criou também regulamentou o Fundo.

Outro ponto interessante é a previsão da sua revisão pelo próprio PDN. O art. 14 preceitua a revisão dos parâmetros básicos, o perímetro das zonas adensáveis e o estoque de área edificável a cada biênio. Desde logo, creio afastada a discussão sobre hipotética antinomia entre os artigos 14 e 67, que prega a revisão anual do plano. Não há, no caso, oposição de normas, vez que o art. 67 fala genericamente; enquanto o art. 14 indica quais matérias irão ser reformadas segundo seu prazo. A inteligência é: salvo o apontado no art. 14, o PDN, no resto, será, se preciso for, revisto anualmente. Aliás, passados alguns dias do último 07 de setembro, já se encontra passível de reformas nosso plano.

Atentando para os aspectos paisagísticos, históricos, arqueológicos e científicos dos sítios urbanos, o PDN criou a Zona de Proteção Ambiental (art. 8º, III; 20 e 21), onde os usos, mormente o direito de construir, são deveras restringidos. Esta zona subdivide-se em duas subzonas: *de preservação* e *de conservação*. As diretrizes de uso e ocupação são definidas conjuntamente com o limite e regulamentação da Zona de Proteção Ambiental e subzonas, conforme art. 21, § 1º e art. 68. Infelizmente, dado às peculiaridades das leis urbanísticas, que demandam amplo e profundo estudo interdisciplinar (geológicos, hidrográficos, análises topográficas, paisagísticos,...) das áreas sobre que incidirão, além da necessária participação da Sociedade Civil em sua discussão, não foi ainda positivada tal regulamentação.

A delimitação de Áreas Especiais na zona urbana (art. 22) é outro interessante ponto merecedor de notícia. Constituem-se essas áreas em delimitações dentro das grandes zonas, com características particulares, que impõem seu tratamento diferenciado em relação ao dispensado ao resto das zonas onde inseridas. São três: **ÁREA DE CONTROLE DE GABARITO**, onde o forte controle das construções, com limitação de suas alturas (controle de gabarito, em sentido urbanístico, significa controle da altura), pretende preservar o valor cênico-paisagístico, envolvendo, além de outras áreas, a Orla Marítima, do Forte dos Reis Magos até o Morro do Careca; **ÁREA DE OPERAÇÃO URBANA** (art. 24), abrangendo os bairros de Ribeira e Cidade Alta, alvo de projetos de recuperação e revitalização, em vista seu valor histórico-cultural, havendo previsão da participação da iniciativa privada, dos munícipes, em conjunto com a prefeitura - mais um mecanismo de participação do cidadão na construção da cidade; **ÁREA**

ESPECIAL DE INTERESSE SOCIAL (art. 25), compreendendo terrenos públicos ou particulares ocupados por favelas, vilas ou loteamentos irregulares e glebas ou lotes urbanos superiores a 400 m<sup>2</sup>, necessários para programas habitacionais com grupos de renda familiar não ultrapassando três salários mínimos, visando à produção, manutenção e recuperação de habitações de interesse social. Nos artigos seguintes até o 29, dispõe-se sobre a atuação, através de projetos, do Executivo local.

Quanto a estas áreas de interesse social, foi previsto, nos arts. 51 e 52, inteligente mecanismo de viabilização de projetos. Trata-se do Consórcio Imobiliário, onde o proprietário de imóvel naquelas áreas, entrega-o ao Executivo municipal, e, após obras realizadas por este, em seu plano de urbanização, receberá aquele, como pagamento, imóvel devidamente urbanizado, de valor correspondente ao valor original de seu imóvel antes das obras efetivadas com recursos públicos. É a velha história dos dois coelhos com uma só cajadada: a propriedade encontra seu fim social, sem ônus para seu antigo dono, que recebeu imóvel urbanizado, e a cidade beneficia-se com a destinação social dada ao imóvel anteriormente não utilizado ou subutilizado.

Um dos mais promissores capítulos do nosso plano, creio que seja o que trata sobre o imposto territorial progressivo (que se encontra regulamentado no Código Tributário Municipal - Lei 3.882/89) e o parcelamento ou edificação compulsórios (arts. 49 e 50). Constituem-se, ambos institutos, em importantes meios coativos contra os proprietários recalcitrantes em não prover a função social de suas glebas ou lotes urbanos. O capítulo em comento, no entanto, nada traz de inédito; aliás, poder-se-ia dizer que fica mesmo aquém do disposto em nosso Estatuto Magno, art. 182, § 4º:

*“Art. J 82. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

*(...)*

*§4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:*

*I - parcelamento ou edificação compulsórios;*

*II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo;*

*III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”*

Fica o PDN aquém desse dispositivo constitucional por não prever a desapropriação, como sanção ao proprietário desidioso de suas responsabilidades para com a comunidade. Somente menciona, o PDN, o parcelamento ou edificação compulsórios, que constitui-se em ordem, do Executivo municipal ao particular, no sentido deste parcelar ou edificar, sob pena (em não o fazendo no curso de dois anos contados da notificação para tal) de sofrer a incidência do tributo progressivo. Leia-se, a propósito, comentário de José Afonso da Silva, que mesmo critica a dificuldade em se concretizar a desapropriação, mencionada no preceito constitucional: *“Vê-se por aí, que embora seja um avanço, é de exequibilidade praticamente inalcançável. Raramente se chegará à desapropriação prevista texto.”*, (in CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. São Paulo Malheiros, 8 ed., 1992, pag. 695). Entretanto, não é o caso de achar-se

nosso específico texto legal de pouca valia. Pelo contrário, utilizados inteligentemente, os institutos previstos nos artigos 49 e 50 combaterão, com sucesso, sem dúvida, a especulação imobiliária e a estagnação de sítios urbanos em detrimento da urbe. Basta a progressão do IPTU alcançar, em não longo tempo, ônus tributário tal, que implique substanciais prejuízos a manutenção da gleba inoperante. Repito: para a consecução dos fins destes dois institutos, deve-se ter certeza da alta onerosidade do imposto progressivo e de sua efetiva cobrança até os últimos centavos.

Quanto à legislação subsidiária (Código de Obras e Edificações, a Lei de Parcelamento do Solo e das disposições penais), prevista no artigo 69, do PDN, por não ter sido ainda elaborada, encontra-se em vigor o disposto no Plano diretor anterior, Lei 3.175/84, na parte que sobre a matéria trata. Continua a vigor também o disposto naquela lei sobre as Zonas Especiais, por força do preceituado no art. 62, do atual PDN. O plano anterior, aliás, praticamente, reproduz o normado sobre parcelamento do solo na Lei federal 6.766/79. Quanto ao Código de Obras, vige ainda o de 1969, entretanto, caminha processo de elaboração de diploma sucessor.

Finalmente, houve inusitada *vacatio legis* em nosso plano. Inusitada pela forma como se operou: o artigo 72 encerrou a carta, dispondo sua vigência a partir da data de sua publicação; entretanto, no artigo 63, abriu-se um permissivo - os projetos apresentados no prazo de 180 dias, após a publicação, seriam analisados em acordo com a legislação anterior!

## **Epílogo**

Traçadas essas linhas todas, bem cabem umas últimas palavras... A elaboração e implantação de um plano diretor é um processo que trata diretamente com um ser vivo, complexo e conturbado - a cidade. A urbe se constrói em seu dinamismo incessante; assim também o plano diretor (se o Direito em sua antiqüíssima tentativa de acompanhar a sociedade, sempre é ultrapassado pelo passo transformador desta, que dirá quando se lança em disposições urbanísticas)... O nosso Plano Diretor, ainda a pedir rol de leis regulamentadoras, tem dado seus primeiros, porém firmes passos. O infante conta apenas ano e dias (e nem isso de efetiva aplicação), mas tem auspicioso futuro - ou futuro nenhum... Os dias vindouros são assunto que depende sempre de nós próprios.

## **Bibliografia**

- SILVA, José Afonso da, CURSO DE DIREITO, CONSTITUCIONAL POSITIVO. São Paulo: Malheiros, 8 ed., 1992;
- MACHADO, Paulo Affonso Leme, DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO. São Paulo: Malheiros, 4 ed., 1992;
- MEIRELLES, Hely Lopes, DIREITO MUNICIPAL BRASILEIRO. São Paulo: Malheiros, 6 ed., 1992;
- MEIRELLES, Hely Lopes, DIREITO DE CONSTRUIR. São Paulo: Malheiros, 8 ed., 1992.

# Aspectos a considerar com relação ao efeito vinculatório das decisões dos tribunais

Francisco Glauber Pessoa Alves  
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 6º Período

## Apresentação

O presente trabalho pretende fazer uma análise sucinta em relação ao tema, face à limitação de espaço e à escassez de material de pesquisa, precipuamente no tocante ao direito americano e ao “*stare decisis*”.

Relativamente à eficácia normativa da interpretação judiciária, valemo-nos, pela eficiência com que o assunto foi abordado, de vários excertos do brilhante trabalho do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Néri da Silveira, quando da então comemoração do Sesquicentenário daquela Corte.

## Introdução

A consagração do regime federativo e a adoção definitiva da supremacia do poder judiciário não é outra coisa, senão a mostra da presença do direito americano, este, por sua vez proveniente do “*common law*” inglês, nas raízes do direito pátrio. Inegável é a influência da Corte Suprema dos Estados Unidos e seus desdobramentos em nossa organização judiciária, ressaltando-se a influência do direito romano e do europeu.

Já o grande Rui Barbosa enaltecia o direito anglo-saxão, na figura daquele Excelso Pretório Americano, incitando a incipiente Justiça Federal, fundada por decreto em 1890, “a haurir força e entusiasmo nos exemplos do seu grande modelo e a agir como pedra angular do novo sistema.”<sup>1</sup>

Na verdade o que está em análise aqui é a instituição do “*stare decisis*”, construção do direito britânico também adotada nos Estados Unidos, e suas conseqüências práticas, a serem observadas se adotado no Brasil.

## O *stare decisis*

O “*stare decisis*” define-se, superficial e primariamente, como o princípio de fidelidade ao precedente.

Tal princípio, que tem sua encarnação por excelência na “Câmara dos Lordes” inglesa, “é a mais pura expressão do “*common law*”<sup>2</sup>. Adotado inevitável e rigorosamente, “se fundamenta na teoria de que é essencial para a lei que ela esteja certa, e que para atingir essa certeza, vale a pena sacrificar a justiça em casos ocasionais”<sup>3</sup>.

Aborda-se este assunto pela contenda que presentemente está havendo acerca da vinculação das decisões dos órgãos judiciários inferiores às decisões dos tribunais superiores, dando margens até que se cogite a criação de um projeto de lei tratando do assunto.

A animosidade que envolve o tema não permitiu ainda que se analisasse tal instituto e suas ilações em outros países, e seus prováveis efeitos em nosso contexto, caso haja a transmutação e configuração para o nosso direito.

Insufismável que o “*stare decisis*” presente no direito ianque dissociou-se bastante do direito britânico, pela flexibilização com que lhe foi atribuída e até mesmo pela realidade peculiar daquele primeiro sistema jurídico.

Essa flexibilização permitiu a revogação de decisões consagradas da Suprema Corte Americana, algumas muitas vezes presentes há pelo menos um século, em virtude de passarem a ser considerados tais entendimentos como equivocados ou fora de tempo.

## **Fidelidade ao precedente no Direito Brasileiro**

Ora, ninguém está acima do erro e isso é fato. Então, como haver uma vinculação absoluta de um juiz de instância inferior a uma decisão consagrada pelos tribunais que pode, e não há como afastar essa hipótese em nenhum caso, causar prejuízo à parte, justamente por estar imbuída de algum lapso de interpretação?

Parece-me que tachar algo de absoluto, em sede de direito, é restringir substancialmente a possibilidade do processo dialético de tese-antítese-síntese tão característico a essa ciência jurídica.

É de bom alvitre transcrever estas palavras, ditas por um comentador americano: “É reconfortante ver um tribunal disposto a admitir francamente o seu erro. Quando um tribunal chega à conclusão de que uma decisão anterior está errada é muito melhor revogá-la expressamente do pretender segui-la e ainda criar distinções sutis em toda vez que surgir o princípio geral aí envolvido”.<sup>4</sup>

Não pode, assim, haver uma “hierarquia” de interpretação, em sentido absoluto, mas sim uma tendência à uniformização das decisões, o que não exclui a probabilidade de se revê-las.

A interpretação, ainda que não seja uma atividade-fim do juiz, posto que é uma atividade-meio para a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, não pode ser absoluta. Em direito, já se disse, “cada caso é um caso”.

Não há que se falar em desconsideração do que já foi julgado, mas deve-se, sim, observar as peculiaridades de cada caso. Já disse o eminente Néri da Silveira, sobre o assunto: “Conquanto as cortes judiciárias não se devam fechar à penetração de idéias novas, não é possível ao juiz ignorar os precedentes, que, em si, já representam esforço de outros, com idêntica preocupação de aperfeiçoar e valorizar as leis, participando da perpétua obra da evolução do direito, em íntimo contato com a realidade social e contínua superação das previsões legislativas. Se não há de tê-los, em princípio como obrigatórios, ao decidir novos casos, não deixará o juiz, entretanto, de refletir sobre as exegeses da norma a aplicar, já adotadas em hipóteses idênticas ou semelhantes, por julgados anteriores.”,

Direito é vida e movimento, estando sempre em busca de evolução, da melhor interpretação e da adequação da norma à realidade fática. Não pode, portanto, ater-se a uma realidade estática, sem margem a discussões, tão próprias da disciplina jurídica.

Existe já a figura das Súmulas, expressões modernas dos antigos Assentos portugueses e que têm servido bem a seu propósito; se se levar adiante essa intenção de vincular as decisões dos órgãos inferiores às dos órgãos superiores, por meio de disposição normativa expressa, o que é sempre complexo e discutível, estará cerceando-se a garantia da independência plena do

magistrado e atentando-se contra o princípio do livre convencimento motivado do juiz, bem como, em certos aspectos, contra o princípio da não-exclusão da apreciação pelo poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito.

A complexidade do tema foge do âmbito da simples tertúlia acadêmica e faz-nos chegar à seguinte questão: Que critério utilizar no estabelecimento dessa vinculação? Não parece fácil, muito menos recomendável, defini-lo.

Às partes e aos juízes deve-se assegurar a possibilidade de mudança dos posicionamentos jurisprudenciais clássicos, por meio de argumentos novos, aspectos inexplorados nos velhos argumentos ou da própria mudança da realidade econômico-social.

Tivemos um exemplo prático, recente, da vinculação que já ocorre. Malgrado tivessem os juízes de todo o país reconhecendo o direito adquirido à implementação do percentual de 84,32% referente ao Plano Collor, decidiu o STF, “pacificando” a matéria - há quem diga que por motivos políticos, fundamento decisório sempre questionável -, que não existiu o período de incorporação que estabeleceria o direito adquirido.

Houve, a partir daí, uma verdadeira inversão. A maioria das ações julgadas procedentes em 1ª e 2ª instâncias, foram reformadas por meio de Apelação, em primeiro grau, e de Embargos Infringentes, Recurso Especial e Extraordinário, em segundo grau em diante. Os que escaparam a essa via sacra e tinham a esperança de ver finalmente o percentual implementado viram suas pretensões irem por água abaixo com a onda de ações rescisórias de autoria da União e do INSS, maiores interessados no não-reconhecimento do direito.

O que acharam disso os que já estavam certos de seu direito? Acharmos válido transcrever aqui o excerto de um voto do Juiz Roberts, antigo membro da Suprema Corte Americana: “O respeito pelos tribunais tende a desaparecer quando os advogados e o público começam a admitir que nada do que foi dito em sentenças anteriores tem valor numa controvérsia atual”.<sup>6</sup>

Abstraindo-se de eventuais críticas ao STF, órgão político ou técnico, conforme a conveniência, serve este exemplo para mostrar o que já existe, ou seja, um caráter vinculativo implícito das decisões superiores. Isso ocorre, como de fato aconteceu e ainda acontece no caso em tela, pelo triste reconhecimento, dos juízes de primeiro e segundo graus, de que não adiantaria dar uma perspectiva favorável aos demandantes, porque se de fato havia o bom direito, seriam as decisões inexoravelmente reformadas, a nível de tribunais superiores.

Por outro lado assevera Castro Nunes: “É preferível algumas vezes o mal menor de um possível desacerto de exegese aos imprevistos da instabilidade, às variações da jurisprudência, que levam o desassossego, a inquietação e até mesmo podem produzir injustiças relativas, determinando soluções diferentes em hipóteses perfeitamente idênticas”.<sup>7</sup>

Não se pode olvidar, se bem não pareça eticamente correto admitir-se soluções sabidamente incertas, que a instabilidade da jurisprudência dá margens à inquietação e eventuais injustiças, pois como dito antes, situações idênticas podem ter decisões diversas, e isso causa dúvidas em quem não entende do assunto. Mas, vale realmente a pena traçar um caminho a ser seguido, um precedente a ser sempre e sempre observado?

Se tal linha de raciocínio desembocar na elevação de uma exegese equivocada, alheia ao bom direito, e estabelecer-se que ela deve ser seguida, não causaria algumas apenas, mas toda uma série de decisões duvidosas. Isso é melhor que do que as contradições jurisprudenciais? Atende realmente aos ideais de justiça?

É de se pensar nisso, se realmente é válido sacrificar essa liberdade de decisões, que traz logicamente algumas injustiças, mas passíveis de revisão e de serem sanadas por recursos específicos, em prol de uma estabilidade que pode acalantar não só algumas mas várias

injustiças.

Logicamente, colocamos aqui a hipótese de visão errônea da jurisprudência dominante dos tribunais, sendo pois uma exceção, por ser o erro a eventualidade e não a regra. Trabalhando-se em cima dessa exceção, encurta-se o caminho para o acerto mais bem acabado e distancia-se da orientação decisória destoante do melhor direito.

Evita-se, então, o que poderia chamar-se de “ditadura” do precedente, a própria efetivação do *stare decisis* em nosso direito.

*Data venia*, não parece certo, dentro da nossa rica e contraditória realidade, aceitar a tese afastada pela proposição anterior. Mário Guimarães, com propriedade, afirmou: “O haver, também, jurisprudência indicadora de certo rumo será apenas indício de ser esse o melhor. Não deixe, contudo, o magistrado de formar convicção própria. O reexame da matéria pode sugerir um argumento, pró ou contra, que tenha escapado a outros. As leis, ensina Jean Cruet, fazem-se em cima. As boas jurisprudências vêm de baixo. Surgem do contato mais direto do juiz com os litigantes. Por modesto que seja, não hesite, pois o magistrado, quando acaso dissinta, em levar por diante o seu convencimento, desde que o faça estribando-o em razões honestas”.<sup>8</sup>

## Conclusão

Por conseguinte, inarredável é a possibilidade da reanálise de um mérito consagrado, por mais discutido que tenha sido, bem assim a garantia da aceitação da reargumentação, se coerente e plausível. Ao juiz singular, aquele que mais próximo está dos jurisdicionados, deve ser assegurada essa hipótese, banindo-se a prevalência absoluta dos entendimentos dos tribunais.

## Bibliografia

- Rodrigues, Lêda Boechat. “A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano”, Revista Forense, 1958.
- Schwartz, Bernard. Direito Constitucional Americano, Forense, Rio Sesquicentenário do STF, Coleção Temas Variados, Vol. 25; Ed Universitária de Brasília, 1978.

<sup>1</sup> Rodrigues, Lêda Boechat. “A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano”, Revista Forense, 1958, págs. 13 e 14.

<sup>2</sup> Schwartz, Bernard. Direito Constitucional Americano, Forense, Rio. págs. 198 e 199.

<sup>3</sup> Idem, ob. citada, págs. 198 e 199.

<sup>4</sup> Ibidem, pág. 200 (Harvard L. Rev. - 1920, 74 e 76).

<sup>5</sup> Sesquicentenário do STF; Coleção Temas Variados, Vol. 25, Ed. Universitária de Brasília, 1978, pág. 137.

<sup>6</sup> Obra citada, nota 2, pág. 201.

<sup>7</sup> Idem, ob. citada, nota 5, pág. 142.

<sup>8</sup> Apud Guimarães, Mário. O juiz e a função jurisdicional, 1958, pág 327. In Sesquicentenário do STF.



## O significado jurídico-político da estabilidade do servidor público

*Gustavo Ferreira Santos  
Bacharel em Direito pela UFRN e Mestrando na UFSC*

Um aspecto da proposta de reforma administrativa que está sendo sustentada pelo governo que merece atenção é o pretendido fim, ou amesquinamento, da estabilidade do servidor público. Entre os diversos discursos políticos que aparecem no debate, obscurecida fica a dimensão jurídico-política do instituto.

A estabilidade, em verdade, é uma garantia que se cria para proteger a própria organização política da sociedade. Não se trata de favor ao servidor, mas de uma verdadeira garantia institucional.

O Estado moderno surgiu com uma característica vital a diferenciá-lo das sociedades políticas anteriormente existentes. Com a modernização da sociedade, o Estado, assim como outras esferas da vida social, conheceu um processo de dessacralização, no qual o fundamento de sua legitimidade passou a ser destituído de uma explicação religiosa. Anteriormente à ilustração, a vida social estava repleta de fundamento transcendental: a arte era sacra, o direito era canônico, etc.

A racionalidade iluminista, afirmando a individualidade e a autonomia dos sujeitos, redundou na necessidade de um Estado laico e impessoal.

Uma chave para o entendimento deste processo é a obra de Max Weber, particularmente a sua teoria das formas de dominação. Weber afirma que a sociedade passou por um processo de “desencantamento”, que é peculiar à civilização ocidental e ele denomina de racionalização. Para ele, a racionalização “consiste na organização da vida, por divisão e coordenação das diversas atividades, com base em um estudo preciso das relações entre os homens, com seus instrumentos e seu meio, com vistas à maior eficácia e rendimento”<sup>1</sup>.

Neste contexto, estão criadas as condições próprias ao desenvolvimento do Estado capitalista e do Estado moderno. Segundo Sérgio Paulo Rouanet, “a empresa capitalista supõe a existência de força de trabalho formalmente livre e um tipo de organização racional de produção baseado no cálculo contábil e na utilização técnica de conhecimentos científicos. O Estado moderno, se organiza com base num sistema tributário centralizado, num poder militar permanente, no monopólio da legislação e da violência e principalmente numa administração burocrática racional”<sup>2</sup>.

Delineado o entendimento em torno das características do processo de racionalização da sociedade, é ainda em Weber que vamos nos socorrer para definir a organização administrativa do Estado moderno. Na sua teoria das formas de dominação, Weber vê o problema da legitimidade do poder político, particularmente no aspecto de seu fundamento. São três, ao seu ver, as formas de dominação: a dominação tradicional, a dominação carismática e a dominação legal-racional.

A dominação tradicional funda-se na idéia do “ontem eterno”. Se justificam as regras e hábitos que sempre estiveram em vigor. O dominador exerce o seu poder porque sempre o exerceu.

Na dominação carismática, o motivo definidor da relação de dominação está na crença difundida de que o exercente do poder possui poderes, extracotidianos, que o diferencia dos outros sujeitos.

Como se percebe do rápido esclarecimento precedente, as formas de dominação

adicional e carismática não são, em princípio, aplicáveis ao Estado moderno. Digo “em princípio” por trabalhar Weber em sua epistemologia com o que ele chama de “tipos-ideais”, que são conceitos aptos à compreensão da realidade, mas que com ela não se confundem. Formam-se estes “tipos-ideais” a partir da escolha e exagero de aspectos particulares da realidade observada. Assim, não se encontram Estados que, de forma pura, correspondam aos tipos de dominação por ele propostos.

O Estado moderno corresponde, desta forma, ao tipo de dominação legal-racional. É tida a dominação legal como a mais racional de todas. A dominação se justifica pelo respeito a normas impessoais, de caráter genérico e abstrato, feitas “sem consideração da pessoa”. Entrelaçam-se, pois, na dominação legal três idéias: “1. que todo direito, mediante pacto ou imposição, pode ser *estatuído* de modo racional - racional referente a fins ou racional referente a valores (ou ambas as coisas) - com a pretensão de ser respeitado pelo menos pelos membros da associação, mas também, em regra, por pessoas que, dentro do âmbito de poder desta (em caso de associações territoriais: dentro do território), realizem ações sociais ou entrem em determinadas relações sociais, declaradas relevantes pela ordem da associação; 2. que todo direito é, segundo sua essência, um cosmos de *regras* abstratas, normalmente estatuídas com determinadas intenções; que a judicatura é a aplicação dessas regras ao caso particular e que a administração é o cuidado racional de interesses previstos pelas ordens de associação, dentro dos limites das normas jurídicas e segundo princípios indicáveis de forma geral, os quais encontram aprovação ou pelo menos não são desaprovados nas ordens de associação; 3. que, portanto, o senhor típico, o “superior”, enquanto ordena e, com isso, manda, obedece por sua parte à ordem impessoal pela qual orienta suas disposições”<sup>3</sup>.

Neste tipo de sociedade, essencial se faz a existência do que Weber chama de Burocracia. Aqui, o termo não é entendido no sentido pejorativo que o seu uso habitual determinou, mas se refere ao corpo técnico responsável pela execução dos atos e serviços atribuídos ao Estado. Dentre as características dos funcionários que compõem a Burocracia, se destacam: a) são pessoalmente livres, obedecendo somente às obrigações objetivas do cargo; b) são nomeados (e não eleitos) numa hierarquia rigorosa de cargos; c) têm competências funcionais fixas; c) qualificação profissional; d) exercem seus cargos como profissão única ou principal; e) têm perspectiva de carreira (progressão); f) estão submetidos a um sistema de disciplina e controle do serviço<sup>4</sup>.

Não há, na dominação legal com quadro administrativo burocrático, a apropriação do cargo. Segundo Weber, há, em alguns casos, um “direito” ao “cargo” que “não serve normalmente para o fim de uma apropriação pelo funcionário, mas sim para garantir seu trabalho de caráter puramente objetivo (“independente”), apenas vinculado a determinadas regras”<sup>5</sup>.

Elencados estão os motivos maiores que justificam a adoção do instituto da estabilidade para os servidores públicos. Não existindo tal proteção, não se sustentará a objetividade necessária para o exercício da função pública.

No seu aspecto jurídico, a estabilidade como atualmente prevista em nosso país é uma garantia constitucional. Pode ser definida como “o direito de não ser desligado senão em virtude de (a) processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ou (b) sentença judicial transitada em julgado”<sup>6</sup>. O ordenamento jurídico brasileiro hoje agasalha o instituto da estabilidade do servidor público com regras de natureza constitucional, que delimitam o tema, e através da Lei nº 8.112/90, que dá contornos mais nítidos aos mandamentos da Constituição.

Aplica-se hoje o instituto aos servidores efetivos (não exoneráveis *ad nutum*) que tenham transposto o estágio probatório (que em nosso caso é de dois anos). A demissão do servidor é prevista como sanção em caso de infração disciplinar ou crime funcional regularmente apurados em processo administrativo ou judicial, imperativo compatível ao princípio do devido processo legal.

Sem a previsão de proteção ao exercente de função pública contra inconfessáveis interesses privados, não há como se falar em dominação legal-racional, no sentido weberiano, ou em Estado moderno. Claro que a proteção não se materializa necessariamente na forma hoje aplicada pelo Estado brasileiro, pois pode esta variar de um ordenamento para outro. Mas, não podemos esquecer as características peculiares à nossa formação política que podem ser elencadas justificadoras do sistema atualmente adotados.

O Estado brasileiro tem uma característica nitidamente patrimonialista<sup>7</sup>, sendo comum a confusão entre as esferas do público e do privado. Uma rápida análise dos critérios que hoje guiam a escolha dos exercentes dos Cargos Comissionados pode nos fornecer um roteiro para entendermos a que interesses se sujeita a Administração sem um corpo técnico profissional. Além de exemplos históricos, como a força que teve o coronelismo, há exemplos contemporâneos da prática que vê o Estado como de todos na hora do proveito e considera-o como sem dono quando há prejuízo, como no chamado “caso Econômico”, onde o Estado sempre se sujeita a interesses privados.

Torna-se imperativo, para que se construa e se conserve uma entidade estatal que gerencie a coisa pública nos padrões apregoados pelos ideais iluministas, a existência de um corpo profissional exercendo as funções públicas de forma independente em relação às contingências do debate político.

## **Bibliografia**

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987;  
ROUANET, Sérgio Paulo. **As Razões do Iluminismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989;  
WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Vol. 1. Brasília: UnB, 1991;  
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993;  
FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. Rio de Janeiro: Globo, 1993;

<sup>1</sup> Freund, Julien. Sociologia de Max Weber. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1981, p. 19;

<sup>2</sup> Rouanet, Sérgio Paulo. As Razões do Iluminismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 231;

<sup>3</sup> Weber, Max. Economia e Sociedade. Vol. 1. Brasília: UnB, 1991, p. 142;

<sup>4</sup> Weber, Max. *Ob.Cit.*, p. 144;

<sup>5</sup> Idem. p. 143;

<sup>6</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 138;

<sup>7</sup> Outro termo de origem weberiana, mas aqui é utilizado nos termos trabalhados no livro “Os Donos do Poder”, de Raymundo Faoro;

# Contratação temporária de professor substituto, à luz da Constituição Federal de 1988

Marcus Aurélio de Freitas Barros  
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 8º Período  
Monitor de Direito Civil I

## Intróito

O presente trabalho cinge-se à análise de um instituto que tem causado celeumas e acalouradas discussões no cenário universitário nacional e, notadamente, na Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Cuida-se da CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO, estatuída no artigo 37, IX da CRFB, e regulamentada infraconstitucionalmente pela Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993. Mais especificamente, o estudo versará sobre a investigação da contratação temporária de professor substituto, que encontra abrigo na citada lei, em seu art. 2º, inciso IV.

Dispõe o art. 37, IX, da Lei Fundamental que: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. É deste dispositivo magno que partirá toda a análise do instituto, vez que aí tem assento suas balizas maiores, servindo como inelutável ponto de referência para o legislador ordinário, bem como para o intérprete. A partir disto, será possível alcançar um modelamento mais consentâneo da contratação temporária de professor substituto, apresentando a visão que parece melhor indicar seus escorreitos contornos.

Como premissa metodológica, indispensável aduzir que será levada em consideração, sobretudo, a lição de MICHEL TEMER<sup>1</sup>, ao dizer que: “...a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribui às palavras do texto constitucional. perquirição que só é possível com a análise do todo normativo, após a correta principiologia que ampara aquelas palavras”.

## Valorização do concurso público e a presença dos servidores temporários na Administração Pública

Como corolário do princípio isonômico e, nomeadamente, do princípio da impessoalidade, ressaiu prestigiada com a Norma Ápice de 1988 a figura do concurso público. Isto se deve, basicamente, a dois motivos. *Primus*, promove-se a relevante garantia de oportunidade igualitária para todos os administrados, na fiel lembrança de que os direitos devem ser acessíveis a todos os cidadãos. *Secundus*, pois é um meio de aferição da qualificação dos postulantes ao cargo de servidor público, almejando não só a continuidade dos serviços públicos, mas que estes sejam prestados em níveis mais satisfatórios.

Em vista disto, não há negar que o concurso público encontra-se elevado a pilar-mor no que pertine ao acesso a cargos e empregos públicos. Neste diapasão, digno de lápide o escólio do conspícuo ADILSON DE A. DALLAR<sup>2</sup>, ao ditar que: “Os incisos I a V do art. 37 da Constituição Federal cuidam da acessibilidade a cargos, funções e empregos públicos “aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei”, estabelecendo como regra geral o concurso público e dispondo sobre exceções a essa regra”.

No campo destas exceções, possível, principalmente, identificar: a) os nomeados para cargo em comissão ou função de confiança; b) aproveitamento de ex-combatente no serviço público; c) certos cargos alheios a órbita do Poder Executivo; e, o que vai ser de maior interesse, d) a contratação por tempo determinado; dentre outras.

A contratação temporária de servidor, por sua vez, destinada exclusivamente para o preenchimento de função pública, justifica-se seja pela ótica histórica, seja por o concurso público ser um instrumento incompatível, por vezes, com a urgente indispensabilidade da continuidade do serviço público, pelo que só forçoso, em ocasiões excepcionais, recorrer a este tipo de servidor, a fim de que trabalhe, provisoriamente, em cooperação com o quadro permanente de pessoal.

Dessas assertivas, ressaí, portanto, que o servidor temporário, pode ser definido como o titular de função pública que, pela premência de seus serviços, prescinde de prestar concurso público, mas que não se instalará perpetuamente nos quadros da Administração<sup>3</sup>.

Em decorrência, a contratação temporária, seja de docente substituto ou não, anda, *pari passu*, com a noção de imperiosa **necessidade**, qualificativo este que lhe substancia a existência. É, ressalte-se, expressão palmar do brocardo latino: “*Necessitas facit justum, quod de jure non est licitum*” (A necessidade transforma em justo, aquilo que o Direito reputava ilícito). Caso contrário, seria uma esdrúxula forma de acesso, por uma via lateral, aos serviços públicos.

A dicotomia necessidade-contratação temporária de servidor, é bom que se diga, toma conotação mais real e restritiva, quando se observa os contornos do instituto em tela à luz da história administrativa pátria. É que voltando ao passado, consegue-se extrair variegadas lições sumamente importantes, sem contar que, conhecendo a história de um instituto jurídico, dá se um grande passo para reconhecê-lo em seu momento atual.

### **Condenáveis práticas administrativas na história brasileira recente e sua influência na interpretação do instituto da contratação temporária<sup>4</sup>**

Antes mesmo da Constituição 1967, já existiam os servidores temporários, emoldurados nas conhecidas figuras dos *interinos e extranumerários*, que, sem concurso público e contratados de forma provisória, adentravam no serviço público e acabavam por lá permanecendo. Diante disto, com uma índole mais moralizadora, veio a lume a Lei Maior de 1967, a qual exaltou o concurso público, mas acabou estabilizando as pessoas instáveis, com mais de cinco anos de serviço (art. 77). No mais, em seu art. 104, institucionalizou a figura do servidor temporário, que ficava sob a égide do regime celetista.

Com a EC 1/69, foi dilargado o campo da contratação temporária, restando predominante a idéia de que tais servidores estariam sob a batuta de um regime especial ou terceiro regime. Nesta época, a contratação temporária serviu como uma válvula de escape para a prática do empreguismo, colocando no serviço público inúmeros apaniguados. Tudo isto em detrimento da boa qualidade destes serviços, numa clara (mas consentida) burla ao instituto do concurso público. Esta prática administrativa, de óbvio, trouxe como consequência a constante problemática dos governos atuais, no que pertine aos gastos com o funcionalismo.

Em face desta realidade, é preciso sabe que a Carta Constitucional de 1988 veio à baila, também, no intuito de coibir esta conduta, fazendo com que se vivencie os princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade administrativa, finalidade e supremacia do interesse público, fartamente inobservados a não muito tempo atrás: A Lei Maior, portanto, urge por ser respeitada sem desvirtuamentos.

Em resumo, é preciso atender ao espírito da Constituição Federal, evitando um novo arrombamento desta abertura, impedindo que a contratação temporária sirva (mais uma vez) para contornar a exigência do concurso público, levando à admissão indiscriminada de pessoal, em detrimento do funcionalismo público, do controle que deve ser exercido pelo Poder Legislativo, da qualidade dos serviços prestados à população e, por último, arruinando as finanças públicas e o planejamento orçamentários<sup>5</sup>.

## **A contratação temporária de professor substituto na Constituição de 1988**

Em decorrência da prevalência do princípio do concurso público e no escopo de evitar a reprise das nefastas arbitrariedades antes praticadas, a Constituição de 1988 na busca de atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX da CRFB), permitiu a investidura provisória em determinadas hipóteses, como, por exemplo, a de docente substituto, conforme se infere do art. 2º, IV, da Lei nº 8.745/93, regulamentadora da *Lex Suprema*.

A norma constitucional referida, vale dizer, possui eficácia contida ou restringível, a qual na sempre autorizada conceituação do mestre JOSÉ A. DA SILVA<sup>6</sup> é aquela norma: “... ***em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados***”. É, portanto, intuitivo, além de sua ínsita auto-aplicabilidade, que a legislação infraconstitucional deve encontrar-se inelutavelmente adstrita aos pressupostos estabelecidos constitucionalmente.

Chega-se, assim, de antemão, a uma conclusão inicial de que a interpretação do permissivo do art. 37, IX, da CF, deve ser a mais restrita possível. Neste prisma, urge comentar as balizas inseridas neste artigo, procurando, em uma visão ínsita do instituto, aferir o sentido que o constituinte outorgou às palavras-chaves do dispositivo constitucional *sub studio*.

### **Necessidade temporária...**

A primeira baliza do instituto em tela concerne a sua restrição para casos de necessidade temporária, expressão esta que deve ser perquirida em seu real sentido.

Como já se frisou, a contratação temporária está umbilicalmente ligada a noção de necessidade. Para o ilustre COELHO MOTTA<sup>7</sup>, com inexecedível acerto: “*Na acepção jurídica, necessidade é a indispensabilidade, e à imprescindibilidade ou a substância, que não se pode dispensar, ou omitir, porque é necessária e obrigatória, para que as coisas se apresentem como devem ser apresentadas e se façam como devem ser feitas*”.

Daí se infere que o manejo da investidura provisória só se justifica face contingências excepcionais, onde quedar-se realmente imprescindível. A lei mesma, ao elencar a hipótese de docente substituto (art. 2º, IV) não exauriu a (questão, devendo ser feita uma apreciação caso a caso. Ou será que se justifica a contratação de professor substituto quando os docentes do quadro efetivo podem ser remanejados para suprir a carência de um professor? Óbvio que não, pela clara ausência de necessidade.

Ademais, à necessidade deve-se acompanhar o requisito temporariedade. Isto não significa que o serviço deva ser temporário, mas a necessidade impende seja transitória. Deste modo, a contratação só se justifica se for por tempo suficiente à regularização da situação de exceção, como, *v. g.*, até que se organize o competente certame público para admissão de

professor permanente. Caso contrário, voltar-se-ia à época em que a prevalência do concurso público não era observada.

Outra questão importante é que assoma confrontante com este requisito a contratação temporária decorrente de: exoneração, demissão, ascensão, transferência, readaptação, aposentadoria, falecimento, etc. Em tais situações - visualize-se - a relação entre o antigo professor e o cargo de docência se extinguiu, pelo que se declara a vacância destes cargos (vide art. 33 da Lei nº 8.112/90). Ora, é ilógico que se queira contratar um professor substituto, onde não exista um substituído. Sem contar que, nestes casos, o próprio cargo está vago, de modo que a forma de preenchê-lo outra não é que o concurso público. Vê-se, portanto, que se divorcia do requisito em tela, na medida em que o permissivo do art. 37, IX, da CF, não é necessário, nem obrigatório nas hipóteses figuradas. Ao revés, chega a ser totalmente impróprio.

O que se aceita, em verdade, é a contratação de professor substituto, por exemplo, para casos de afastamento e licença desde que o pessoal efetivo não supra a carência, devendo ser estipulada sua validade pelo prazo suficiente para que o titular reassuma suas funções.

### **...de excepcional interesse público.**

Outro ponto indissociável da interpretação do preceptivo em referência é a existência de excepcional interesse público, segundo e importante alicerce não pode ser desconsiderado.

Para ser sintético, basta dizer que, sempre em vista do interesse público, se faculta a investidura provisória apenas em casos onde esteja havendo o declínio do serviço ou este não possa ser prestado dentro de seus padrões mínimos de eficiência. Aliado a isto, tem-se que este interesse há de ser excepcional, o que indica sua reserva para situações onde descabe valer-se do concurso público futuro ou pretérito.

Da mesma forma, deve ser aferido à luz do caso concreto, para evitar que se permita a substituição provisória do docentes em casos avessos a soluções extremadas.

Vislumbra-se neste modo de pensar, com solar clareza, que fora dos ditames constitucionalmente perseguidos, encontrar-se-á obstaculizada a eleição da via da contratação temporária de docente substituto.

Entrementes, frise-se, aqui não se advoga qualquer inconstitucionalidade do comando normativo que disciplina a contratação provisória de docente substituto. O que se alerta é a possível ocorrência, inobservadas as balizas magnas, do fenômeno da **aplicação inconstitucional de norma válida**.

### **Incidência dos princípios da motivação, finalidade e razoabilidade**

No mais, para que a visão constitucional reste mais completa, mister investigar o assunto *sub examen* em confronto direto com alguns dos princípios basilares da Administração Pública, como: motivação, finalidade e razoabilidade.

Para tanto, forçoso direcionar as hipóteses de incidência destes princípios, de forma que exsurjam homenageadas duas premissas sustentadas ao longo de todo o trabalho: a restrição da contratação temporária de professor substituto para situações contingenciais, excepcionais e necessárias, e a impossibilidade de burla ao concurso público, o qual, mesmo não estando imune a críticas, restou prestigiado pela Constituição de 1988.

No que tange ao princípio da motivação, o qual é decorrência do só fato de a sociedade moderna viver sob a égide de um Estado de Direito, imperioso agregar que, face a discricionariedade e os contornos constitucionais do instituto da contratação temporária, se faz mister uma fundamentação mais acurada. Melhor dizendo: a opção pela investidura provisória de professor substituto deve estar substanciada em casuística e detalhada motivação, sob pena de nulidade.

Este pensar é roborado pelo ilustríssimo mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>8</sup> ao ensinar que nos casos: “... em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é **imprescindível motivação detalhada**”.

Doutrinando mais especificamente sobre o assunto, o ilustre lente da PUC/SP, não discrepa do entendimento aqui esposado ao ditar que: “*Contratação com base no inciso IX dependerá, certamente, de circunstanciada justificativa na qual se exponham os fatos objetivos e as razões que a fazem indeclinável. À falta disso, será nula*”<sup>9</sup>.

Deste modo, é lícito depreender que para o manejo do instituto em comento exige-se a detalhada especificação: do fato que torna a contratação temporária contingencial, excepcional e necessária; do nome do professor substituído e o motivo pelo qual sua ausência enseja a contratação de substituto; do tempo suficiente para que se resolva o problema do desfalque no quadro de docentes, tomando como referência o lapso temporal em que o titular estará afastado. Só assim é possível promover um processo seletivo transparente e conforme a interpretação teleológica da *Lex Suprema*.

É mister, ainda, que sejam sopesados os requisitos do art. 37, IX da CF, vez que se olvidados pode indicar a existência de desvio de finalidade ou de poder. O princípio da finalidade indica que a investidura provisória de docente não pode ir de encontro à finalidade pública, ou mesmo, à finalidade aferida do instrumento jurídico-normativo disciplinador do instituto.

Assim, há desvio de poder e em consequência nulidade do ato, por violação da **finalidade legal**, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública, quanto naqueles em que o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava<sup>10</sup>.

Daí, impende notar que se encontra eivada de nulidade a contratação de docente substituto Por tempo determinado, que não esteja arrimada na necessidade temporária de excepcional interesse público, expressão já devidamente delineada.

Já quanto ao princípio de razoabilidade, basta dizer que ao administrador resta a obrigação de com sensatez, equilíbrio e sob critérios aceitáveis, materializar os processos seletivos para investidura temporária do professor substituto, sempre de acordo com as idéias aqui lançadas.

Diante destas considerações parece que se alçou a uma visão, que mesmo não imune a críticas, melhor reflete a *intentio legis* da Constituição Federal, na medida em que, tendo em foco as necessidades contingenciais, melhor se adequa a um postulado maior, qual seja, o princípio da igualdade jurídica entre os administrados. No entanto, é ainda de bom alvitre pôr em destaque determinados aspectos da legislação infraconstitucional.

## **Exigências legais do instituto**

Com relação a legislação infraconstitucional, possível identificar alguns pontos da



contratação temporária de professor substituto, os quais, por apego à concisão e aos limites do trabalho, apenas restará consignado. São eles: a) o prazo máximo de doze meses (que deve ser menos, quando necessário), estipulado *ex lege*; b) a impossibilidade destes servidores tomarem-se permanentes, pois o prazo é improrrogável; c) a observância do regime celetista, não mais prosperando a antiga idéia de criação de regime especial ou terceiro regime; d) necessidade da feitura de um processo seletivo, o qual, não tendo os mesmos rigores do concurso público, deve ter critérios específicos e pré-determinados, em homenagem aos princípios: da isonomia, da impessoalidade, da finalidade, da razoabilidade etc.; e, por fim, e) podem ser editadas leis regulamentares provenientes de cada ente da federação, e não só da União.

## Conclusão

Diante das considerações expendidas, necessário rematar reafirmando o entendimento de que o instituto da contratação temporária de professor substituto deve ser interpretado de forma restrita, tendo sempre como ponto de referência o estatuído no art. 37, IX da Constituição. Fora daí, é patente a corporificação do fenômeno da **aplicação inconstitucional de norma válida**.

Ademais, no fim desta breve análise, é possível ter a exata noção do instituto da contratação temporária de professor substituto, matéria que está a esperar dos ilustres doutrinadores pátrios uma análise mais acurada, já que poucos se aventuraram a escrever sobre o tema.

No que tange a este estudo, lícito aduzir que ele se justifica como forma de homenagear o sentido da Constituição Federal. Condiz com a opinião do célebre J. J. GOMES CANOTILHO<sup>11</sup> pelo que urge finalizar com suas abalizadas palavras, ao comentar o princípio da força normativa da Constituição, cujo enunciado bem demonstra o sentido que se buscou dar a este artigo. Diz o mestre:

“Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “atualização” normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”.

## Bibliografia

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- DALLARI, Adilson de Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta (direitos e deveres)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MOTTA, Carlos P. Coelho. *O Novo Servidor Público: Regime Jurídico Único*. Minas Gerais: Lê, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- TEMER., Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

<sup>1</sup> *In Elementos de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, pág. 24.

<sup>2</sup> *In Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990, pág. 27 (o negrito do texto foi acrescentado).

<sup>3</sup> Definição extraída de afirmação contida na obra de CERLOS P. COELHO MOTTA, *O Novo Servidor Público: Regime Jurídico Único*. Minas Gerais: Lê, 1990, pág. 67.

<sup>4</sup> Para maior aprofundamento sobre este tópico, consultar os preciosos apontamentos de: ADILSON DE A. DALLARI, ob. cit., págs. 119 a 123 e COELHO MOTTA, ob. cit., págs. 70 a 77.

<sup>5</sup> Ensinança retirada do escólio de ADILSON DE A. DALLARI, ob. cit., pág. 126.

<sup>6</sup> *In Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1982, pág. 105.

<sup>7</sup> Ob. cit., pág. 67

<sup>8</sup> *In Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, pág. 57 (negrito acrescentado).

<sup>9</sup> *In Regime dos Servidores da Administração direta e indireta (direitos e deveres)*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pág. 71.

<sup>10</sup> Trecho retirado do escólio de CELSO A. BANDEIRA DE MELLO, ob. cit. (ver nota 8), pág. 53.

<sup>11</sup> *In Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, pág. 229.

# Repressão criminal: da vingança à ressocialização

*Otto Bismarck Nobre Brenkenfeld*  
*Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 7º Período.*

*“Realmente nada revela melhor a crueldade dos  
homens do que a história das penas, mais do  
que a dos crimes.”*

(Aníbal Bruno)

## Introdução

A convivência humana, desde os mais primitivos agrupamentos tribais, sempre foi marcada pela projeção do querer individual sobre uma série de bens da vida que, apesar do amplo espectro em que se apresentam, possuem natureza limitada.

A contradição entre desejos ilimitados e objetos finitos, cria zonas potenciais de atrito, nascidas em razão da confluência desses desejos sobre um objeto comum. Tal confluência, enseja uma disputa entre membros do grupo que, na maioria das vezes, encontra solução por meio de mecanismos de seleção institucionalmente aceitos, sem causar, assim, grandes danos à convivência coletiva.

No entanto, em determinadas ocasiões, os meios utilizados para a resolução desses atritos extrapolam os limites de aceitabilidade social, passando a ameaçar a própria coexistência harmônica dos que compõem aquele contingente humano.

Como forma de auto-defesa e conservação da estrutura social em vigor, o clã, ou grupo estabelecido, viu-se compelido a encontrar formas de punição, ou - mesmo de vingança, capazes de atingir àquele transgressor, bem como aos que porventura pretendessem seguir-lhe os passos.

Com o desenvolvimento das civilizações, a função repressiva da punição adquiriu diferentes conotações quanto à sua justificação e legitimidade, muito embora tenha mantido uma constante e estreita correlação com as instituições detentoras do poder.

Sob esse enfoque, podemos identificar certas etapas que, numa acepção ampla, representam o caminho percorrido pela pena no processo evolutivo da humanidade.

## Vingança privada

Em um primeiro momento, vivenciou-se o período da vingança privada, que em si próprio comporta diferentes níveis de desenvolvimento, indo desde a reação individual puramente instintiva, até chegar a uma posição de defesa coletiva, esboçada pelo clã, ou grupo, já então dotado de incipiente noção de organização social.

Não é prudente tomar tal etapa como marco inicial da justiça penal ou da aplicação da pena propriamente dita, tendo em vista a completa desorganização social, que implica na ausência de instituições capazes de coordenar um sistema de aplicação de sanções. No entanto, foi por volta do período neolítico que desenvolveu-se a idéia do Talião Material, que representou

a primeira manifestação de proporcionalidade e, portanto, esboço de justiça penal, contrapondo-se à selvagem vingança ilimitada.

### **Vingança Divina**

A evolução dos grupos primitivos possibilitou o desenvolvimento de estruturas socialmente organizadas que, na quase totalidade dos povos, apresentavam-se fortemente impregnadas de caráter sobrenatural e divino.

Nessas teocracias surgiu o primeiro modelo institucionalizado de justiça penal, sob forma de uma vingança divina, aplicável aos transgressores das leis que, em razão da completa identidade entre poder (direito) e religião, eram tidas como emanadas diretamente da divindade. Aplicavam-se penas cruéis, tendo-se por base o Talião e no escopo de alcançar, com a expiação do criminoso/pecador, o abrandamento da cólera divina.

### **Vingança pública**

O fortalecimento do Estado deu ensejo a que se processasse uma gradual dissociação entre poder político e divindade.

Um ente capaz de sobrepor-se aos conflitos individuais passa a agir, através de sua força coercitiva, com o fim precípuo de manter a ordem e a paz social (leia-se manutenção do *status quo*).

É o período da Justiça Pública, que, em seu primeiro momento, reveste-se de caráter autocrático e essencialmente político, com o soberano agindo de forma discricionária, alheio a qualquer parâmetro legítimo de ordem normativa.

Numa segunda etapa, observa-se a substituição da anterior postura discricionária por uma política lastreada em critérios legalmente estabelecidos, como bem descreve MARC ANCEL: A infração torna-se uma noção de direito e a pena uma sanção legal aplicada por um juiz submetido a um regime estrito de direito.

### **Dogmática das Escolas Penais**

Apesar da clara mudança de referenciais identificável nesse breve comentário histórico, deve-se ressaltar que substancialmente poucas alterações se processaram no que diz respeito à finalidade da repressão criminal. É possível isolar aspectos mantidos de forma constante em todas as fases delimitadas, tais como a idéia da pena como castigo (retribuição ou vingança por um mal praticado) e seu caráter de veículo de intimidação coletiva.

Somente na segunda metade do século XVIII, com o humanismo de CARRARA, BECCARIA e vários outros pensadores influenciados pelos ideais revolucionários de valorização do homem vigorantes à época, pode-se considerar a ocorrência de uma significativa mudança na filosofia de repressão criminal. Através desse movimento, inaugurou-se uma abordagem mais equilibrada quanto ao conceito de pena, pela qual buscou-se substituir a crueldade desmedida, graçante no aparelho repressivo de então, por reações moderadas e proporcionais ao delito praticado, onde o caráter intimidativo centrava-se mais na certeza de punição que na intensidade da pena.

Muito embora ainda vigorasse a retributividade, a grande conquista dos que fizeram o movimento humanista de fins do séc XVIII foi o desenvolvimento de nova abordagem no campo da filosofia criminal, onde combateu-se as penas cruéis, defendendo os direitos fundamentais do condenado através de um contexto novo de legalidade.

O cientificismo que atingiu todas as áreas do conhecimento no século XIX, teve reflexo no campo do Direito Penal através das idéias da Escola Positivista desenvolvidas principalmente por GARÓFALO, FERRI e LOMBROSO. Somente então deixou-se de lado a noção do caráter exclusivamente retributivo da pena, passando-se a entendê-la como um mecanismo de defesa da sociedade.

Além disso, foi a partir do Positivismo que encarou-se o fenômeno criminológico sob um enfoque dinâmico, dando-se a necessária ênfase aos aspectos humanos da conduta punível. O crime deixava de ser considerado pela ótica abstrata de criação jurídico-normativa, assim como o criminoso perdia seu caráter de mero sujeito ativo de determinado tipo penal.

A Antropologia Criminal desenvolvida por LOMBROSO, juntamente à Sociologia Criminal de FERRI, trouxeram ao panorama do Direito Penal a preocupação com a efetiva investigação dos fatores endógenos e exógenos que de alguma forma incidiriam sobre a personalidade do delinqüente. Traçava-se uma visão mais ampla do fenômeno criminal, já que, segundo FERRI, o delinqüente deveria tornar-se “protagonista da justiça penal”.

Até a primeira metade do nosso século, as penas, apesar dos avanços destacados, conservavam fortes características retributivas.

Mesmo reconhecendo-se que os teóricos da Escola Positivista lançaram as sementes de uma política criminal comprometida com o binômio delinqüente/meio social, foi unicamente com o Movimento da Defesa Social que FILIPPO GRAMMATICA e MARC ANCEL efetivamente processaram um direcionamento da Ciência Penal no sentido de buscar alternativas para a prevenção do crime e tratamento dos delinqüentes.

Esta política propõe a atuação em duas frentes por si mesmas complementares: a) identificação das raízes do fenômeno criminal, através de uma análise profunda do meio no qual se insere o delinqüente; b) a criação das condições necessárias à recuperação e gradual reinserção do delinqüente nesse mesmo meio social.

Nos lúcidos ensinamentos do mestre MARC ANCEL: “Trata-se, de fato, segundo as novas concepções, de garantir uma proteção eficaz da comunidade graças à apreciação das condições em que o delito foi praticado, da situação pessoal do delinqüente, de suas possibilidades e probabilidades de recuperação e dos recursos morais e psicológicos com que se pode contar, com vistas a um verdadeiro *tratamento de ressocialização*.”

## **Conclusão**

Na prática, a idéia da ressocialização do delinqüente como fator de proteção da própria sociedade esbarra em obstáculos que ameaçam tornar inócuo todo esse caminho de lutas e conquistas do qual tratamos.

O gritante sucateamento da máquina penitenciária somado ao despreparo dos que lidam nas atividades carcerárias, encontram guarida no descaso governamental e na inércia da opinião pública, compondo o triste quadro da realidade penal em nosso país.

É cada vez mais urgente a fixação de parâmetros sérios para o desenvolvimento de uma política criminal eficiente, capaz de modificar a orientação ilusória de que o simples ato de abandonar o condenado no cárcere vai garantir a segurança da sociedade.

No campo judicial devem ser ressaltados os positivos avanços concernentes à aplicação de penas substitutivas à privação de liberdade. Busca-se, por essas iniciativas, poupar ao criminoso eventual o contato com o universo viciado e degenerativo das prisões, viabilizando, assim, maiores chances quanto a sua recuperação.

Acima de tudo, é de interesse da própria sociedade o satisfatório funcionamento da estrutura de prevenção e tratamento criminal, cabendo aos seus organismos representativos a movimentação no sentido de trazer o tema ao debate e de apoiar os programas de reeducação e reinserção social do apenado.

## **Bibliografia**

**Ancel, Marc.** A Nova Defesa Social. Forense: 1979.

**Medeiros, Rui.** Prisões Abertas. Forense: 1985.

**Oliveira, Odete Maria de.** Prisão: um paradoxo social. Ed. UFSC: 1984.

**Pacini, Dante.** Filosofia da Ciência Criminal. J. Di Giorgio: 1983

**Thompson, Augusto.** A Questão Penitenciária. Forense: 1980.

# Da jurisdição voluntária

Peterson Fernandes Braga  
Acadêmico do Curso de Direito/UFRN – 8º Período

## Introdução

O presente trabalho vem discorrer acerca da jurisdição voluntária ou graciosa, ou ainda, como queiram alguns doutrinadores, administração pública de interesses privados. Deixemos, porém, as discussões sobre a sua denominação para o momento oportuno.

Pode-se dizer - e aqui sem nenhum exagero - que todas as questões concernentes à jurisdição voluntária (sua natureza, suas diferenças em relação à jurisdição contenciosa e uma série de outras indagações) encontram-se dentre as mais controvertidas do direito processual civil, senão da própria ciência jurídica.

A mais conceituada doutrina, nacional e estrangeira, debate a questão, sem que, no entanto, chegue a um consenso de opiniões que ponha fim às controvérsias.

Nosso objetivo aqui, consiste em levantar algumas indagações que achamos ter relevância na conceituação da jurisdição voluntária em todos os seus aspectos. Assim, com o trabalho que ora desenvolvemos, procuramos tentar responder a dois questionamentos principais: No que difere a jurisdição voluntária da contenciosa? E qual a natureza jurídica da jurisdição voluntária?

## Noções gerais sobre Jurisdição

O Estado, enquanto ente abstrato, serve-se de três funções básicas para que possa desempenhar com eficiência os seus papéis. São elas: a Legislação; a Administração e a Jurisdição.

Essa é a concepção clássica da tripartição dos poderes, proposta por Montesquieu que, para o exercício de cada uma dessas funções, defendia a existência de um respectivo poder. Assim, a atividade legiferante seria desenvolvida pelo poder Legislativo; a função de administrar pelo Executivo e o exercício da função jurisdicional competia ao poder Judiciário.

Todavia, seria mais coerente afirmar que a função jurisdicional vem a ser aquela exercida *precipua*mente pelo Poder Judiciário, sendo da mesma forma com as demais funções e seus respectivos poderes. Justifica-se tal entendimento, uma vez que a função de um Poder não se encerra na sua atuação específica, podendo, de forma excepcional ou anômala, ser desempenhada por outro, desde que haja expressa referência no texto constitucional. A título de exemplos, podemos enumerar as seguintes situações em que cada um dos Poderes exerce de forma anômala suas funções: a) o Legislativo, quando julga os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente, Vice-Presidente da República ou pelos Ministros de Estado, está a exercer função jurisdicional (CF, artigo 52, I); b) o Executivo, quando expede medidas provisórias, desempenha função legislativa; e c) o Judiciário, quando nomeia seus funcionários, exerce função de índole executiva.

Esclarecidos esses aspectos, podemos definir a Jurisdição como sendo o poder, a função ou a atividade desenvolvida pelo Estado, que, de forma imparcial, visa solucionar os conflitos de interesses surgidos no meio social, seja expressando objetivamente o preceito legal, seja

realizando efetivamente o que o direito objetivo estabelece. E isto sempre substituindo, com uma atividade sua, a atividade daqueles que se encontram envolvidos no conflito de interesses levado à sua apreciação.

## **Jurisdição e Administração**

Problema de difícil solução, mas, por outro lado, imprescindível para às respostas aos questionamentos a que nos propusemos no início dessa explanação, consiste em bem diferenciar a atividade jurisdicional da atividade administrativa. A princípio, vale a pena afirmar que como expressões do Poder Estatal, não há que se fazer qualquer distinção entre Administração e Jurisdição, já que o Poder soberano que dispõe o Estado é uno e indivisível. Como função estatal é que sim, pois cada uma apresenta suas peculiaridades e seus traços característicos.

Tal dificuldade em distinguir a atividade jurisdicional da administrativa talvez decorra do fato de em ambas as atividades o Estado cumprir a lei tendo-a como limite de sua atividade. Em virtude disso, defendia Kelsen que a função do Estado limitar-se-ia a criação das leis, tarefa que competia ao Legislativo, e a sua conseqüente execução, que por sua vez competia tanto à Jurisdição quanto à Administração, o que complicava ainda mais o quadro distintivo.

Posteriormente, buscou-se fazer a distinção pelo critério subjetivo ou orgânico, atribuindo a determinado ato a qualidade de jurisdicional ou de administrativo de acordo com a natureza do órgão ou agente que viesse a realizá-lo. No entanto, constatou-se que o juiz, no exercício de suas funções, também pratica atos administrativos, o que pôs em descrédito toda a teoria organicista.

Hoje entende-se que a distinção entre Jurisdição e Administração não pode ser feita levando-se em conta um critério isolado, como o subjetivo ou orgânico. Deve-se, ao contrário, buscar-se a distinção na conjugação de diversos critérios de ordem objetiva, para que se delimite de forma correta os traços que distinguem a atividade jurisdicional da administrativa.

Seguindo esse caminho, convém ressaltar que apesar de ambas as atividades servirem-se à aplicação das leis, tendo-as como limite, apenas a Jurisdição tem o escopo de atuá-la, através da aplicação do direito ao caso concreto, visando a pacificação dos conflitos de interesses, fazendo justiça na sociedade.

Por outro lado, falta à Administração o caráter substitutivo, pois o Estado pratica um ato em que ele próprio é parte, aplicando a lei no intuito de satisfazer necessidades individuais e coletivas para a realização do bem comum. Por seu turno, a Jurisdição tem por objetivo a aplicação da lei a uma pretensão, tendo como pressuposto uma lide, caracterizada por um conflito de interesses.

Não podemos deixar de nos referir, também, ao fato de que os atos administrativos não são definitivos, podendo no máximo precluir no âmbito da administração, vedando-se a possibilidade de recurso administrativo, sem que, no entanto, nunca venham a ter autoridade de coisa julgada, pois essa é atributo específico da atividade jurisdicional.

Além disso, o ato jurisdicional depende da iniciativa da parte interessada, mediante o exercício do direito de ação, atuando sempre processualmente sob as regras da dualidade e do contraditório, comandadas por um terceiro desinteressado e imparcial (o juiz). Ao seu turno, o ato administrativo, em regra, não depende de requerimento do interessado, atuando o administrador de ofício, através de um procedimento previamente estabelecido em lei, onde a própria Administração é parte interessada.

No entanto, talvez o traço que mais bem distinga a atividade jurisdicional da



administrativa, está no fato dos órgãos da Administração procederem, algumas vezes, por meio de critérios de oportunidade e conveniência, tendo o legislador dado-lhes uma certa margem de escolha e discricionariedade. Por sua vez, o conteúdo dos atos jurisdicionais encontra-se previamente definido e delimitado na lei, agindo o órgão jurisdicional sempre em observância ao princípio da legalidade.

## **Jurisdição voluntária**

Como regra geral, o Estado outorga livremente aos particulares a faculdade de pactuarem suas relações. Na maioria dos atos e negócios jurídicos da vida privada, os interessados na sua realização dispõem do *jus dispositivum*, o que lhes possibilita ampla liberdade e autonomia na concretização desses mesmos negócios.

No entanto, em determinadas situações, mesmo que se tratem de relações privadas, o Legislador (Estado) restringe o *jus dispositivum* dos particulares e subordina a validade e eficácia de determinados atos à obrigatória intervenção de um órgão público. Dá-se, assim, como diz à doutrina, a administração pública de interesses privados.

Justifica tal limitação ao princípio da autonomia da vontade, o fato de determinados atos dos particulares (como por exemplo, o casamento), interessarem à toda coletividade e não somente aos seus participantes. Dessa forma, ocorre a tutela de direitos individuais em determinados negócios jurídicos, com a necessária participação dos órgãos públicos, objetivando proteger os direitos individuais e coletivos, prevenindo futuros litígios.

De fato, tempos atrás, as atividades jurisdicionais e administrativas não eram bem discriminadas, não se tinha uma noção exata dos limites entre Jurisdição e Administração. Processo e direito administrativo se entrecruzavam constantemente, fazendo com que, até hoje, existam incertezas sobre a natureza de determinados atos.

Por outro lado, o legislador achou conveniente que em alguns negócios privados houvesse a obrigatória intervenção do juiz, dado a sua independência, imparcialidade, idoneidade e responsabilidade perante a sociedade. Dessa forma, procurou o Estado assegurar maior certeza e segurança nas relações particulares, evitando assim eventuais litígios.

Assim, a maior parte da doutrina define a jurisdição voluntária como sendo o conjunto de atos de natureza administrativa que, por motivos de conveniência ou tradição histórica, o Estado outorgou aos juízes, no desiderato de prevenir futuros conflitos.

## **Natureza da jurisdição voluntária**

No estudo da jurisdição voluntária, outro aspecto relevante, sobre o qual também pairam grandes controvérsias, é o pertinente à correta determinação da sua natureza jurídica.

Dentro de todo esse quadro controvertido, três teorias principais, todas elas respaldadas por nomes da maior importância na ciência processual, se propugnam a definir tal questão: a teoria jurisdicionalista, a teoria administrativista e a teoria autonomista.

## **Teoria jurisdicionalista**

Para os partidários de tal teoria, os atos de jurisdição voluntária, praticados pelo juiz, não deixam de ter natureza jurisdicional, uma vez que, nessa modalidade de atos, também ocorre a tutela dos direitos e a atuação, por parte de um terceiro imparcial, do direito objetivo. O Estado, aqui, serve-se de um juiz imparcial que exerce sua atividade para atender a tais objetivos.

Argumentam que uma das características marcantes da Jurisdição está na sua unicidade e indivisibilidade, sendo, pois, impossível dividi-la, qualquer que fosse o critério adotado. Portanto, jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa se confundem, fazendo parte de um todo uno e indivisível que é a Jurisdição.

Assim, todas as vezes que a autoridade jurisdicional possa e deva fazer o que o ordenamento jurídico proíbe aos jurisdicionados, entende-se que se dá o exercício da Jurisdição, independente de qualquer critério ou elemento diferenciativo.

Para os defensores da teoria jurisdicionalista, a jurisdição voluntária teria caráter eminentemente jurisdicional, pelo fato de não deixar de ser atividade desenvolvida por um juiz imparcial que, através da aplicação do direito objetivo, busca tutelar interesses particulares, com o intuito de prevenir futuros conflitos.

## **Teoria administrativista**

De acordo com o entendimento dos partidários dessa corrente, por sinal predominante em nossa doutrina, a jurisdição contenciosa não seria Jurisdição, e sim verdadeira atividade administrativa; bem como, não seria voluntária, já que os interessados obrigatoriamente se submetem a ela por imposição da própria lei.

O Estado, segundo essa teoria, pratica determinados atos que se impõe como requisito de validade para alguns negócios jurídicos, sendo que uma parcela desses atos são confiados aos juízes, para que a parte que se sentisse prejudicada não viesse a buscar o Judiciário objetivando o reexame da decisão. Passa o juiz, então, a desenvolver uma série de funções fora de seu poder jurisdicional, devendo tais hipóteses serem expressamente taxativas em lei, uma vez que, tais atos não se encontram inscritos no poder jurisdicional do juiz.

Podemos dizer sejam estes, de forma genérica, os argumentos principais dos quais se valem os administrativistas para negarem o caráter jurisdicional da jurisdição voluntária:

1º) Somente na jurisdição voluntária se verifica a discricionariedade do juiz, que decide segundo critérios de oportunidade e conveniência, predominando, assim, o seu poder inquisitivo, em detrimento do princípio dispositivo;

2º) Na jurisdição voluntária os direitos subjetivos são tutelados diretamente e não como simples reflexo do direito objetivo tutelado:

3º) Não é atividade substitutiva ou secundária, nem há conflito de interesses que caracterizam um litígio. Ocorrem simples controvérsias quanto à conveniência e oportunidade do ato pretendido, sem que exista contraditório e partes envolvidas, havendo simples interessados;

4º) A jurisdição voluntária busca constituir relações jurídicas novas, não tendo o escopo de tutelar às já existentes;

5º) Em virtude do caráter meramente constitutivo da jurisdição voluntária, esta não produz o efeito essencial da jurisdição que é a coisa julgada, já que não declara o direito aplicável ao caso concreto; e

6º) O caráter da jurisdição voluntária seria preventivo-constitutivo, ao passo que, na verdadeira atividade jurisdicional, o Estado atua de forma repressiva-declarativa.

## **Teoria autonomista**

A corrente autonomista considera que os atos de jurisdição voluntária não possuem natureza jurisdicional, nem tão pouco administrativa. Seriam, no dizer de Fazzalari, “uma categoria autônoma inassimilável à jurisdição contenciosa e à atividade administrativa”.

Para os que defende tal entendimento, a jurisdição voluntária é vista com autonomia em relação às demais funções do Estado, o que contrapõe-se a clássica tripartição dos poderes de Montesquieu, criando um *tertius genus* ou um “genus per se stante”, distinto da Legislação, da Administração e da Jurisdição.

No entanto, a maioria da doutrina a respeito, considera a presente teoria totalmente incoerente e desprovida de qualquer valor científico. Como bem diz o professor J. F. Marques, aceitar tal entendimento seria o mesmo que transformar a tripartição dos poderes do Estado num polinômio de funções com outros tantos órgãos para respectivamente executá-las.

## **Jurisdição contenciosa e voluntária**

Questão tão controvertida quanto a que pertine à natureza jurídica da jurisdição voluntária, consiste em definir os traços que a distinguem da jurisdição contenciosa. Cumpre ressaltar, desde logo, que nenhum critério isolado é suficiente para que seja efetuada uma correta distinção. Ao contrário, a determinação exata da diferença entre a jurisdição contenciosa e a voluntária vai decorrer da fusão dos diversos critérios propostos para defini-las.

Num primeiro momento, podemos dizer que a jurisdição voluntária possui um fim meramente constitutivo, visando a criação de estados jurídicos novos. consubstanciados em negócios ou atos jurídicos, ao passo que, na jurisdição contenciosa, o Estado desenvolve uma atividade repressiva ou de justiça compensativa, em situações eminentemente litigiosas. Dizia Carnelutti, que a solução dos litígios seria a finalidade precípua da jurisdição contenciosa, servindo a jurisdição voluntária apenas à prevenção desses mesmos litígios.

Como corolário do pensamento Carneluttiano, entende a doutrina, que apenas a jurisdição contenciosa inicia-se mediante ação, através de um pedido do autor contra o réu, dando origem a um processo entre partes, que se desenvolve sob a égide do princípio do contraditório. Por sua vez, a atividade do juiz, na jurisdição voluntária, seria provocada pelo simples requerimento do interessado na efetivação do ato, através da indicação da providência postulada, providência essa que não se dirige contra ninguém, sendo apenas em favor do próprio requerente, exteriorizando-se em mero procedimento sem contraditório, podendo, no seu curso, ocorrerem meras controvérsias ou dissenso de opiniões.

Outro aspecto importante, na distinção entre a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária, consiste no fato de somente na jurisdição contenciosa as decisões proferidas pelo juiz se revestirem da autoridade de coisa julgada, o que torna imutável tais decisões. Ao contrário, as decisões proferidas em procedimentos de jurisdição voluntária, podem vir a serem modificadas em virtude de algum fato superveniente, conforme expressamente preceitua o artigo 1.111 do Código de Processo Civil.

Por fim, convém ressaltar que o critério de julgamento de que serve-se o juiz na jurisdição contenciosa é o da legalidade, através da aplicação do direito objetivo ao caso concreto levado à sua apreciação, diferentemente do que ocorre na jurisdição voluntária, onde pode o juiz ater-se à critérios de conveniência e oportunidade, sendo, por assim dizer, mais vasto o campo em que fundamenta as suas decisões.

## Conclusões

Após toda essa explanação, haveríamos de chegar a alguma conclusão, sendo justamente a respeito dela que a partir de agora passamos a dissertar.

Quanto ao primeiro questionamento, concernente às distinções principais existentes entre a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária, cumpre ressaltar que o mesmo já fora respondido *supra*, no tópico VI (JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E VOLUNTÁRIA).

Já em relação ao segundo questionamento - que diz respeito à natureza jurídica da jurisdição voluntária - apesar de termos apontado as três correntes principais que pretendem defini-la, com seus respectivos argumentos (*vide supra*, tópico V), deixamos de apresentar nossa opinião pessoal, reservando a mesma para este momento.

Ao nosso ver, apesar da opinião adversa da maioria da doutrina nacional, achamos que a jurisdição voluntária, do mesmo modo que a contenciosa, consubstancia-se em verdadeira atividade jurisdicional.

É evidente que, em virtude da relatividade da tripartição dos Poderes, o Judiciário também realiza atos administrativos. Tais atos (como, por exemplo, a admissão de seus funcionários) são atos de administração interna, que de nenhuma forma podem ser considerados jurisdicionais.

Porém, tentar classificar outros atos como administrativos, apenas pelo fato de não possuírem todas as características da contenciosidade, seria o mesmo que restringir o próprio conceito de Jurisdição, atitude essa condenável nos dias atuais, onde a moderna ciência processual procura levar o maior número de casos possíveis à apreciação do Judiciário.

O maior obstáculo à classificação da jurisdição voluntária como verdadeira atividade jurisdicional seria, assim, o conceito restrito que alguns empregam à palavra Jurisdição, bem como a referência à lide como o seu elemento essencial. Logicamente, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária possuem traços distintivos – como a presença da coisa Julgada somente na primeira - mas são ambas expressões do mesmo Poder Jurisdiciona, uno e indivisível, e qualquer posicionamento em contrário seria uma afronta a esses dois princípios básicos da atividade jurisdicional.

Portanto, todas as vezes em que a lei proíbe o indivíduo de efetivar determinado ato ou negócio jurídico, de forma a restringir a sua autonomia privada, subordinando a eficácia do ato a um pronunciamento judicial, o Estado está a exercer a Jurisdição, independente de existir ou não lide. O Poder Jurisdicional, ao nosso ver, manifesta-se todas as vezes em que o Judiciário se pronuncia a respeito de uma demanda que é levada à sua apreciação pelo particular, sendo qualquer restrição a esse respeito uma limitação à primordial função estatal de solucionar os conflitos intersubjetivos que surgem na sociedade

## **Bibliografia**

- DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 2 ed., RT. São Paulo: 1987.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. 9 ed., Malheiros São Paulo: 1993.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. vol. I, 10 ed., Forense. Rio de Janeiro: 1993.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 5 ed., Saraiva. São Paulo: 1993.
- SILVA, Ovídio A. Batista da. Curso de Processo Civil. vol. II, safE. Porto Alegre: 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 3 ed., Malheiros. São Paulo: 1993.

# Responsabilidade penal do menor<sup>1</sup>

Vanessa Alessandra Pereira  
Acadêmica do curso de Direito/UFRN – 5º Período

Sendo um dos temas de maior relevância hodiernamente em nossa sociedade, a responsabilidade penal surge como um fator alarmante e controvertido no direito positivo, levando-se em conta sobretudo o acréscimo assustador dos índices de violência.

A despeito das controvérsias surgidas tanto na doutrina como na jurisprudência, predomina entre nós a tese segundo a qual a responsabilidade penal se inicia no primeiro momento do dia em que a pessoa completa 18 anos<sup>1</sup>, independente da hora do nascimento, levando-se em conta, assim, um critério essencialmente biológico.

Esse limite de idade foi assegurado através de lei ordinária durante cinquenta e quatro anos, vindo, só agora, com a Constituição de 1988, tornar-se uma garantia constitucional proclamada e difundida pelos legisladores através da sociedade.

É de se pôr em xeque a divisa estabelecida pelo constituinte, à medida que se torna inadmissível pensar que um jovem, na faixa dos 16 anos, não seja capaz de prever as conseqüências de seus atos, quando já lhe é atribuída, mesmo facultativamente, a capacidade política para escolher aqueles que irão reger os destinos políticos da coletividade.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 27, ratificado pelo artigo 228 da Carta Magna, considera inimputável todos aqueles menores de dezoito anos, sujeitando-os às normas estabelecidas em legislação especial, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O referido Estatuto, promulgado pela Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, revogou o Código de Menores (Lei n° 6.697/79), e foi considerado por muitos a *carta de alforria* dos mesmos, embora vários dos seus artigos tenham ficado apenas no papel, como acontece com diversas leis no Brasil, que são desrespeitadas e esquecidas, inclusive, por quem as elaboram.

Nesse contexto, cumpre destacar o pensamento do jurista PAULO LÚCIO NOGUEIRA<sup>2</sup>, um dos pioneiros a retratar o tema: “...os problemas sociais econômicos, e mesmo políticos não se resolvem com a feitura de leis, que nunca chegam a ser aplicadas, ou por serem inexecutáveis ou porque são elaboradas com o único propósito de dar ao povo a impressão de que alguma coisa está sendo feita.

Cabe-me, à guisa de informativo, frisar que inimputável, de acordo com DAMÁSIO DE JESUS<sup>3</sup>, seria aquele agente portador de desenvolvimento mental incompleto, incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse procedimento.

Uma observação é indispensável a esse respeito. Não é o mérito desse célere ensaio, discutir o caso de crianças inocentes, incapazes de fazerem mal a quem quer que seja, ou daquelas que roubam para não morrer de fome, ou, então, para se igualar à sociedade em que vivem. Reporto-me aos menores estupradores e assassinos, que matam por prazer, e que, ao final, são beneficiados com o arrimo da lei. Assim, há que se fazer várias indagações. Devem os mesmos ficarem sujeitos às normas de lei especial, mais especificamente ao Estatuto da Criança e do Adolescente, quando já são capazes até de matar? Será que em apenas três anos<sup>4</sup>, que é a pena máxima dada aos menores infratores, têm eles condições de voltar ao convívio social e não mais delinquir? Que garantias a lei oferece as nossas famílias ao beneficiar esses menores? Até que ponto essas pessoas podem ser consideradas crianças?

Inúmeros doutrinadores, entre eles, JÚLIO FABBRINI MIRABETE<sup>5</sup>, defendem o critério adotado pelo nosso código com o argumento de que “... a redução do limite de idade no

*direito penal comum representaria um retrocesso na política penal e penitenciária brasileira e criaria a promiscuidade dos jovens com delinquentes contumazes*". O mesmo autor informa que em países como Argentina e Espanha, a idade mínima estabelecida para aplicação da pena é de 16 anos; Paraguai, Iraque e Egito, 15 anos; Alemanha e Haiti, 14 anos; Inglaterra, 10 anos; enquanto em outros, como França, México, Uruguai, Áustria e Equador, adotam o mesmo limite consagrado no Brasil, embora algumas nações, como a Suécia e o Chile ampliem esse limite até os 21 anos.

Não é despreciando o pensamento acima exposto. Realmente, a situação do sistema penitenciário brasileiro é caótica e degradante, necessitando de medidas urgentes para chegar-se a uma solução que satisfaça a todos. Por outro lado, não se deve transferir à sociedade uma responsabilidade que é do Estado, tendo este a faculdade-dever de enfrentar a situação, pondo fim à cultura do crime que impera em todas as cidades brasileiras. Como bem salientou CARLOS ALBERTO LIBÂNIO CHRISTO, em recente reportagem no jornal Folha de São Paulo (03/07/95): "*Infeliz do país que se gaba de construir mais cadeias que escolas. Mais feliz quando não é capaz de fazer de suas cadeias escolas de ressocialização*".

Numa sociedade juridicamente organizada como a nossa, a redução do limite estabelecido à responsabilidade penal, de 18 para 16 anos, representaria um considerável avanço no quadro social vigente. Porém, não se pretende com isso, difundir a idéia de que, ao agir assim, o legislador constituinte estará dissipando a criminalidade.

O que se busca, na verdade, é afastar a inércia e o conformismo dominante em grande parte dos cidadãos, que termina por impossibilitar possíveis e necessários questionamentos. Deve-se, sim, agir com o escopo de impedir que adultos, travestidos de jovens, matem e estuprem, tendo como garantia de seus atos, a inimputabilidade da lei penal.

Nesse diapasão, fica a lição do jurista PAULO LÚCIO NOGUEIRA<sup>6</sup>, que embora fiel seguidor do início da responsabilidade penal aos 18 anos é, também, autor de uma frase que resume todo o pensamento defendido e ora abordado: "*A criança e o adolescente merecem o devido respeito de todos, mas devem também reciprocidade aos que lhes dedicam esse respeito...*".

## **Bibliografia**

- BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. *O Direito do Menor na Nova Constituição*. São Paulo: Atlas, 1989.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3ª ed. atual. e ampl. por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- JESUS, Damásio E. *Direito Penal*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 1994, volume 1.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1994, volume I.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 10ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>1</sup> TACrSP, RT 616/308; Julgados 93/60; Julgados 89/86.

<sup>2</sup> in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, São Paulo: Saraiva. 1991, p. 6.

<sup>3</sup> in Direito Penal, 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 1, p.445.

<sup>4</sup> Vêr artigo 121, § 3 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>5</sup> in Manual de Direito Penal, 8ª. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 1994, vol. 1, p.209.

<sup>6</sup> op. cit., p. 27.

# Questões sobre discricionariedade administrativa - I

*Vladimir da Rocha França  
Bacharel em Direito pela UFRN*

## Introdução

A discricionariedade administrativa representa um dos grandes pontos de controvérsia na seara do direito administrativo. Mas para compreender o poder discricionário, é preciso entender a concepção de Estado adotada pela sociedade. Haja vista a extensão do tema, exporemos aqui os conceitos iniciais que a doutrina em sua maioria estabelece para o instituto e a relação entre vinculação e discricionariedade; deixando para outra oportunidade enfrentar o problema dos elementos essenciais do poder discricionário e seus limites.

No Estado de Polícia, o poder está desvinculado de um ordenamento jurídico efetivo e, todas as suas funções essenciais, encontram-se reunidas em uma mesma pessoa ou um mesmo grupo político, tratando-se a coisa pública consoante os desígnios da autoridade, no pressuposto que estes definem com clareza, objetividade e certeza, os reais interesses da coletividade. Entretanto tal modelo foi ultrapassado pela história.

Temos hediondamente a forte presença do Estado Democrático de Direito onde são princípios fundamentais o ideal da soberania popular, da igualdade perante à lei, da sua construção pela ação do povo por meio de seus representantes, conforme a filosofia exposta por Rousseau no “Contrato do Estado (legislar, dar soluções aos conflitos pela prestação jurisdicional e gerir a coisa pública) e permitindo assim, uma maior participação da sociedade na condução de seus destinos, como Montesquieu preconiza no seu “Espírito das Leis”.

Rege-se o Estado de Direito por um sistema de normas jurídicas, emanadas por um órgão específico e, normalmente, formado consoante os interesses sócio-políticos dominantes, controlados jurisdicionalmente. Toda a atividade pública está auto-vinculada ao ordenamento jurídico vigente, segundo o princípio da legalidade. Qualquer atentado à submissão dos órgãos e dos agentes públicos à lei é encarada como uma ameaça à “Vontade Geral” nela expressa.

O ilustre administrativista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO fornece-nos a seguinte opinião de GIOVANI MIELE, lembrando que “a realidade jurídica se determina segundo seus próprios parâmetros, pois, “nada existe para o ordenamento jurídico se não existe nele e por ele, e toda figura, instituto ou relação com que nos encontramos, percorrendo-as suas várias manifestações, tem uma realidade própria que não é menos real que qualquer outro produto do espírito humano em outros campos e direções. A realidade do ordenamento jurídico não tem outro termo de confronto senão ele mesmo: donde ser imprópria a comparação com outra realidade, com o fito de verificar se, porventura, as manifestações do primeiro conferem com aquela ou se afastam das manifestações do mundo natural, histórico ou metafísico”.<sup>2</sup>

Mesmo assim, a clássica visão do Estado de Direito, onipotência e onisciência da lei tem sido constantemente questionada pela realidade que os órgãos e agentes públicos se deparam.

Segundo ALMIRO DO COUTO E SILVA, pela experiência histórica, o Estado de Direito é conhecido como “aquele em que a sujeição da ação estatal à lei não significa sempre a execução automática dos preceitos que a integram”<sup>3</sup>. Há diversos graus de liberdade de ação para os órgãos do Estado perante a lei.



O Poder Legislativo não pode ser obrigado a agir, dentro da sua função típica; embora exista uma tendência a restringir essa liberdade, marcada por exemplos como a inconstitucionalidade por omissão (CRFB, art. 103, §2º) e o mandado de injunção (CRFB, art. 5º, LXXI). Não se admite que haja interferência de outro poder estatal, havendo portanto uma maior liberdade.

Estritamente vinculado à lei, o Poder Judiciário aplica a norma jurídica no caso concreto seguindo os parâmetros fixados pelo sistema jurídico à prestação jurisdicional. Contudo isso não implica em dizer que inexista a criação do juiz ou do intérprete nessa função.

O Poder Executivo constitui uma etapa intermediária. No exercício da função administrativa, a lei confere ao Poder Público um campo de liberdade para que possa fazer concreta a ótima gestão da coisa pública. É insuficiente para tanto a pura aplicação da lei, sem que haja espaço para a Administração Pública tornar mais dinâmica e eficaz a satisfação do interesse público, contido na própria lei e dentro da competência que esta lhe definiu.

Entretanto essa liberdade da Administração Pública não é criada de modo a produzir arbitrariedade. Do contrário, a criatura “discricionária” voltar-se-ia contra o seu único criador, a lei.

### **Conceito de Poder Discricionário**

A lei estabelece as competências que permitirão aos agentes públicos desempenhar as funções e observar os fins que a mesma contém. Dentro dessas competências, caberão aos agentes públicos atuar no sentido de satisfazer os interesses da coletividade de forma concreta e efetiva.

Quando as circunstâncias e a matéria tratada permitem, a lei procura prever com maior precisão possível as necessidades e problemas com os quais se depararão o agente público. Tenta ainda impor o comportamento que este deve manter, assim como as soluções que devem ser escolhidas.

Todavia decorre dos preceitos que norteiam o Estado de Direito o princípio de que as normas integrantes do sistema jurídico devem pugnar por conceitos gerais e abstratos, haja vista a repulsa à exceção, ao favoritismo, às perseguições e à tutela de interesses individuais em detrimento aos interesses da coletividade.

O legislador é incapaz de apresentar normas que em seu seio estejam presentes todos os elementos de fato dos problemas enfrentados pela Administração Pública. E, causa temeridade à sociedade que se estabeleça normas por demais específicas, enfim, riscos aos direitos e garantias individuais e da própria coletividade.

Portanto, se a lei pode definir comandos específicos, sem que isso ameace os princípios básicos do Estado de Direito, assim o fará. Caso a instituição dessas diretivas se mostrem possivelmente danosas ao interesse público ou insuficientes para a sua satisfação, caberá à lei criar o necessário espaço à Administração Pública poder atuar com eficiência.

O insigne jurista JOSÉ CRETELLA JÚNIOR diz-nos: “Dentro da legalidade, os agentes da Administração, balizados embora por normas jurídicas que lhes regem os movimentos, tomam atitudes, intervindo ou não, agindo ou deixando de agir. Quando agem, selecionam, dentre as várias possibilidades que lhes oferecem, a que melhor traduza, num dado momento, a vontade da Administração orientada para o interesse público. Jogam, para isso; com o livre poder de apreciação para resolver este ou aquele caso. Ou para não resolver”.<sup>4</sup>

Existindo espaço para o administrador em optar por um comportamento adequado à

resolução do problema posto, ou melhor, para fazer uma apreciação subjetiva do caso concreto, sustentado por critérios de conveniência e oportunidade, há discricionariedade.

O professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO assim define discricionariedade: “é a margem de liberdade que remanesça no administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.”<sup>5</sup>

O consagrado administrativista nos traz novos aspectos para análise. Reafirma que a partir do momento que a norma falha em sua onipresença, abre-se caminho para o administrador fazer a escolha ótima. E se refere também a controvertida questão da fluidez das expressões da lei. O problema dos conceitos abrigados na norma será tratado na seqüência deste trabalho, a ser publicada neste periódico.

O poder discricionário compreende um instrumento poderoso nas mãos dos agentes e órgãos públicos, no exercício da atividade administrativa. Podemos identificar nas três esferas do Poder Público, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, a sua existência. Mas, é no Executivo, onde predomina a função administrativa, que o poder discricionário não constitui uma atividade secundária ou periférica, como afirma ALMIRO DO COUTO E SILVA.<sup>6</sup>

AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ faz-nos recordar da repulsa provocada em muitos pela discricionariedade. Esta contribuiria um anacronismo e uma incoerência no Estado de Direito, como um dos últimos focos do “absolutismo autoritário” no dizer de TEZNER, ou, podendo somente ser admitida quando na “ausência de direito subjetivo público a um determinado comportamento da autoridade, no sujeito estranho à administração em relação ao Estado” como define BÜHLER; enfim, deve existir no sistema de modo restrito e excepcional ou até mesmo não existir.”<sup>7</sup>

Não se admite a discricionariedade sem que lei faça a demarcação de suas fronteiras, na ausência de circunstâncias fáticas e jurídicas que possibilitem ao administrador dispor da chamada opção discricionária.

## **Vinculação e Discricionariedade**

A distinção entre atos vinculados e atos discricionários representa um ponto significativo na questão do poder discricionário.

Nos atos vinculados, a lei constrói o ato administrativo com todas as especificações necessárias a sua aplicação, devendo o administrador ater-se ao seu enunciado e aos requisitos e elementos indispensáveis a plena eficácia da medida prevista, sob pena de invalidade. É importante também verificar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em um de seus julgados, citado pelo saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES: “A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo.”<sup>8</sup>

Todo o ato administrativo tem um conteúdo mínimo de vinculação. A lei não abdica de indicar a competência, a forma e a finalidade dos atos administrativos. Mas também é difícil um ato inteiramente vinculado.”<sup>9</sup>

Só há uma escolha para o agente público, quando investido no poder vinculado: a que a

lei objetivamente determinar, e tipificada de modo à não causar qualquer dúvida ou controvérsia na aplicação da lei. Predominam as especificações da norma jurídica sobre os elementos deixados livres aos agentes públicos.

Entende HELY LOPES MEIRELLES que o poder discricionário se manifesta quando existe, na prática dos atos administrativos, a possibilidade da Administração Pública de escolher sua conveniência, oportunidade e conteúdo<sup>10</sup>. Essa escolha passa por uma apreciação subjetiva da Administração Pública consoante critérios de conveniência e oportunidade que a mesma forma.<sup>11</sup>

O administrador tem o poder discricionário na medida do disposto em lei, restrito naqueles elementos deixados livres pela lei. A Administração Pública subordina-se à lei incondicionalmente, devendo observar no exercício do poder discricionário o mínimo de legalidade e o interesse público.

A atividade administrativa trata da subsumção dos fatos da vida real às categorias legais, no entendimento de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ.

O exercício do poder discricionário, como já foi dito, constitui a instrumentalização do Poder Público no atendimento do interesse público, permitindo que a Administração Pública possa atuar quando a lei determina a interferência do juízo subjetivo do administrador.

A lei institui a discricionariedade quando verifica que a Administração Pública, mais próxima dos problemas por ela enfrentados, evidentemente, e, mostra-se melhor preparada para tomar as decisões e escolhas mais adequadas ao uso concreto.

Diante do caso concreto, o administrador atua como um mediador entre este e a lei. Cabe a ele, dentro da sua competência, tornar efetivo e resguardado o interesse público, e, consoante as formas que a lei determinar.

A discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Nesta o poder público exorbita a esfera de sua competência e utiliza-se de instrumentos proibidos ou inadequados no cumprimento da finalidade legal, ou mesmo, ignora-a seguindo finalidades estranhas ao interesse público. O exercício do poder discricionário pressupõe a severa obediência aos parâmetros legais e a correta subsumção do caso concreto às categorias opostas pela lei. Seria uma incoerência se o Estado de Direito edificasse um poder, um instrumento, sem limites e, danoso ao ordenamento jurídico, para a Administração Pública.

Para a análise das condições que viabilizam a “opção discricionária”, é preciso a compreensão de dois aspectos, na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.<sup>12</sup>

O primeiro tópico refere-se ao exame da norma jurídica que admite o “juízo discricionário”. Na vinculação, ocorrendo o acontecimento previsto, a ação do agente público goza de total objetividade e contém o comportamento exigido e especificado para o caso.

Já na discricionariedade a norma jurídica é imprecisa. Pode não haver a descrição antecipada da situação que exigirá dada medida administrativa; pode a situação ser descrita através de conceitos vagos e indeterminados, bem como irreduzíveis a uma objetividade total; pode contar a permissão expressa à liberdade decisória; e pode ter seu objetivo exposto de forma genérica ou por uma forma específica carente de precisão.

O segundo tópico trata do exame do caso concreto, onde realizar-se-á o confronto entre este e a norma jurídica que admite a interferência subjetiva do administrador. Somente diante da situação posta pela realidade, o agente público pode avaliar as condutas administrativas cabíveis e adotar a que representa “providência ótima” para o adimplemento de seu dever legal.

O administrativista paulista filia-se a uma corrente minoritária na doutrina e na jurisprudência brasileira, defendendo a admissibilidade da apreciação subjetiva do administrador

sobre a finalidade do ato. Apesar de sempre vinculante, haveria margem de liberdade na qualificação do interesse público.<sup>13</sup>

Comentando o voto do ilustre jurista MIGUEL SEABRA FAGUNDES, em acórdão proferido na ap. Cível nº 1.422 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, VICTOR NUNES LEAL expõe a posição deste renomado administrativista potiguar: “Entretanto, segundo esclarece o des. SEABRA FAGUNDES, apoiado nos melhores autores, “no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro”. Quanto à finalidade dos atos administrativos (discricionários ou vinculados), está ela sempre expressa ou implícita na lei; por isso mesmo, o fim legal, que é necessariamente um fim de interesse público, também constitui aspecto vinculado dos atos discricionários, susceptíveis, portanto, de apreciação jurisdicional”.<sup>14</sup>

Para o professor ALMIRO DE COUTO E SILVA, caberia o juízo discricionário no fim imediato e específico do ato administrativo, desde que corrobore o fim genérico expresso na lei”.<sup>15</sup>

Tanto a discricionariedade quanto a vinculação não podem ser vistas numa visão absoluta. Compreendem elementos que devem existir em harmonia no regime jurídico-administrativo, sob pena de ou eliminar a criatividade e dinamismo indispensáveis à gestão dos interesses públicos, ou impossibilitar a fiscalização dos atos administrativos.

## **Bibliografia**

- CRETELLA JÚNIOR, José. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1975.
- LEAL, Victor Nunes. Problemas de Direito Público. Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 16 ed. São Paulo, RT, 1991.
- MELLO, Celso Antônio B. de. Curso de Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo, Malheiros, 1994.
- Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo, Malheiros, 1992.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder do Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo nº 06, p.41-78.
- SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, jan/jun. 1990, vol 179/80, p. 51-67.

<sup>1</sup> Celso Antônio B. de Mello, Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional. São Paulo, Malheiros. 1992, pág. 26.

<sup>2</sup> Almiro do Couto e Silva. Poder Discricionário no Direito Administrativo. RDA jan/jun 1990, vol. 179/80, pág. 52.

<sup>3</sup> José Cretella Júnior, Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 1975, pág. 134.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, pág. 48.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, pág. 51.

<sup>6</sup> Afonso Rodrigues Queiró, A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. RDA nº 6, pág.41.

<sup>7</sup> Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 1991, pág. 97.

<sup>8</sup> *Idem*

<sup>9</sup> *Idem*

<sup>10</sup> Celso Antônio B. de Mello, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1994. pág. 203.

<sup>12</sup> \_\_\_\_, pág. 207.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> Victor Nunes Leal, Problemas de Direito Público. Rio de Janeiro. Forense, 1960. pág. 279.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, pág. 57.

## Inconstitucionalidade da lei de greve

Yara Maria faria Pereira Gurgel  
, Acadêmica do Curso de Direito/UFRRN – 7º Período

“Toda mudança é resultado de um conflito contínuo desenvolvimento e mudança. entre forças opostas. O mundo é um eterno dinamismo necessário, como condição suprema que impede a imobilização.  
(Orlando Gomes e Elson Gottschalk)

### Introdução: acepção da palavra “greve”

No desenrolar da instabilidade econômica e política pela qual o Brasil atravessa, um de seus maiores reflexos é o descontentamento da classe menos favorecida, a dos trabalhadores-operários, expressando a crise do capitalismo, devido aos baixos salários, as más condições de trabalho, acarretando uma série de greves.

Segundo os historiadores, a origem da palavra “greve” deriva da “*Place de Greve*”, na França, onde os trabalhadores desempregados, ao tempo da Revolução Industrial, se reuniam; vindo a tornar-se, em seguida, o lugar de encontro dos trabalhadores que paralisavam seus trabalhos. Por essa razão, a palavra “greve” ficou sendo usada para expressar a paralisação voluntária e coletiva dos trabalhadores de determinada categoria.

O conceito clássico de greve, segundo o autor lusitano, ANTÔNIO DE LEMOS MONTEIRO FERNANDES<sup>1</sup>, é de que a greve é uma abstenção coletiva e concertada da prestação de trabalho, através da qual um grupo de trabalhadores intenta exercer pressão no sentido de obter a realização de certo interesse ou objeto comum.

Segundo RIVERO E SAVATLER<sup>2</sup>, “a greve é a cessação ajustada do trabalho pelos assalariados para constranger o empregador, através desse meio de pressão, a aceitar seus pontos de vista sobre a questão que é objeto do litígio.”

Inicialmente, a greve era vista como crime, oriunda de atos de força; em seguida foi encarada como autodefesa e, atualmente, como um direito inerente ao trabalho.

Os trabalhadores têm na greve um meio de pressionar a classe patronal a proporcionar melhores condições de trabalho, a reivindicar contra modificações que lhes tragam prejuízo e até coagir os empregadores ao cumprimento de suas obrigações trabalhistas. É um instrumento de autotutela de interesses coletivos.

A greve acontece devido a intransigência patronal de negociar com os trabalhadores, de forma que o trabalhador, diante da sua submissão, tem neste direito o único veículo para expressar o seu descontentamento. É o recurso mais extremo de fazer o empregador cumprir e conceder os direitos legais, já que a paralisação dos trabalhos acarreta queda nos lucros da empresa, fazendo com que o empregador sinta-se obrigado a conceder melhores condições de trabalho.

Para o Direito Português, a greve não é um direito mas uma liberdade, semelhante a liberdade de expressão, de culto, de associação; pois o trabalhador é livre para participar da paralisação coletiva de trabalho, não podendo, por isso, ser sancionado. Entretanto, é impossível conceder greve como liberdade, já que vontade individual não pode ser exercida de modo absoluto pois, embora seja em direito individual, tendo como pressuposto a existência da relação de emprego só é exercida coletivamente, havendo necessidade da comunhão de vontades,

necessária para paralisar as atividades dos empregados da empresa: tendo como representante do grupo profissional o sindicato.

“A vida é um fato; sobreviver é o fim; e a greve é, junto a vários outros, um meio de garantir essa soberania aos menos infortunados.” (Carlos Henrique da Silva Zangrado).

## **História da greve no Direito Brasileiro**

No Brasil, a primeira regulamentação acerca da greve foi feita no advento da República, através da legislação criminal, onde via-se a greve como um delito.

Na década de 30, houve um surto industrial com uma dose maciça de movimentos reivindicatórios, graças à ideologia anarquista e marxista trazida pelos europeus imigrantes que se instalaram no sudeste brasileiro. A greve era considerada recurso anti-social, incompatível com os objetivos do Estado e da Produção Nacional (art. 139 da Const. 1937), reflexo da influência fascista adotada pelo governo de Getúlio Vargas.

Bastante severa foi a Lei nº 38 de 04.04.35, a “Lei de Segurança Nacional”, promulgada para reprimir as greves que aconteciam no país naquela época. Ao era admitida a paralisação de serviços públicos ou dos serviços de abastecimento da população.

A Constituição de 10.11.37, fez sérias restrições à greve e só no final da II Grande Guerra findou o Estado Novo, elegendo o novo Presidente pelo voto popular. Contudo, entre a posse do Presidente eleito e a promulgação da Carta de 18.09.46, o Chefe do Poder Executivo emitiu Decretos-Leis e, dentre estes, o de nº 9.070, de 15.03.46 que reconheceu o direito de greve e disciplinou-o, dividindo as atividades em fundamentais e acessórias. Com isso, eclodiu uma nova era, sendo esse Decreto só revogado dezoito anos depois quando o art. 138 da Carta de 1946, que só foi regulamentado através da Lei 4.330 de 01.06.64.

Em 1945, na Cidade do México, aconteceu a Conferência de Chapultepec e o Brasil, numa jogada política, reconheceu o direito de greve, pois intencionava fazer parte das “Nações Americanas”, assinando a “Declaração dos Princípios da América”, inspirada em razões de humanidade e de justiça; em seguida, ratificando a Carta de 1946, que proclamou o direito de greve até às atividades essenciais, admitida pelo Decreto-Lei nº 9.070.B

Porém, para regulamentar esse direito, fazia-se necessário uma lei ordinária, que não passava de um desacato à norma constitucional, pois esta se considera auto-aplicável.

Com a Revolução de 1964, o Decreto-Lei de 1946, que dava aos trabalhadores o direito de greve, foi revogado, vindo somente a ser legalizado na Constituição de 1967, que proibia a greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais.

Assim, o sistema legal que determinava acerca da greve resultou da junção da Lei nº 4.330 de 1964, com os dispositivos supervenientes da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 01, de 1969; segundo o ilustre Prof. MOZART VICTOR RUSSOMANO<sup>3</sup>.

Dentre os pressupostos desse exercício, a greve deveria ser um movimento coletivo em que os trabalhadores das empresas seriam solidários uns com os outros; tendo como objetivo da greve a manutenção ou modificação das normas de trabalho.

Em decorrência da norma Constitucional de 1946, que dividia as atividades entre essenciais e acessórias, o Decreto-lei nº 1.632, de 04.08.78, dispunha sobre a proibição da greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais.

Apesar dessas proibições, sujeitando os infratores às sanções penais, os trabalhadores, representados por seu sindicato, sempre fizeram greves objetivando melhores condições de

trabalho, tanto em atividades essenciais como nos serviços públicos.

Sob forte influência dos movimentos grevistas que atravessava o país na década de 80, só na grande São Paulo 400.000 metalúrgicos pararam durante quatorze dias, e embutida do caráter liberal e social, a Constituição Federal de 1988 assegurou o direito de greve aos trabalhadores, limitando nas atividades essenciais e proibindo aos servidores públicos militares, aclamando o princípio da responsabilidade fundada no abuso de direito, revogando a Lei 4.330 de 01.06.69 e o Decreto-Lei nº 1.632 de 04.08.78.

“A história não se faz com a intervenção do homem. Nada, no destino pessoal e coletivo está definitivamente escrito ou prescrito. O hoje e o amanhã do homem e dos povos são frutos do querer humano.” (J.J. Calmon de Passos)

### **Inconstitucionalidade da lei de greve**

Carregada de uma forte influência do espírito protecionista que rege o Direito do Trabalho, embutido nos seus princípios, como o tutelar e o da progressão social, a Constituição Federal de 1988, vislumbrou o direito de greve aos trabalhadores, incluindo-o como Direito e Garantia Fundamentais do Cidadão, conjuntamente ao direito à saúde, à educação, ao trabalho além de outros que visem à melhor condição social.

Os legisladores da nossa Carta Magna, comprometidos a justiça e sensibilizados com o problema social, fruto de uma sociedade capitalista em que 1/3 da população ativa é composta de operários que recebem até dois salários mínimos, intensificaram o real sentido de Democracia ao ratificar a possibilidade de do trabalhador reivindicar em favor dos seus interesses.

O art 9º da CF determina: “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.”

§ 1º: A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º: Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da Lei.

Todavia, em 26/06/89, entrou em vigor a Lei de Greve de nº 7.783, regendo o exercício do direito de greve nas atividades privada, não se limitando tão somente às atividades essenciais, como determina a norma constitucional, mas regendo todo o direito de greve constitucionalmente normatizado.

Parece lógico acreditar que a Lei 7.783/89 é desnecessária e foi promulgada com a intenção de inibir o trabalhador de exercer o seu direito, conquistado através de lutas; buscando conter a onda de greves que atravessava o país, devido à desorganização social, política e econômica.

A Lei de Greve, na maioria dos aspectos, é incompatível com a C.F. de 1988, pois colide com o espírito de Democracia-Cidadania, embutido no texto legal.

Esta lei contém um excesso de formalidades, de condições, pressupostos e prazos para inibir o Direito-Garantia Constitucional, que a história tem mostrado ser um dos instrumentos mais eficazes para fazer valer os direitos sociais.

De forma sucinta, tentarei apresentar alguns artigos totalmente desnecessários, visto que o legislador apenas repetiu normas legais; e outros artigos inconstitucionais.

O art. 1º da Lei de Greve é desnecessário por, simplesmente, repetir o caput do art. 9º da CF de 1988; e o art. 2º da mesma lei por afirmar que é legítima a suspensão coletiva, temporária e pacífica.

Ora, é óbvio que a greve é uma paralização temporária; se assim não fosse, qual o fundamento de lutar por um direito que não se materializaria, caso fosse uma greve de prazo indeterminado?

Neste momento, é de bom alvitre mencionar que parte da doutrina chegou a uma infeliz conclusão acerca da suspensão ao afirmar que o objetivo precípua da greve está intrinsecamente determinado quanto ao descumprimento ou não de obrigações legais ou normativas pelo empregador, limitando-se neste aspecto o julgamento da Justiça do Trabalho. Nessa hipótese, a greve seria vista como uma legítima defesa de interesses feridos e não como um direito a ser utilizado para ampliar ou obter novas conquistas. Esse pensamento retrógrado tenta limitar e coagir o trabalhador de seu direito fundamental.

O art. 3º é inconstitucional porque tenta limitar o direito constitucional do trabalhador ao determinar que “frustrada a negociação é facultada a cessação coletiva do trabalho, devendo os empregados notificarem à classe patronal, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralização.”

Determina a Constituição que cabe ao trabalhador decidir acerca da deflagração da greve e sobre o quê pretende pleitear, portanto, a lei não pode impor pressupostos a esse direito, pois ao titular do direito cabe o momento oportuno para exercer o seu direito social.

A lei considera ilegal as greves de solidariedade, de finalidade política e de protesto, inibindo o direito de decisão sobre o objeto da greve. É inconstitucional pois a Carta Magna determina que somente aos trabalhadores cabe decidirem suas pretensões, sem fazer nenhuma restrição.

O direito laboral é burlado ao tentar a lei impedir que os trabalhadores paralizem os seus trabalhos, determinando que é necessário ao direito de greve que tenha havido negociações frustradas, sem acordo e com resistência patronal. O exercício de greve não pode se condicionar à tentativa de negociação ou arbitragem. Por a greve ser deflagrada devido a intransigência patronal é até impossível tentar qualquer tipo de negociação.

Por ser a greve fruto de um descontentamento sua deflagração não ocorre instantaneamente, sem nenhuma tentativa de diálogo. Logicamente que o empregador sente o descontentamento dos trabalhadores pairando no ar. Não existe greve surpresa. O movimento não surge do nada, do repente. Brillante comentário fez JOSÉ LUIZ FERREIRA PRUNES: *“Não é a greve um fenômeno que pode surgir como um raio numa tarde insolarada; vem ela, como as tormentas, acompanhada de diversas evidências que a procedem.”*

Implicitamente, o empregador sabe que haverá greve, não significando dizer que a classe patronal deva ser pega de surpresa; certo é que a notificação seja breve, não retardando o início da greve, sem limitar o direito dos trabalhadores.

O art. 4º da Lei de Greve atribui ao sindicato a legitimidade para iniciar e terminar o processo de paralização coletiva.

A titularidade do direito de greve cabe apenas aos trabalhadores e não aos sindicatos; estes devem participar, coordenar o movimento e representar legalmente a categoria, não respondendo pelos atos abusivos de seus representados, e por isso, não sendo o legítimo detentor desse direito. O ato é pessoal. Assim, o dano causado deverá ser imputado ao infrator, nunca ao representante de toda categoria. De mais a mais, muitas vezes não é necessário a presença do sindicato em determinadas greves, como as deflagradas contra as más condições de uma empresa isolada.



A lei de Greve também é omissa em suas determinações. Fala em “*quorum*” necessário para a deliberação, mas não estipula o número de participantes, ou de eleitores necessários para aprovação do início e fim da greve, independente do número de empregados em cada categoria. Pergunto ao legislador: Qual o “*quorum*” necessário à deflagração de greve? Por maioria simples ou absoluta dos presentes na Assembléia? E aquele trabalhador que se encontrava, no momento da assembléia, exercendo suas atividades para não prejudicar o andamento das atividades fabris?

Bastante utópico é o parág. 2º do art. 6º, quando veda o empregador de adotar meios de coagir o empregado a comparecer ao trabalho. A realidade é que o empregador, ao ser deflagrada greve, dirige-se até a residência do trabalhador para buscá-lo, no carro da empresa, coagindo-o de forma política e indireta, chantageando-o a ir trabalhar; as vezes até entrando de casa a dentro, persuadindo sua esposa e filhos a lhe implorarem a voltar ao trabalho. Em quantas decisões, na Jurisprudência, foi encontrado alguma que trate do abuso patronal ???

Com relação à permanência dos grevistas na fábrica, na maioria das vezes, faz-se necessário à deflagração da greve e, como determinou certa vez o Tribunal de Grande Instância de Paris, “*não existe intenção de ocupar, mas que a greve seja efetiva.*”

É já sabido que a greve suspende o contrato de trabalho. Mas é bastante discutido o pagamento do salário dos dias paralisados.

A CF, ao assegurar o direito de greve, não determina que o salário dos dias paralisados não sejam pagos. Seria contraditório e equivocado se falar em direito que para ser exercido tenha que inibir outro direito. Obviamente, se a greve for deflagrada com abusividade de direito, os infratores deverão receber sanções, não fazendo jus ao pagamento dos dias paralisados.

O artigo 8º da Lei de Greve não trouxe novidade alguma pois a CF já definiu em seu art. 114, a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios coletivos entre trabalhadores e empregadores, portanto desnecessário afirmar que “*A justiça do Trabalho decidirá sobre a procedência ou improcedência das reivindicações.*”

No meio de tantos artigos dispensáveis e inconstitucionais, intencionando inibir um direito conquistado através de tantas lutas, o legislador, em sua Lei de Greve, redigiu um artigo inteligente: o art. 10º determina quais são as atividades essenciais. Este é realmente o único artigo necessário pois a norma constitucional estabeleceu expressamente a necessidade de uma lei que definisse as atividades essenciais.

Os artigos 11, 12 e 13 só vieram a ratificar o que foi inserido no art 10º da lei supra citada.

O art. 14, de alto teor de intransigência, trata do ABUSO DE GREVE. Partindo da premissa de que a Carta Magna assegura o direito de greve a todos os trabalhadores, com exceção do servidor público militar, fazendo restrições aos serviços essenciais, TODA GREVE É LEGAL.

O direito de greve significa, para cada trabalhador, a possibilidade do não cumprimento ao compromisso contratual, temporariamente, sem causar dano à contraparte. O fato de grevistas usarem de atos de violência contra pessoas ou bens alheios, não faz com que a greve seja considerada ilegal. Neste caso, a atitude de um grevista isolado é abusiva, respondendo na esfera penal, civil e trabalhista; tão somente o responsável pelo dano material e/ou moral; nunca o conjunto de pessoas. O mérito discutido em questão, pelo qual os grevistas reivindicam, não se correlaciona aos atos praticados sob o calor da greve.

Assim, a greve só será ilícita quando não houver o caráter profissional, ou tiver sido deflagrada por servidores públicos militares.

Não se pode falar em ilicitude de greve nas atividades essenciais, pois o artigo

constitucional já exaustivamente citado, insere que a lei determinará sobre o atendimento das necessidades inadiáveis. Portanto, implícita a legalidade da greve nas atividades essenciais.

Logicamente que os grevistas dessas categorias não poderão deixar a população à mercê de qualquer perigo iminente, isso acarretaria num abuso de greve; mas tais riscos são inerentes a própria definição de greve, que é uma forma de pressionar os empregadores ao cumprimento de seu dever legal.

Com relação aos trabalhadores que não se envolvem na paralisação de toda classe, a Jurisprudência Francesa comenta: “Pretendendo, ao mesmo tempo, fazer greve e continuar o trabalho, o trabalhador procura conciliar o inconciliável. Pois, enquanto faz greve, escapa à alçada contratual, ao passo que, prosseguindo o trabalho, se sujeita necessariamente à autoridade do empresário e, portanto, a disciplina da empresa”.

Ao Judiciário cabe julgar a matéria reivindicada pelos trabalhadores, a procedência ou não do direito em questão, nunca a legalidade ou ilegalidade de greve deflagrada pelos trabalhadores, isso seria o mesmo que julgamento sumário.

Quando a Lei determina que “*os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas de lei*”, entende-se que os abusos em questão significam atos, ações de pessoas na deflagração da greve, não se trata da matéria da greve que está sendo pleiteada. Se assim fosse, nenhum trabalhador expor-se-ia ao risco de responder às penas da Lei, caso a Justiça do Trabalho determinasse abusiva o objeto da greve.

A Lei de Greve é equivocada quando considera abuso de greve a não observância das normas que ela mesma estatui, como se tivesse criado o direito de greve, desrespeitando a Constituição.

Portanto, só há necessidade de regulamentar a greve através de Lei Complementar para as atividades essenciais, como determina a Constituição, sendo desnecessária às outras atividades, pois a própria Constituição exaure acerca do assunto.

Necessidade há que a Justiça do Trabalho não se limite a uma cadeia de normas, mas sinta a realidade social e econômica pela qual o Brasil atravessa, tomando decisões inteligentes: coordenando as negociações entre a classe patronal e a dos trabalhadores, fiscalizando o cumprimento das obrigações trabalhistas, determinando melhores condições de trabalho, e uma política salarial digna, acabando, assim, com a revolta que leva milhões de trabalhadores a eclodirem greves em defesa de seus direitos.

“(…) a sentença, sempre é página arrancada da vida de algum homem. A sentença coletiva é página arrancada da história de um povo. Nela se reflete ou dela resulta o drama que chega ao último ato ou tragédia, de final desesperador.

Nossa experiência de juiz, durante quarenta anos, permite que a palavra final deste livro seja de advertência: Nós, juízes do séc. XX, viemos do povo, pois em seu seio nascemos e nos formamos. Para o fiel desempenho de nossa missão social, devemos continuar ao lado dele, sentindo-lhe o calor, o suor, a pulsação, o sofrimento.

O verdadeiro juiz, neste final de século, é aquele que consegue incorporar em sua alma a alma coletiva, anônima e comunitária das multidões.

Esse é o juiz que enfrentará, certo dia, com tranqüilidade, a face severa do juiz que o acompanha, o avalia e o qualifica.

Foi dito alheios: “o povo é o juiz dos juízes. Deveria ter sido acrescentado: e suas sentenças são inaplicáveis, porque são as sentenças da história.

(Mozart Victor Russomano)

## **Bibliografia consultada**

- ALVES, Ivan Dias Rodrigues; MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes. Teoria e Prática do Direito do Trabalho. 9<sup>o</sup>ed. São Paulo: Ltr. 1995.
- CAMPELLO, José Barreto. Direitos Trabalhistas Hoje. Recife: Nossa Livraria, 1991.
- CARVALHO, José Otávio Patrício. A nova Lei de Greve (Comentários). Recife: Nossa Livraria, 1989.
- FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Noções Fundamentais de Direito do Trabalho. Vol. 2. 2<sup>o</sup> ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1985.
- FRAGA, Ricardo Carvalho. Aspectos dos Direitos Sociais na nova Constituição. São Paulo: Ltr, 1989.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de Direito do Trabalho. 12<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. Participação e Processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.
- LÓPEZ- MONÍS, Carlos. O Direito de Greve. Experiências Internacionais Doutrina na OIT. São Paulo: Ltr, 1986.
- JORNAL DO BRASIL, 13/11/88
- LEDUR, José Felipe. In: Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. Vol. 2. Brasília: UnB, 1993.
- LUCHTEMBERG, Itacir. In: Revista Jurisprudência Brasileira Trabalhista - Direito de Greve. Vol. 32. Curitiba: Ed. Juruá, 1991.
- MELO, Raimundo Simão. In: Revista Síntese Trabalhista. Porto Alegre: Ed. Síntese LIDA, Ano VI, n<sup>o</sup> 71, maio,1995.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 10<sup>o</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentário à CLT. 16<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994.
- \_\_\_\_\_. Princípios Gerais de Direito Sindical. 2<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.
- SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Instituições de Direito, do Trabalho. 10<sup>o</sup>. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1987.

---

<sup>1</sup> Noções Fundamentais de Direito do Trabalho. Coimbra:Livraria Almeida, 1985. vol. 2. 2 ed.

<sup>2</sup> *Droit du Travail*, 4 ed. Paris, p. 180 (Col. Thémis).

<sup>3</sup> Princípios Gerais de Direito Sindical. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1995.

## **Normas técnicas para apresentação de originais**

1. REVISTA JURÍDICA “IN VERBIS”: publica artigos e trabalhos da área jurídica. Somente serão aceitos trabalhos inéditos

2. Os trabalhos deverão ser entregues ao Conselho Editorial em disquete, não excedendo o limite de 10 (dez) páginas. No entanto, o Conselho Editorial poderá, excepcionalmente, considerar a publicação de artigos que ultrapassem esse limite.

3. Quanto à apresentação, os artigos deverão obedecer à seqüência:

a) página de rosto, contendo:

- Título, se houver, subtítulo.

- Nome(s) do(s) autor(es)

- Filiação científica (instituição em que trabalha)

- A Universidade e o período que cursa(m), caso o(s) autor(es) seja(m) acadêmico(s) de direito.

b) Texto propriamente dito.

c) Citação bibliográfica

d) Referências bibliográficas

- As referências bibliográficas serão arroladas no final do artigo, em ordem alfabética de sobrenome do autor, numeradas consecutivamente e apresentadas de acordo com a NBR 6023 da ABNT. As observações que não sejam referências bibliográficas poderão figurar como notas de rodapé indicadas no próprio texto.

4. Os dados e conceitos emitidos nos trabalhos bem como a exatidão das referências bibliográficas são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).