



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO PATRIMONIAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL

AUTOS N.º 053.10.008996-0

AÇÃO POPULAR

AUTOR: SÉRGIO ORLANDO SANTORO

RÉUS: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO E SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua procuradora infra-assinada, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos arts 7º e seguintes, da Lei Federal nº 4.717/65, e 297, do Código de Processo Civil, apresentar a sua

CONTESTAÇÃO,

pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

I – BREVE RELATO

Sérgio Orlando Santoro, na qualidade de cidadão paulistano, ajuizou ação popular em face da Municipalidade de São Paulo e do São Paulo Futebol Clube, para que seja “*declarada a revogação*” da escritura de doação de imóvel em favor daquele clube, revertendo-se a área ao patrimônio municipal, em face do não cumprimento de encargos. Alternativamente, requereu seja determinado ao São Paulo Futebol Clube que, em prazo razoável, apresente plano de obras para cumprimento dos encargos previstos na escritura de doação da área, *i.e.*, a destinação de ¼ da área para a implantação de um parque infantil, bem ainda a construção de estacionamento de 25.000 m² em área contígua à do clube.

Para ambas, a Municipalidade deverá sugerir alterações e aprovar o projeto, certo que as obras deverão ser iniciadas e concluídas também em prazo a ser fixado por sentença.

O pedido liminar foi indeferido.

É o relato necessário.

A ação deve ser extinta, pelos motivos apresentados a seguir.

II – PRELIMINARMENTE: A INVIABILIDADE DA PRESENTE DEMANDA

A ação popular, verdadeiro mecanismo de controle dos cidadãos sobre a Administração Pública, é prevista pelo art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República: *“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”*.

A Lei Federal nº 4.717/65, que dá concreção ao dispositivo constitucional, estabelece normas processuais que devem ser obedecidas para o ajuizamento da ação e o trâmite do processo judicial. Como instrumento de controle, a ação popular certamente tem seus limites.

No caso dos autos, o autor popular simplesmente não atende às normas vigentes. Em razão disso, a presente demanda, tal qual proposta, é, desde logo, manifestamente inviável. É o que se demonstrará nos itens a seguir.

1) PEDIDO INCOMPATÍVEL COM A AÇÃO POPULAR – FALTA DE INTERESSE DE AGIR - INADEQUAÇÃO

Sob o *nomen juris* “ação popular”, o autor popular requer, primeiro, “a declaração de revogação da escritura de doação”, por descumprimento dos encargos.

Cediço que revogar não é o mesmo que anular; **revoga-se algo que era válido**. Tanto é assim que o fundamento para a revogação é a inexecução de encargos.

De modo alternativo, requereu o autor a condenação do São Paulo Futebol Clube em **obrigação de fazer**: construir parque infantil e estacionamento para veículos.

É fácil ver, destarte, que os pedidos são incompatíveis com aqueles que podem ser formulados em ação popular.

A finalidade da ação popular é **a invalidação de atos administrativos**. Logo, decorre da própria definição do instituto, tal qual previsto pelo texto constitucional e pela legislação de regência, que **os provimentos que podem ser concedidos em ação popular têm natureza constitutivo-negativa**.

É certo, também, que a procedência da ação pode levar à condenação por perdas e danos dos responsáveis pelo ato. É o entendimento de HELY LOPES MEIRELLES, ao afirmar que “*a ação popular predominantemente desconstitutiva e subsidiariamente condenatória (em perdas e danos)*”.¹

De tal sorte, não se pode requerer por meio de ação popular condenação em obrigação de fazer ou “declaração de revogação” de escritura, por descumprimento de encargos.

De acordo com JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “*não há possibilidade de obter-se, através de ação popular, uma condenação que não seja de natureza pecuniária, isto é, uma condenação a fazer, por exemplo, ou a não fazer*”.² Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado sobre a “*impossibilidade, ademais, de condenação, através de ação popular, que não seja de natureza pecuniária*”.³

Havendo ato ilegal, o caso é de declarar-se a sua invalidade e, eventualmente, condenar-se o responsável a indenizar perdas e danos.

Mas não se pode impor obrigação de fazer ou obter declaração de revogação de doação, como pretende o autor popular.

A ação deve, portanto, ser julgada extinta, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

2) DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL – DA ILEGITIMIDADE DE PARTE

¹ *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*, 19ª ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Malheiros, 1998, p 145.

² RPGE 16/19, *apud* Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 3.ª ed. São Paulo, RT, p. 1196.

³ RTJESP 96/35. *apud* Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 3.ª ed. São Paulo, RT, p. 1196.

Vê-se, dos pedidos formulados na petição inicial, que nenhum deles exige prestação a ser oferecida pelo Município de São Paulo.

Disponha o Código Civil de 1916 que o donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral. Se desta última espécie, o Ministério Público poderia exigir sua execução, depois da morte do doador, se este não o tiver feito.

Na hipótese dos autos, a revogação dar-se-ia por inexecução de encargo, desde que o donatário incorresse em mora (art. 1.181, parágrafo único, CC/16).

Figura como doador, no contrato, a Imobiliária Aricanduva. Via de consequência, parte legítima para buscar a revogação da doação seria a Imobiliária Aricanduva, ou o Ministério Público, depois da dissolução desta e desde que não tivesse ocorrido o prazo anual de prescrição.

Nessa esteira, a única razão para se admitir o Município de São Paulo como parte passiva legítima é estabelecer, como premissa, que o imóvel é público.

Ora, se esse o caso, não seria adequado pretender a revogação da doação, ou, o cumprimento dos encargos, mas apenas a nulidade do contrato, de vez que não se concebe “doação” de bem público municipal por terceiro, o que será objeto de tópico próprio.

Afastada a prescrição, se a doação fosse válida, a reversão do bem teria que se dar ao patrimônio da Imobiliária Aricanduva. Mas, se a doação não é válida, somente pode sê-lo em razão dos vícios adiante melhor examinados, o que implica reconhecer que o bem era e continuou sendo público.

E, se a doação é nula, não se há de exigir o cumprimento de encargos, tampouco há de se cogitar de revogação de doação por inexecução dos mesmos encargos.

Logo, verifica-se que da narrativa dos fatos não decorrem logicamente os pedidos, o que deve resultar no reconhecimento da inépcia da petição inicial.

Nas palavras de Nelson Nery Jr. (Código de Processo Civil, pág. 768, nota II.14, 5ª edição):

“Outra causa da inépcia é a falta de conclusão lógica, comparada com a narração. A petição inicial é um silogismo composto de premissa maior, premissa menor e da conclusão. Narrando o autor uma situação e concluindo de forma ilógica relativamente à narração, tem-se a inépcia da petição inicial, pois a conclusão deve decorrer logicamente da premissa menor subsumida à maior”.

Faz-se necessária, assim, a extinção do processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, e art. 267, I, c.c. art. 295, parágrafo único, II, todos do Código de Processo Civil.

III – MÉRITO

Uma vez que os atos aqui tratados datam da década de 1950, é imprescindível fazer um esboço histórico do Loteamento “Jardim Leonor”.

Em 1949, a Empresa Mercantil e Comissionária Merco S/A apresentou projeto de arruamento e loteamento de gleba de terreno, localizada na Av. Morumbi, com 2.338.916m² (dois milhões, trezentos e trinta e oito mil e novecentos e dezesseis metros quadrados). O projeto foi parcialmente alterado, o que ensejou a substituição das plantas e do memorial descritivo.

Nos termos do projeto modificativo, a empresa loteadora destinou 10% da área total a espaços livres, como estabelecia a regra do art. 733, do Ato nº 663/34.

Atendidas, também, as disposições do Decreto-lei nº 58/37, foi expedido o Alvará de Licença nº 253, datado de 23 de agosto de 1951, que autorizou a empresa loteadora a promover o retalhamento da gleba, no prazo de três anos.

Seguiu-se, então, que o loteamento foi inscrito no 11º Cartório de Registro de Imóveis.

Posteriormente, a Imobiliária e Construtora Aricanduva adquiriu o empreendimento, que passou a ser denominado de “Jardim Leonor”. Vários projetos modificativos foram apresentados, dentre os quais a alteração tratada no processo nº 0.030.822/52, atualmente processo administrativo nº 1984 – 0.017.902-1, relativa ao Espaço Livre “D” (docs. anexos).

Naquele processo, a empresa construtora requereu a autorização do Sr. Prefeito para doar o referido espaço livre, com área de 99.873,00m², ao São Paulo Futebol Clube, com o fim de que ali fosse edificado um estádio.

O Diretor do Departamento de Urbanismo ofereceu manifestação contrária à aspiração da Imobiliária Aricanduva.

Veio, então, o São Paulo Futebol Clube, que teceu considerações sobre os benefícios que a edificação do estádio e de outros equipamentos traria à sociedade.

Dessa volta, o Diretor do Departamento de Urbanismo não se opôs à doação, desde que estabelecidas condições. O Secretário de Obras também foi favorável à proposta.

A Secretaria de Negócios Jurídicos posicionou-se no sentido de que, embora feita a inscrição, não haveria prejuízo aos compradores, já que a proprietária providenciara a averbação do documento de fls. 59, além do que não fora aperfeiçoada a doação dos leitos de ruas e praças constantes da planta de loteamento. A Prefeitura não seria, assim, diretamente interessada no caso, sob o ponto de vista do domínio.

Lavrou-se, então, escritura, nos seguintes termos (com grifos):

*“... que a área retro-descrita, objeto da presente doação, consta da ‘Planta do Jardim Leonor’, folha nº 4 (4 de 5) e é marcada como espaço livre ‘D’, no processo de loteamento do mesmo ‘Jardim Leonor’, inscrito sob nº 64 (sessenta e quatro) no 11º Registro de Imóveis desta Capital – 11ª Circunscrição; que a área objeto da presente doação é destinada a construção de um estádio esportivo pelo outorgado donatário, conforme consta da averbação feita a margem da citada **inscrição nº 64 no Registro da 11ª Circunscrição de Imóveis desta Capital; que de acordo com o processo nº 30.822/52 da Prefeitura Municipal de São Paulo a área objeto da presente doação, continua para todos os efeitos a ser computada como espaço livre dentro do plano de loteamento do Jardim Leonor, fazendo parte do total da área que a outorgante doadora é obrigada a dispor para aprovação de seu plano de loteamento;** que ela outorgante doadora doa, como de fato tem, a área acima nesta, objeto da presente, de 99.873,00 mts 2., ao outorgado donatário São Paulo Futebol Clube, em virtude do que lhe cede e transfere toda a posse, domínio, direito e ação que até aqui exercia na área doada, prometendo por si e seus sucessores fazer desta doação sempre boa, firme e valiosa. Pelo outorgado donatário, São Paulo Futebol Clube, me foi dito, ante as testemunhas que aceitava a presente doação em seus expressos termos e que da área recebida em doação utilizará três quartas partes para a construção de um estádio, conforme o contratado, e que a parte restante será destinada à construção de um parque infantil, seguindo essa construção as normas aprovadas pela Prefeitura Municipal de São Paulo; que o referido parque infantil, será mantido exclusivamente pelo outorgado donatário; que o acesso a esse parque, será franqueado a todo público Infantil, sem qualquer distinção; que desta área ora recebida em doação, ou de outra qualquer que venha a adquirir ou receba, desde que imediatamente contígua, destinará um espaço de 25.000 mts 2. (vinte e cinco mil metros quadrados) que servirá como parque de estacionamento para automóveis; que iniciará as obras do Estádio, dentro de um prazo improrrogável de dois anos, dando-se o seu término no prazo também improrrogável de dez anos; que quanto ao mais, aceitava esta escritura de doação em todos os seus expressos termos, por estar a mesma de acordo com o ajustado e contratado entre si e a outorgante doadora e de acordo com as condições impostas pela Prefeitura Municipal de São Paulo, através do processo 30.822/52. Pela interveniente, Prefeitura Municipal de São Paulo, me foi dito que estava inteiramente de acordo com a presente doação que foi expressamente autorizada pelo processo 30822/52 já citado, nos termos dos pareceres e despacho nele exarados”.*

Portanto, em suma, a área doada ao São Paulo Futebol Clube, em que se construiu o Estádio “Cícero Pompeu de Toledo”, havia sido, antes disso, assinalada como “espaço livre”, em plano de arruamento e loteamento aprovado pelo Poder Público Municipal, loteamento este inscrito sob o nº 64, em 27 de junho de 1952, no 11º Registro de Imóveis da Capital.

É conhecido o art. 3º, do Decreto-lei 58/37, então vigente:

“A inscrição torna inalienáveis, por qualquer título, as vias de comunicação e os espaços livres constantes do memorial e da planta”.

Vale dizer, **por esta regra, o imóvel doado pela Imobiliária Aricanduva já havia ingressado na esfera do domínio municipal e não era mais daquela entidade para que ela o pudesse ceder** (*nemo plus iuris transferre ad alium potest quam ipse habet*).

Desde a aprovação do loteamento, a área institucional tornou-se afetada ao uso público pelo “curso voluntário”, independentemente tal transferência de propriedade de qualquer outro ato posterior.

Como sustentou acertadamente Hely Lopes Meirelles (*apud* Eduardo Vianna Motta – “Bens de uso comum do povo” – RT 338/43-56):

“Aprovado o loteamento, dispensável se torna a outorga do domínio público das áreas de uso comum do povo ao Município, por via contratual, porque nele se investe automaticamente a Prefeitura pelo só ato unilateral da aprovação do plano de urbanização, que importa em afetação do domínio público de todas as vias de comunicação e espaços livres.

‘Sobre esses bens, pode e deve a Prefeitura praticar desembaraçadamente todos os atos de domínio e posse, sem que o proprietário dos lotes possa opor-se à administração municipal na sua utilização e ordenação urbanística, visto que tais áreas já se desmembraram da propriedade particular e passaram a integrar o domínio público do município. Exigir-se outro título e transcrição desses bens em nome da Prefeitura é um civilismo superado e incompatível com o Direito público contemporâneo (...).

‘As vias de comunicação e as praças públicas, por definição legal, são bens de uso comum do povo (Código, Civil, art. 66, n. I), vale dizer, bens de domínio da coletividade, e, como tais, sujeitos ao direito público e não às normas da propriedade privada.

‘Daí porque entendemos, com a doutrina e a jurisprudência mais afeitas à realidade, que esses bens independem de título civil de aquisição e dispensam transcrição em nome da entidade estatal a que se acham vinculados por qualquer ato

administrativo de integração no patrimônio público. É o que nos deixou dito o saudoso Serpa Lopes, ao sustentar que estão dispensados de transcrição porque “os atos praticados em relação a tais bens, por força do “jus imperii” de qualquer daquelas entidades, ficam excetuados de registro imobiliário (“Tratado de Registro Público”, II/163 e 55).

‘Exatamente porque são bens de uso comum do povo, desgarram-se das regras de direito civil e se submetem a regime jurídico especial do direito público (Marienhoff, “Domínio Público”, pág. 45 e seguintes) (...).

‘Modernamente, considera-se que não é o título de aquisição civil, nem o registro imobiliário que conferem ao bem o caráter público. É a destinação administrativa, possibilitando o uso comum de todos, que afeta o bem de dominialidade pública’.

De fato, sempre foi pacífico o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito público interno não estão sujeitas às restrições do Código Civil para a aquisição e prova do domínio, diferentemente do que ocorre com os particulares, nas relações civis.

Se assim não fosse, ficaria o Poder Público Municipal na dependência da vontade do particular para obter o domínio público das vias de comunicação e espaços livres destinados ao uso da coletividade. E jamais se poderá conceber que o Poder Público fique dependente do particular para a prática de atos de administração sobre os bens de uso comum do povo, vale dizer sobre o patrimônio público.

Tal entendimento está em perfeita sintonia com o r. pronunciamento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 84.327, em que ficou assentado:

“Loteamento. Aprovado o arruamento para urbanização de terrenos particulares, as áreas destinadas às vias e logradouros públicos passam automaticamente para o domínio do Município, independentemente de título aquisitivo e transcrição, visto que o efeito jurídico do arruamento é, exatamente, o de transformar o domínio particular em público, para uso comum do povo” (RTJ 79/991).

No julgado, é mencionada a lição de Pontes de Miranda sobre o assunto:

“Tem-se pretendido que as vias de comunicação e os espaços livres somente se tornem públicos por ato dos interessados, entregando-os à Prefeitura Municipal. De modo nenhum. A aprovação do loteamento faz públicas as vias de comunicação e públicos os espaços livres, com a exigência de serem ultimadas pelos loteadores as obras de vias de comunicação e os espaços livres e da modificabilidade segundo o Dec-Lei nº 58” (Tratado de Direito Privado, Tomo XIII/89).

Essa diretriz tem precedentes em diversos outros julgados do próprio STF: RTJ 62/467; RT 168/334; 203/412; 364/94; 378/112.

Não poderia ser diferente. Como registrou o STF (recurso Extraordinário nº 84.327 – SP, in “RTS” nº 79, fls. 991) : “*Não tem o loteador infringente do Decreto – Lei 58/1937 (atual Lei 6766/79 – grifo nosso) mais direitos que o loteador a ele obediente.*”

“A vontade do particular pode manifestar-se pelo próprio fato de abrir ruas, praças, vender lotes, e, enfim, proceder a toda série de atos que normalmente poderá exercer estribado numa formal autorização administrativa.”

“Ainda que não firme declaração alguma de submissão a tal condição, o simples exercício de uma atividade, que tem como pressuposto de validade aquela submissão, é suficiente para compromissar a vontade do particular. E é por esse mesmo princípio que o loteador clandestino também se enleia irremediavelmente no processo do Concurso Voluntário, ao lotear clandestinamente está exercendo uma atividade que para dar-se regularmente pressupõe a submissão à exigência do Concurso Voluntário” (STF – recurso de 1976 – ob. Cit.).

A lei, a doutrina e a jurisprudência convergem para o mesmo ponto: as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a uso público passam para o domínio do município pela simples destinação.

“Nem mesmo se faz mister, a nosso ver, a inscrição do loteamento para que se considerem incorporados no domínio municipal esses bens de uso comum do povo, decorrentes da urbanização de áreas particulares. A inscrição só é exigível para fins de alienação dos lotes, sem qualquer implicação com as área de domínio público, não sujeitas às normas civis e às exigências de comercialidade dos bens particulares. (“Bens de uso comum do povo” Eduardo Viana Motta, RT 338/53).

De qualquer modo, as áreas destinadas inicialmente a espaços livres e bens de uso comum do povo, com a inscrição, tornaram-se propriedade da Municipalidade.

Outra mácula flagrante é a ficção constante da escritura, no sentido de que **a área doada continuava a ser computada como espaço livre.**

O art. 733, do Código de Obras, estabelecia que:

“Quando o terreno a arruar tiver superfície igual ou superior a quarenta mil metros quadrados, o espaço ocupado por vias de comunicação (ruas, avenidas etc.), não poderá ser inferior a vinte por cento da superfície total do terreno. Deverá, além disso, ser deixada para espaços livres (praças, jardins, ‘squares’ etc.), de domínio público, uma área correspondente, pelo menos, a:

cinco por cento da área total – na zona urbana;

sete por cento da área total – na zona suburbana;

dez por cento da área total – na zona rural”.

O “Jardim Leonor”, antes do loteamento, correspondia à “Fazenda Morumbi”, inserida na zona rural. Assim, quando os órgãos públicos avaliaram o plano do loteamento, levaram em conta, para a sua aprovação, que dez por cento do total da área havia sido reservado para espaço livre.

Só que 99.000m² do que fora destinado a espaço livre, conquanto doados ao São Paulo Futebol Clube, continuaram a ser computados para os fins previstos no Código de Obras.

Não merece sequer consideração o argumento de que a finalidade do espaço livre estaria alcançada com a construção de grupo de piscinas e conjunto destinado a quadras de tênis, quadras de boliche, *playground* para crianças e tanques nata-tórios, tudo para uso dos associados do clube.

Melhor sorte não tem a alegação de que a área remanesceria destinada ao uso público com a construção de um estádio, já que todos poderiam frequentá-lo, ainda que vez ou outra, quando equipes adversárias fossem lá disputar partidas.

Não é essa, ou nunca foi, a acepção de bem público de uso comum do povo (art. 66, CC/16).

E é evidente que todos sabiam que se tratava de área pública.

Primeiro, porque não haveria explicação para a intervenção do Município, manifestando anuência, em contrato de doação firmado entre particulares. Muito menos para a imposição, pelo Poder Público Municipal, de encargos para a doação, encargos estes de interesse geral.

Depois, confirmam-se trechos das manifestações do São Paulo Futebol Clube:

“Poder-se-ia alegar ser a área em foco, o que se convencionou denominar de ‘area publica’ e que pelo Código de Obras, tal área deveria ser de uso publico. O fato desta faixa de terra ser entregue ao São Paulo, para construção de um estádio, não impedirá que o publico a frequente”.

“Na verdade, existiriam duas doações distintas: a que ora estamos pleiteando junto à Prefeitura Municipal e que é constituída por uma área de cerca de 98.000m², e outra distinta como dissemos, de propriedade efetiva da Aricanduva, com cerca de 26.000m² e que nos seria doada mais tarde, se efetivada a presente doação. Esta ultima doação ainda está sendo objeto de consideração por ambas as partes e é possível que o São Paulo Futebol Clube tenha necessidade de promover um pagamento simbólico aquela Imobiliária. Dizemos simbólico, porque o preço por metro quadrado que estabelecemos, será dos mais reduzidos possíveis. Consideramos justo o pagamento deste preço à Aricanduva, eis que uma Sociedade comercial como é aquela, trabalha em função de lucro, não podendo, pois, prescindir de uma área grande sem uma retribuição, por menor que seja”.

A doação, como se vê, é nula, porque o imóvel doado não mais pertencia à doadora e porque a área continuou a ser contada como espaço livre.

Mesmo que se considerasse que o Município, como interveniente, por ter anuído à doação, torná-la-ia válida, não houve a desafetação do bem público, que pertencia à classe de bens de uso comum do povo, tampouco autorização legislativa.

É de se destacar que o Código Civil de 1916 dispunha que os bens públicos de uso comum do povo só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever (art. 68).

Por sua vez, a Lei Estadual nº 1, de 18 de setembro de 1947 (Lei Orgânica dos Municípios vigente ao tempo dos fatos), estabelecia que:

“Artigo 16 – Compete ao município prover aos seus interesses e ao bem-estar de sua população.

§1º - Cabe-lhe privativamente:

(...)

III – administração de seus bens; aquisição e alienação dos mesmos, aceitação de doações, legados, heranças e respectiva aplicação.

(...)

Artigo 32 – Cabe à Câmara Municipal legislar, com a sanção do Prefeito, sobre as matérias de competência do município”

De tal sorte, o fato de o Prefeito comparecer ao ato e manifestar assentimento não tem o condão de suprimir as nulidades verificadas.

Mas os pedidos veiculados na petição inicial dizem com a revogação da doação, por inexecução de encargos, ou, com a execução de encargos, o que não é correto, como se demonstrou, em virtude da nulidade da doação.

Ainda, de relevo destacar que era possível a modificação do plano de loteamento e de arruamento. O que não é admissível era se continuar a computar a área doada como bem público, paradoxo que dispensa mais explicações.

Se o loteador pretendia doar tal terreno ao São Paulo Futebol Clube, além de requerer a alteração do plano de loteamento e contar com a concordância do Município de São Paulo – o que inclui observância às normas legais -, era imperativo que ele efetuasse a compensação da exclusão dessa área daquelas que comporiam o necessário percentual que deveria ser destinado a espaços livres.

Em outras palavras, o loteador deveria ter destinado outra área, de iguais dimensões, como espaço livre, no lugar daquela que ele tencionava doar ao São Paulo Futebol Clube. Daí, sim, percorrido todo o caminho legalmente estabelecido, poder-se-ia dizer que estaria obedecida regra e preservado o percentual de áreas designadas como espaço livre.

Não foi, no entanto, o que aconteceu. Ao que se vê, houve a doação de bem público, pretendendo os contratantes que a área, apenas de forma fictícia e em verdadeira burla à lei, permanecesse considerada pública.

A par disso, há a prescrição.

A questão controversa é exposta em sede de ação popular, cujo prazo de prescrição é de cinco anos, a contar do ato. Cuidando-se de contrato de doação registrado em cartório, não se pode negar sua publicidade.

Demais disso, embora a ação popular tenha sido regulamentada em 1965, já era prevista nas Constituições anteriores.

A Carta Constitucional de 1934:

"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios" (art. 113).

A Constituição de 1946:

"Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista." (art 141, § 38).

A Constituição 1967 também versou sobre a ação popular:

"Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas" (art. 150, § 31).

O art. 21 da Lei da Ação Popular estabelece expressamente o prazo prescricional de cinco anos para a propositura daquele remédio constitucional, fluindo este a partir da data em que o ato lesivo se tornou público.

Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"O início da contagem do prazo prescricional se dá com a publicidade do ato lesivo ao patrimônio; no caso, da data em que proferida a sentença homologatória da transação entre o Município e a Concessionária."

Preliminar em contra-razões acolhida. Ação extinta pela prescrição. Unânime". (Apelação nº 70025908542, 21ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges. Julgado em 24/09/2008).

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no REsp 755.059/SP:

“O primeiro ato concreto e lesivo à Administração e ao direito vindicado pelo autor popular, conforme se extrai do delineamento fático estabelecido na instância ordinária, foi o relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Companhia do Metropolitano de São Paulo, cujo aviso para cadastramento das empresas interessadas no certame foi publicado em 4.11.88. A partir daí, como mesmo reconhece o autor, surgiram os efeitos lesivos, como também nasceu a pretensão. Ajuizada que foi a ação popular em 22.11.1993, já se encontrava prescrita a pretensão de anulação do ato, em razão do lustro indicado no art. 21 da Lei nº 4.717/65”.

No caso concreto, a doação da área foi objeto de escritura pública, transcrita no 11º Registro de Imóveis em 19/08/52, data em que se tornou público o referido ato. A presente ação popular foi ajuizada em agosto de 2010. Portanto, é inquestionável a ocorrência da prescrição.

De toda forma, ainda que prescrita a pretensão relativa à ação popular, serão iniciados estudos a respeito da viabilidade de ajuizamento, pelo Município de São Paulo, de ação para declarar a nulidade da doação em tela.

IV – CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer a Municipalidade seja o processo extinto, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI, e art. 295, I, do Código de Processo Civil.

Não sendo este o entendimento adotado, pede a Municipalidade seja reconhecida a ocorrência da prescrição, o que implicará extinção do feito, na forma do art. 269, IV, do Código de Processo Civil. Por fim, caso nenhuma dessas posições seja acolhida, requer que a ação seja julgada improcedente.

Protesta comprovar o alegado por todas as formas admitidas em direito.

Pede deferimento.

São Paulo, 16 de Junho de 2010.

Marina Magro Beringhs Martinez

Procuradora do Município

OAB/SP n.º 169.314