

## **CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS**

Pátio do Colégio, nº 5 – 5º e 6º andares

01016-040 São Paulo - SP - Brasil

Telefones: (11) 3258-7098 / 3105-3072

## **COMISSÃO EDITORIAL**

Procuradores: Dr. Celso Augusto Coccaro Filho, Dra. Maria Fernanda Raposo de Medeiros Tavares Martins e Dra. Luciana Russo

Bibliotecárias : Israilde Custódio Barros e Maria Emília da Silva Salles Pantalena

Assistente de Gestão de Políticas Públicas : Waltirene dos Santos Tavares Costa

Estagiária: Bianca Mojola do Amaral Gurgel Kiss

Capa

Foto de Militão de Azevedo

Arquivo Histórico do Município de São Paulo

CTP, Impressão e Acabamento: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

### Catlogação na Fonte

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO  
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. São Paulo: CEJUR -  
Centro de Estudos Jurídicos, 2009.

CDD 340.05

CDU 34(05)

ISSN 2175-649X

São Paulo, agosto de 2009

# REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Procuradoria Geral do Município

**PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

Gilberto Kassab

**SECRETÁRIO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS**

Cláudio Salvador Lembo

**PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO**

Celso Augusto Cocco Filho

**COORDENADORA DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS**

Luciana Russo

# APRESENTAÇÃO

O Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Município dá continuidade, com esta 7ª Edição, à “Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo”.

Os dois primeiros artigos, **A Legística e a “filosofia” da lei e Processo Legislativo, Técnica Legislativa e Legística**, para os quais contribuíram os professores Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Dra. Monica Herman Salem Caggiano, abordam com primor a temática do processo legislativo sob uma nova e relevante ótica, a da legística.

A seguir importante reflexão sobre a **Responsabilidade do Advogado Público** é apresentada com excelência pelo Procurador Geral Dr. Celso Augusto Coccaro Filho.

De igual relevo, versando sobre temas que certamente, em muito, contribuirão para a carreira, os artigos dos Procuradores Municipais Dr. Antonio Miguel Aith Neto - **Sanções políticas e a exigência de regularidade fiscal em licitações**, Dra. Maria Sylvia Ribeiro Pereira Barretto - **Direito e sociedade da informação** e Dr. Rodrigo Bordalo Rodrigues - **Réquiem pelo princípio da supremacia do interesse público**.

Finalmente, para a devida e merecida divulgação, os trabalhos jurídicos dos Procuradores vencedores dos prêmios “OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO” e “TRABALHO RELEVANTE DO ANO” do ano de 2007: Dr. Roberto Angotti Junior, Dr. Felipe Antonio Abreu Mascarelli do Departamento de Desapropriações, Dra. Clarissa Marcondes Macéa do Departamento Fiscal, Dra. Denise do Carmo Rafael Simões de Oliveira do Departamento Judicial, Dr. Sérgio Barbosa Junior do Departamento Patrimonial e Dr. Daniel Gaspar de Carvalho do Departamento de Procedimentos Disciplinares.

Espera-se, desse modo, fomentar o aprimoramento profissional e a difusão do conhecimento, enriquecendo assim a carreira de Procurador Municipal, a qual tem grande responsabilidade na efetiva prestação dos serviços públicos.

Luciana Russo

Procuradora Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos

# SUMÁRIO

## DOCTRINA

### *A Legística e a “filosofia” da lei*

Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho..... 13

### *Processo Legislativo, Técnica Legislativa e Legística*

Dra. Monica Herman Salem Caggiano..... 29

### *Responsabilidade do Advogado Público*

Dr. Celso Augusto Coccaro Filho..... 43

### *Sanções políticas e exigência de regularidade fiscal em licitações*

Dr. Antonio Miguel Aith Neto..... 71

### *Direito e sociedade da informação*

Dra. Maria Sylvia Ribeiro Pereira Barretto ..... 77

### *Réquiem pelo princípio da supremacia do interesse público*

Dr. Rodrigo Bordalo Rodrigues..... 85

## PRÊMIOS

### “OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO” - 2007

#### *Réplica à contestação na Ação de Improbidade nº 583.53.2005.029775-0*

Dr. Roberto Angotti Junior ..... 99

### “ TRABALHO RELEVANTE DO ANO” – 2007

#### *Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado pela Municipalidade de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determinou a constrição de rendas públicas nos autos do Pedido de Seqüestro nº 130.850.0/4*

Dr. Felipe Antonio Abreu Mascarelli - Departamento de Desapropriações ..... 139

**Prêmio “ TRABALHO RELEVANTE DO ANO” – 2007**

***Medida Cautelar inominada com pedido liminar em face do Banco do Estado de São Paulo S/A – BANESPA, com o objetivo de ver concedido ao Recurso Especial, interposto nos autos dos Embargos de Declaração nº 1.315.843-5/01, efeito suspensivo.***

Dra. Clarissa Marcondes Macéa - Departamento Fiscal..... 149

***Contestação em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo – Autos nº 583.53.2007.102044-8***

Dra. Denise do Carmo Rafael Simões de Oliveira - Departamento Judicial ..... 165

***Agravo de Instrumento com pedido de efeito ativo nos autos da Reintegração de Posse nº 1221/053.07.121.056-4.***

Dr. Sérgio Barbosa Junior – Departamento Patrimonial..... 197

***Relatório no Processo Administrativo nº 2007-0.195.894-0 – Inquérito Administrativo Especial. Comprovação de exigência e recebimento de vantagem indevida pelo indiciado. Proposta de demissão a bem do serviço público.***

Dr. Daniel Gaspar de Carvalho – Departamento de Procedimentos Disciplinares .....211

# A Legística e a “filosofia” da lei

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa, Doutor pela Universidade de Paris. Ex-professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

## Introdução

1. Ocorre pelo mundo afora uma tomada de consciência de que o valor das leis – valor no sentido de consecução dos objetivos por elas mirados - não depende exclusivamente do procedimento pelo qual as propostas são apreciadas pelo legislador. Até ontem, por assim dizer, só havia preocupação com o agenciamento da iniciativa quanto aos projetos<sup>1</sup>, quanto à sua apreciação pela casa ou, mais comumente, pelas câmaras legislativas, quanto à sua sanção ou veto, quando previstas, quanto à promulgação e publicação dos textos visando à eficácia de suas normas. Isto é, a preocupação se restringia ao processo legislativo que, em Constituições como a brasileira, é pormenorizadamente regulado. Mesmo a apreciação pelas comissões parlamentares ditas temáticas somente passou a merecer a atenção quando o direito constitucional passou a vê-las como eventualmente terminativas do processo de elaboração das leis. Veja-se que a literatura sobre o processo legislativo mal aludia à elaboração dos projetos, como se vê de meu livro *Do processo legislativo*.<sup>2</sup> E, quanto às comissões, apenas recentemente houve uma abordagem a fundo, no livro há pouco publicado, do mesmo título por Paulo Adib Casseb.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Emprego o termo no sentido genérico, abrangendo tanto o que tecnicamente se denomina de projeto, como o que se designa por proposição, sempre evidentemente de lei.

<sup>2</sup> Saraiva, São Paulo, 8ª Ed., 2007.

<sup>3</sup> *Processo legislativo – Atuação das comissões permanentes e temporárias*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008. Foi originalmente tese de doutorado que tive a honra de orientar.

Quanto à elaboração dos projetos, ninguém com isso se preocupava. Supunha-se que todo parlamentar, ou todo corpo administrativo a prepará-los para o Executivo, estava apto a fazê-lo adequadamente. Ademais, supunha-se que o debate parlamentar serviria para melhorá-los. Ignorava-se, outrossim, a eventual interferência interesseira dos grupos de pressão.

Entretanto, de algum tempo para cá, mais cedo nalguns Estados, mais tardiamente noutros, ganhou atenção o fato de que a qualidade dos projetos condicionava - como é óbvio, mas não era apercebido - a qualidade das leis e, em conseqüência, a sua eficácia e a sua efetividade. É a tardia percepção de que, se leis há que não "pegam", ou seja, não ganham efetividade, ou não produzem os efeitos almejados, às vezes, pelo contrário possuem efeitos perversos, isto deriva de sua própria estrutura normativa. Por isso, tomou-se consciência da importância da preparação dos projetos, e, também, embora com menos freqüência, a aferição de seus resultados, a fim de ser levada a cabo a sua correção ou aprimoramento.

Esta conscientização tornou-se mais premente, eis que, em todo o mundo, de modo aberto ou disfarçado, o Executivo legífera. Assim, inexistente quanto aos projetos que edita, seja como leis delegadas, seja como decretos-leis, seja como medidas provisórias, seja como pseudo-regulamentos, a virtude aprimoradora do crivo parlamentar.

Fruto desta conscientização é o desenvolvimento de estudos sobre a elaboração dos projetos, com a prescrição de passos a serem seguidos, de precauções a serem observadas. Estes estudos, a princípio meramente empíricos, vieram a interessar as universidades e o meio científico. Disto, procede o surgimento de uma arte ou ciência - pois a questão é controversa - da *legística*. Quer dizer, das diretrizes para a elaboração de (bons) projetos.

2. Nesta palestra, vou inicialmente dedicar atenção à fase pré-parlamentar do processo legislativo - ou seja, ao tema da elaboração dos projetos, invocando as lições da legística. É isto um tema praticamente novo entre nós.

Na segunda, não vou cuidar da exegese da Seção da Constituição que trata Do processo legislativo. Não foi esmiuçar os diferentes preceitos inscritos nesse ponto, nem comentar cada uma das espécies normativas enunciadas no art. 59. Já o fiz em livro. Acho que isso caberia numa aula

ou num ciclo de aulas, não numa conferência para doutos. Vou, sim, tratar, ainda que muito sumariamente da "filosofia" do processo legislativo. Este é um tema de importância transcendente, pois alcança o Estado de Direito, a separação dos poderes e o próprio sistema democrático-representativo.

### I. O desenvolvimento da *legística*

3. Sem pretender indicar precedência, a questão da elaboração dos projetos de lei está presente nos Estados Unidos ao menos depois da Segunda Guerra. Ela se manifesta no desenvolvimento, sobretudo, em universidades de agências especializadas na elaboração de projetos para uso de membros do Congresso e das Assembléias estaduais, e, mais raramente para os Governos federal e estaduais.

Este trabalho de "*drafting*" implicou a indagação sobre os aspectos a analisar e os procedimentos a seguir. Entretanto, a perquirição não procurou a elaboração de uma ciência, mas contentou-se com o empirismo. Ou seja, a *legística* (termo não empregado pelos norte-americanos) se estabeleceu a nível de arte.

4. O ensino dessa arte em universidades provocou, como era de esperar, o aparecimento de manuais didáticos sobre essa arte. Um dos mais conhecidos é o publicado por Julius Cohen, *Materials and Problems on Legislation*, cuja primeira edição é de 1949.<sup>4</sup> Cohen era professor de direito na *Rutgers – State University*.

O livro distribui-se por seis capítulos.

O primeiro intitula-se "*Gauging the efficacy of proposed legislation*", "*Medindo a eficácia da legislação proposta*". Examina aí a "predição" dos efeitos e propõe que, evidentemente depois da sua edição, seja verificada a acurácia de tal predição.

O segundo, "*Ascertaining the 'meaning' of legislation language*", "*aferrindo o 'sentido' da linguagem da lei*". Este ele enriquece citando um texto do famoso *Justice Felix Frankfurter*, "*Some reflections on the reading of statutes*", publicado na prestigiosa *Columbia Law Review*.

<sup>4</sup> Lido na 2ª Ed., Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1987.



O terceiro, "*The integration of public policy: statutes as principles*", "*A integração da política pública: as leis como princípios*".

O quarto volta-se para o ponto crucial: "*The drafting of Legislation*", "*A redação dos projetos*". Neste, ele inclui o manual em uso no Estado de Nova Jersey, de 1965, bem como um relatório de comissão interministerial publicado em 1936, afora o artigo de Alfred F. Conard, "*New ways to write laws*", publicado na *Yale Law Review*.

O quinto aborda "*The legislative lawyer: obbyst, strategist and advocate*", "*O advogado legislativo: o lobista, o estrategista e o advogado*". Trata nesse capítulo, além do que sugere o título, de procedimentos como os "*hearings*" e de aspectos do que se chama no Brasil de processo legislativo.

No último, analisa "*Problems relating to investigations under Legislative authority*", "*Problemas relativos a investigações pelo Legislativo*", tratando dos limites constitucionais a essas investigações, bem como sobre os controles sobre as comissões que as realizam.

Como se vê, o escopo da obra de Julius Cohen transcende o campo da legística, mas o inclui como um dos aspectos da atuação parlamentar.

6. Na Europa, a legística tem merecido, sobretudo a partir da segunda metade do século passado, grande atenção. Isto certamente é um reflexo da preocupação com a "qualidade da lei", com a "crise da lei" e com a "inflação legislativa" que se manifesta no período. Entretanto, deve-se apontar que a preocupação com a qualidade da legislação é bem anterior. Na Grã-Bretanha, em 1835, o *First Report of the Statute law commissioners* já denunciava a "frouxidão" ("*laxity*") e a "ambigüidade" ("*ambiguity*") dos textos legais escritos, como registra Allen.<sup>5</sup> E vários juristas, de diferentes países, exprimiram queixas semelhantes.

Não ficando na lamentação, juristas contemporâneos se tem debruçado sobre a questão do aprimoramento da "qualidade" da legislação. Destacam-se a propósito autores europeus, como os suíços e alemães e portugueses. Neles, todavia, reponta um elemento ausente dos autores norte-americanos, qual seja, uma preocupação em tratar a legística como ciência.

---

5 *Law in the making*, 7ª Ed., Clarendon Press, Oxford, 1966, p. 364.

7. Por suas relações com a vivência brasileira, dou aos autores lusitanos destaque especial, sobretudo, àquele que mais profundamente se dedicou ao tema – o professor Carlos Blanco de Moraes, autor de um verdadeiro tratado sobre o assunto, modestamente denominado de **Manual de Legística**.<sup>6</sup> Vale assinalar, como o jovem e douto mestre o faz, a contribuição a esse propósito de Gomes Canotilho, em Relatório de 1987<sup>7</sup>, e de Jorge Miranda, que ministrou, no curso de pós-graduação na Universidade de Lisboa em 1997/1998, a disciplina “*Teoria da Lei*” que abordava vários dos temas da *legística*.<sup>8</sup> Foi, todavia, o ilustre Carlos Blanco de Moraes que deu feição definitiva a este curso, ministrando-o em 1998/1999, 1999/2000, já com o título “*Teoria da Lei e Ciência da Legislação*”.

8. Na lição de Blanco de Moraes, a *Ciência da legislação* consiste em “domínio científico do conhecimento, auxiliar da Ciência jurídica, cujo objeto radica no estudo praxiologicamente orientado dos componentes estática e dinâmica do fenômeno normativo público, tendo por fim a sua compreensão e a identificação de soluções que promovam e garantam a validade e a qualidade dos atos normativos”.<sup>9</sup>

Desdobra-se ela em três ramos: 1) a *Teoria da Lei*; 2) a *Teoria da decisão pública*; e 3) a *Legística*.<sup>10</sup> O primeiro inscreve-se na dogmática jurídica e estuda, como quer Canotilho, temas como: 1) a lei como norma jurídica; 2) a acepção de lei; 3) as formas de lei; 4) o valor de lei; 5) as relações da lei no plano da validade e da eficácia; 6) o órgão legiferante e o processo legislativo; 7) os procedimentos legislativos; 8) a concretização administrativa da lei; e 9) os fatores da crise da lei.<sup>11</sup>

O segundo é a aplicação da teoria da decisão à Ciência da Legislação. Por isso, há de abordar temas como 1) as concepções de decisão – intervencionista, clausurada, registral; 2) a acepção de decisão legislativa; 3) isto no contexto das políticas públicas; 4) as condições subjetivas – perfis do decisor; 5) as condições objetivas da decisão – composição do órgão, relações de liderança etc.

6 Ed. Vento, 2007.

7 *Ob. cit.*, p. 32.

8 *Id.*, *ibidem*, p. 74.

9 *Id.*, p. 58.

10 *Id.*, p. 66.

11 *Id.*, p. 67.

O último, a legística que interessa mais de perto a esta palestra, é, numa acepção ampla, o “ramo da Ciência da Legislação que se ocupa do estudo dos conhecimentos, dos métodos e das técnicas destinadas a assegurar, em sede de concepção, elaboração e controlo dos efeitos normativos, a qualidade, validade e praticabilidade do texto e do conteúdo prescritivo da lei”.<sup>12</sup>

Apresenta a seu turno três ramos. A Legística material, a Legística formal e a Legística organizativa.

A Legística material “(domínio metódico e procedimental interno) procura assegurar que a concepção da lei observe requisitos de qualidade e de validade que lhe permitam preencher, adequadamente e com eficiência, os seus objetivos operacionais”.<sup>13</sup>

A Legística formal “(domínio técnico e sistemático) estuda os critérios de comunicação legislativa, de modo a melhorar a compreensão e identificação da norma legal vigente, através de uma adequada redação, sistematização, simplificação e acesso aos textos legais”.<sup>14</sup>

A Legística organizativa “(domínio da ‘governance’ normativa) ocupa-se do estudo do modelo de gestão pública da qualidade dos programas legislativos, passível de ser adotado pelos órgãos legiferantes”.<sup>15</sup>

Acrescente-se que o Mestre português não deixa de enfatizar aspectos, como o da linguagem dos projetos que deve ser simples, clara, adequada e precisa, além da indispensável coerência do texto.<sup>16</sup> Aponta igualmente a importância da avaliação prospectiva do impacto das normas<sup>17</sup>, bem como da aferição retrospectiva dos efeitos produzidos<sup>18</sup>, esta para a correção de eventuais defeitos do diploma normativo.

9. Relata Blanco de Moraes, por outro lado, que o Regimento do Conselho de Ministros lusitano, aprovado pela Resolução nº 64/2006,<sup>19</sup> dedica um capítulo ao “Procedimento legislativo”, no qual se integra uma seção sobre a “Elaboração de projetos” e outra sobre a “Avaliação prévia

---

12 *Id.*, p. 70.

13 *Id.*, p. 70.

14 *Id.*, p. 70.

15 *Id.*, p. 70.

16 *Id.*, p. 527 e s.

17 *Id.*, p. 342 e s.

18 *Id.*, p. 463 e s.

19 *Id.*, p. 463 e s.

de impacto".<sup>20</sup> A este Regimento segue-se um Anexo sobre as regras de legística a serem observadas na elaboração de atos normativos.<sup>21</sup> Nele, integra-se um capítulo sobre a legística formal em que são apontadas normas quanto à linguagem (que há de ser simples, clara e concisa, evitando-se, a bem da precisão, os conceitos indeterminados).<sup>22</sup> Enfim, ele aponta haver em Portugal um Programa "Legislar melhor", o que indica a preocupação com a (boa) legislação.<sup>23</sup> Neste, inscreve-se um questionário para preparar a decisão quanto a elaboração do ato normativo, sua forma e alcance.

10. No Brasil, ainda não são numerosos os estudos sobre a disciplina científica da *legiferação*. Deve-se citar como pioneiro o trabalho de Carlos Coelho de Miranda Freire, *Teoria da Legislação - aspectos materiais*<sup>24</sup>, originalmente tese de doutorado que tive o prazer de orientar na Faculdade de Direito da USP. Este desenvolve temas originais na doutrina brasileira, como uma "teoria da legislação e controle social"<sup>25</sup> e "a criação de uma nova teoria dogmática do direito: a teoria dogmática retroalimentativa".<sup>26</sup>

Também é de justiça mencionar a contribuição para o equacionamento legal do tema do homem público paulista, José Henrique Turner, que como chefe da Casa Civil do Governo de São Paulo, primeiro, depois como Deputado Federal, muito se bateu pela adoção de normas visando ao aprimoramento da "qualidade das leis". É ele um dos inspiradores, senão o principal de todos, da inclusão no texto constitucional de 1988 do parágrafo único do art. 59, preceito este que impôs no país o desenvolvimento da legística.

11. Está, com efeito, nesse parágrafo único do art. 59: "Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis".

Constitui ela a base de toda a legística brasileira. Sim, porque, dada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a simetria na organização dos entes federativos, aí incluído o processo legislativo ela não se aplica apenas ao plano federal, mas também ao estadual e municipal.

---

20 Id., p. 646.

21 *Id.*, p. 651 e s.

22 *Id.*, p. 653 e s.

23 *Id.*, p. 657 e s.

24 João Pessoa. Ed. União, 1982.

25 P. 59 e s.

26 P. 89 e s.

12. A lei prevista já foi editada. É a Lei complementar nº 95/1998, que hoje vigora com alterações introduzidas pela Lei complementar nº 107/2001.

Dela, alguns pontos merecem ser destacados, por concernirem a aspectos capitais da legística.

O primeiro ponto, numa ordem de importância, está no art. 7º, onde é determinado, entre outros, que, "excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;", que, assim, "a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;", bem como "o mesmo assunto não (poderá) ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa".

Lamentavelmente, é esse ponto freqüentemente contrariado pela legislação, sem que isto acarrete qualquer consequência, salvo dificuldades para o operador do direito... Com efeito, a jurisprudência considera a referida Lei Complementar nº 95 uma *lex imperfecta*, portanto, sem sanção.

O segundo inscreve-se nas técnicas de elaboração. É a determinação de que a lei seja estruturada em três partes básicas: parte preliminar, parte normativa e parte final (art. 3º). A parte preliminar compreende "a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas". Trata-se, pois, como que de uma introdução aos comandos normativos. Estes constituem a segunda das partes mencionadas. Aí é que está, materialmente falando, a lei propriamente dita. A última é de caráter complementar. Nela, inserem-se "as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber."

Outro ponto a salientar consiste em prescrições acerca do texto do projeto. Reclama uma redação "com clareza, precisão e ordem lógica" (art. 11). Explicita a esse propósito recomendações, que merecem ser transcritas:

"I - para a obtenção de clareza:

- a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
- b) usar frases curtas e concisas;
- c) construir as orações na ordem direta,

evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; g) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões 'anterior', 'seguinte' ou equivalentes;

III - para a obtenção de ordem lógica:

a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens."

13. No plano federal, a Lei complementar citada foi regulamentada pelo Decreto nº 4.176/2002. Este praticamente repete o texto da referida Lei, aí incluídos os pontos acima destacados, mas acrescenta outros que devem ser registrados.

Um deles é prescrever normas especiais para a elaboração de projetos sobre direito penal, direito tributário e direito processual, bem

como sobre decreto autônomo e decreto regulamentar de lei, ou medida provisória (arts. 10 a 17 e 39). Assim, acena com a necessidade de se levar em conta as peculiaridades dessas matérias.

Outro versa a tramitação de propostas de projetos de lei no âmbito do Executivo (art. 37). Exige que essas propostas sejam enviadas à Casa Civil, acompanhadas de “notas explicativas e justificativas da proposição”, do “projeto do ato normativo”; e de “parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a legalidade e a regularidade formal do ato normativo proposto, elaborado pela Consultoria Jurídica ou pelo órgão de assessoramento jurídico do proponente.” Encarece que, se a proposta “tratar de assunto relacionado a dois ou mais órgãos (deva ser) elaborada conjuntamente”.

Enfim, visando à racionalidade na elaboração legislativa, edita um questionário, que deve ser levado em conta, na elaboração de projetos. Por meio dele, fica muito claro o propósito de evitar propostas desnecessárias, inconvenientes, prejudiciais, bem aponta aspectos jurídicos a serem considerados, mormente questões relativas à repartição de competências. Igualmente, manda sejam tidas em consideração se as normas propostas afetam os direitos fundamentais, bem como explicita indagações pertinentes a matérias específicas, direito penal, direito tributário etc. E não dispensa a indagação sobre o eventual aumento das despesas públicas.

Ainda no plano federal, mencione-se que existe um

***Manual de redação da Presidência da República***, elaborado sob a direção de Gilmar Ferreira Mendes e Nestor José Forster Júnior.<sup>27</sup> Neste, desdobram-se as normas relativas à elaboração legislativa, assim como, com caráter didático, se recomendam modos de redigir (e de não redigir) e apontam-se regras gramaticais e de pontuação. Depreende-se do que foi exposto, haver no Brasil, no plano federal, uma legística que, se não é ainda completa como seria desejável cientificamente falando, já é desenvolvida, ao menos no sentido restrito de conjunto de preceitos referentes à redação de projetos de atos normativos.

Falta essencialmente um aprimoramento quanto à avaliação prospectiva do impacto das normas – o que freqüentemente é deixado no nível das suposições ou do *wishful thinking*, com uma aferição objetiva de caráter retrospectivo. O modelo português talvez merecesse ser seguido.

27 2ª ed. rev. e atual. – Brasília : Presidência da República, 2002.

## II. A “filosofia” do processo legislativo.

14. Examinando em profundidade o processo legislativo, salta aos olhos que ele está intimamente relacionado com elementos fundamentais do constitucionalismo, quais sejam o Estado de Direito, a separação dos poderes, ao próprio regime democrático representativo e obviamente à concepção da lei e do Direito. Estas seguramente não são hoje as mesmas que presidiram o nascimento do sistema ainda hoje o mesmo em linhas gerais.

De modo sumário, e evidentemente superficial, vale neste passo formular algumas considerações a esse respeito.

15. Comece-se pela concepção de lei. Esta, nos primeiros passos do constitucionalismo, deveria reger o que fosse do interesse da todos, exprimindo o tratamento justo das relações de cada um com os demais integrantes da comunidade. Seria assim um padrão de condutas permanentes, ou ao menos duradouras. O seu único e essencial objetivo – enfatize-se – seria a justiça nas relações inter-individuais. Por isso, poucas seriam as leis necessárias a uma comunidade. Leis, cujo estabelecimento deveria ser debatido em profundidade, sem que importasse o tempo consumido.

Esta idéia ajusta-se a uma concepção do Direito, que se manifesta especialmente nas Declarações do século XVIII. Ele decorreria da natureza das coisas, assim não dependeria da vontade humana, exceto quanto à sua declaração, que se faria pelo processo legislativo. Lembre-se que Montesquieu, logo na primeira página do *Espírito das Leis*, caracteriza as leis como “as relações necessárias que decorrem da natureza das coisas”.<sup>28</sup> E está nessa obra o esquema básico do processo legislativo, segundo o qual a lei resulta da conjunção da *faculté de statuer* - faculdade de estatuir, criar normas - do Legislativo com a concordância do Executivo quando não exerce a *faculté d’empêcher* – ou seja, o veto<sup>29</sup>.

16. A concepção da lei como declaração do justo sofreu ainda nos primeiros passos do constitucionalismo um desvio. Foi este propiciado pela famosa afirmação “a lei é a expressão da vontade geral”, inscrita no art. 6º da Declaração de 1789.

28 Livro I, cap. 1º.

29 Livro XI, cap. 6º.



Esta colocação enseja o voluntarismo, ou seja, é lei o que, por seu arbitrio, quiser o legislador. Certamente, não era esse o alcance que tinha em Rousseau, a sua fonte, mas foi o entendimento geralmente assumido.<sup>30</sup>

Isto serviu ao desenvolvimento do positivismo jurídico, identificando-se o direito com o direito positivo, a lei com a normação positivada pelo legislador.

Reduziu-se então o ideal do Estado de Direito ao formalismo, permitindo que o autor da lei tenda à onipotência. E a lei, ontem sagrada, permanente como o justo, tornou-se objeto de irrisão – a lei, ora a lei - desvalorizada e cambiante.

Um outro desdobramento desse voluntarismo é o surgimento de leis que não visam a exprimir uma visão, qualquer que seja do justo, mas são meros instrumentos de políticas governamentais. E esse fenômeno, combinado com o intervencionismo do Estado-providência, desencadeou a multiplicação de leis – uma inflação legislativa, já se observou.

Ocorre atualmente uma reação contra isso, em nome de um pós-positivismo. Este tende a quebrar o monopólio da lei quanto à expressão do direito, mas lhe falta um ponto de partida sólido e estável, uma visão do Direito como Justiça.

17. Na separação dos poderes, por outro lado, a lei positiva é a pauta da conduta governamental. Na visão tradicional e jurídicista, o Executivo age segundo a lei, o Judiciário julga conforme a lei. Assim, o principal dos poderes é o Legislativo, porque faz a lei. Tal posição a quiseram os positivistas e ainda hoje é pleiteada por muitos idealistas.

O primado do Legislativo, nítido na alvorada do constitucionalismo, alicerçava-se num elemento político. Num momento em que, fora dos Estados Unidos, caso excepcional, o Executivo era o monarca, com seus ministros, era o Legislativo o poder representativo por excelência. Era o poder emanado da nação, ou, como se veio a preferir, com a consagração da ideologia democrática, o poder emanado do novo soberano, o povo.

A prevalência desta visão trouxe – na Europa, ainda na liderança das nações – o parlamentarismo. Com este, o Executivo passou a ser ema-

---

30 *Contrato Social*, Livro II, cap. 3º.

nação do Legislativo, dependente da confiança deste. Logo veio a constituir-se por um gabinete, órgão coletivo formado pela maioria parlamentar.

Este fenômeno ganhou incremento com o desenvolvimento dos partidos e a generalização, depois a universalização do sufrágio. Decorrência disto foi a democratização do Executivo, que tanto como o Legislativo passou a ter raiz, em última instância, na decisão do povo. Mais, como expressão da maioria parlamentar, tornou-se ele naturalmente a cabeça desta maioria, a cúpula política do Estado.

Ora, esse Executivo, mormente quando as crises econômicas o impeliram ao intervencionismo, fez-se Governo. Como tal, para desempenhar suas novas tarefas, no quadro formalista o Estado de Direito, quis fazer a lei. E passou a fazê-la, primeiro disfarçadamente, depois abertamente. É essencialmente esse o quadro que põe o Governo como principal fonte da legislação e até como editor de leis, pudicamente chamadas, seja de decretos-leis, seja de medidas provisórias. Leis que deveriam restringir-se à instrumentalização dos objetivos das políticas governamentais, mas que tendem a estender-se por todos os campos da regulação jurídica. É evidente, porém, que o poder legiferante do Executivo há de ser controlado, preferivelmente, *a priori*, como o é no caso da lei delegada, do que limitar-se a um exame *a posteriori*, muitas vezes já superado pelos fatos, como o é na medida provisória.

A separação dos poderes, entretanto, na versão clássica feneceu. No máximo, sobrevive uma distinção de poderes, com a inequívoca e inexorável preponderância do Executivo-Governo.

18. Insista-se nalguns pontos. A origem democrática do Executivo-Governo o legitima à prevalência no processo legislativo. Mais, a ambiciosa missão contemporaneamente atribuída ao Estado, que se espelha no intervencionismo, reclama que tenha o poder de fazer as leis necessárias à consecução dentro de uma perspectiva de Estado de Direito. As leis-instrumento não podem ter origem senão nele.

Disto, porém, não resulta dever tal poder seja absoluto, isento de controles, quando possível preliminarmente, e, sempre, no *a posteriori*. Para tal controle, são necessários contrapesos, contra-poderes, e para isto são talhados, no aspecto político os Parlamentos, no aspecto jurídico os tribunais. Um regime de liberdade exige, portanto, não apenas eleições livres para a escolha dos governantes, mas também controles

efetivos, pontuais e globais, sobre a atuação destes. Insensivelmente, quiçá, marcha-se para isto.

É preciso, porém, separar o justo do político. O poder do Governo não pode estender-se ao domínio do justo, nem o mesmo processo de legislação deva servir a essas duas finalidades. Certamente, é muito difícil distinguir em casos concretos o que de justiça e o que é de política, mas tal diferenciação deve estar presente na institucionalização estatal.

19. Na atualidade brasileira, na definição do direito prevalece o Executivo, não o Legislativo, contudo avança também nesse campo o Judiciário. Não está aqui uma grande novidade, pois já os juristas clássicos apontavam a jurisprudência dos tribunais como fonte do direito. Nem se trata de fenômeno local, pois manifesta-se pelo mundo afora, notadamente onde se instaurou a Justiça constitucional, e/ou se fez presente a judicialização da política.

Tal legislação judicial é, sem dúvida, estimulada no Brasil por disposições da Constituição de 1988. Por um lado, pela ação de inconstitucionalidade por omissão (menos) e pelo mandado de injunção, que impelem à edição de normas a fim de colmatar omissões legislativas, por outro, pela multiplicação de princípios cogentes que enuncia.

Traz ela consigo dois problemas, pelo menos. Um, o abalo à segurança jurídica. De fato, se, por exemplo, a legalidade está no mesmo plano do que a eficiência, difícil, difficilimo, torna-se antecipar a conduta que há de ser "legal" num momento, ou numa dada matéria.

Outro concerne à democracia. Realmente, não sendo os juizes eleitos pelo povo, não podem invocar a legitimidade democrática. Esta possuem os eleitos para o Executivo e para o Legislativo. Assim, quando o juiz sobrepõe, salvo na hipótese de lacuna, à lei a sua maneira de conceber um princípio está sobrepondo a aristocracia (do saber) à decisão democrática. Isto torna-se abusivo quando diz respeito a políticas públicas, pois – até a designação o sugere – devem ser decididas pelos poderes políticos – Executivo e Legislativo.

#### *Observações finais.*

20. Concluindo esta palestra, vale sublinhar alguns pontos de ordem geral.

Um é o registro de que, no quadro atual, é inexorável e inafastável o predomínio do Executivo-Governo no processo legislativo. Não leva isto a justificar instrumentos como as medidas provisórias, mas recomenda as leis delegadas em seu lugar.

Tal fato, porém, não dispensa um rigoroso controle sobre essa atuação no plano legislativo por parte da representação popular e do Judiciário, cada qual de seu ângulo.

Não é recomendável, por outro lado, que às regras se sobreponham princípios, que ensejam a subjetividade e põem em risco a segurança jurídica. Ademais, a sobreposição judicial dos princípios às regras legais contraria a democracia.

Certamente, os pontos salientados indicam a necessidade de um reequacionamento da separação dos poderes, de uma nova fórmula, mais adequada do que a clássica aos tempos que correm.

21. Em termos relativos especificamente às leis, certamente é impositiva a melhoria de sua qualidade. Por esta entendendo-se, de um lado, sobretudo a clareza e precisão de seus termos, de outro uma avaliação acurada de seus efeitos potenciais.

Nesta tarefa de aprimoramento, ganha importância a legística, que pode para ela muito contribuir, dando índole científica à velha arte de legislar.

SP, novembro 2008.

# **Processo Legislativo, Técnica Legislativa e Legística**

Monica Salem Herman Caggiano

---

Professora Associada de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Presidente da Comissão de Pós-Graduação – CPG/FDUSP. Professora titular de Direito constitucional e Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Empresarial da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procuradora Municipal do Município de São Paulo (1972/1996). Consultora Jurídica.

## **I.- A Legalidade.**

### **O governo das leis e não dos homens**

Em todas as épocas e em todos os momentos da longa história da humanidade vislumbra-se a acentuada preocupação dos homens com a liberdade individual, o ir e vir, o livre pensar, a livre manifestação das idéias, enfim com a possibilidade de o ser humano ser ele mesmo, na sua essência e, notadamente, no tocante às amplas possibilidades de manifestar sua presença no mundo. Sintetizando este pensamento a célebre ponderação de MONTESQUIEU, no sentido de que *"a liberdade é o bem do qual depende a fruição de todos os outros"*.<sup>1</sup> Ao longo deste percurso, pois, fórmulas, receitas e mecanismos para a preservação da liberdade individual diante do poder, da autoridade, tem se apresentado como um exercício do cotidiano dos filósofos, cientistas, políticos, enfim da humanidade.

Reflexo desta intensa e perseverante inquietação, emerge o **princípio da legalidade** repousando exatamente sobre a contraposição entre **o governo das leis** – em que os governados se encontrariam despro-

---

<sup>1</sup> Montesquieu anotou nos seus "Cahiers" a qualificação da liberdade como *"ce bien qui fait jouir des autres biens"*. (édition: Grasset, 1940)

tegidos e totalmente subjugados ao arbítrio dos governados – e o **governo das leis**, panorama que, ao invés, viria a subordinar o poder, os governantes, à lei. Esta ofereceria o suporte a legitimar a titularidade do poder e, concomitantemente, limitar o poder dos governantes, que, nessa moldura, atuariam cingidos a um conjunto de normas, sempre com fundamento e motivação no Direito. A par disso, o enunciado da **legalidade asseguraria** aos governados, i.é, à sociedade, o conhecimento prévio da extensão e dos limites impostos à autoridade, aos órgãos governantes.

A fórmula da **legalidade**, pois, tem a sua origem e evolução pautada na impositiva necessidade de um determinado nível de **certeza e de segurança jurídica** para a vida na comunidade social. Mais ainda, na sua composição, detecta-se a idéia de **igualdade perante a lei**, tese que não era ignorada na antiguidade. É na antiga Grécia, que Heródoto lança os conceitos de *isonomia* (o tratamento igualitário a ser outorgado pela lei), da *isogoria* (a participação isonômica nos negócios públicos) e da *isocracia* (participação de todos no pólo do poder)<sup>2</sup>.

Pois bem, preordenado a restringir, mediante normas, condutas arbitrárias e abusivas dos governantes, o **conceito de legalidade expandiu-se**, ampliando o seu espectro. Passou a incorporar outras receitas de limitação do poder político, servindo, inclusive, de núcleo central na composição dos diferentes mecanismos. Nessa linha, cumpre lembrar o modelo inglês, a ostentar a célebre concepção da *"rule of law"* e, mais tarde, o advento do modelo germânico do *"Rechtstaat"* que conquistou o mundo sob o rótulo de **Estado de Direito**.

Contudo, não é qualquer lei a atender ao **imperativo de legalidade**. Há requisitos e estes demandam um corpo normativo legitimado para a sua criação; um procedimento previamente estabelecido e conhecido para a sua confecção; o caráter geral e abstrato, rejeitando-se a norma direcionada a grupos e classes determinadas, o que violaria, inclusive, a isonomia tão decantada pelos gregos. Um conteúdo de fácil compreensão e aclimatado às expectativas da sociedade a que se dirige. **A lei**, na sua concepção clássica, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, deve ser produto *"do Poder Legislativo, que é pelo menos, parcialmente, de caráter representativo"* e *"em sua substância, é a expressão da vontade nacional, manifestada*

2 No denominado século de Péricles (495-429 a.c.), Heródoto, conhecido como pai da história e da política.

pelos representantes, que se identifica com a vontade geral<sup>3</sup>, ou seja, com os imperativos da Razão".<sup>4</sup>

Sob o impacto dos ensinamentos de Locke e diante da obra de Montesquieu que procedeu a um **esforço de sistematização**, oferecendo ao mundo uma nova **concepção do poder**, por intermédio da teoria da separação de poderes, e reorientando a sua **organização**, com fundamento na idéia de soberania, a **lei** passa a ser produto exclusivo do Parlamento, do Poder Legislativo, a Casa de representação popular, porquanto, adverte, ainda, FERREIRA FILHO, "...os homens, por serem livres, deveriam governar-se a si próprios.." como um "imperativo da natureza das coisas".<sup>5</sup>

A legalidade alastra-se, avançando até o começo do século XX com forte evidência da **postura de supremacia** do Parlamento. E o Poder Legislativo, constituído por representantes do povo, como "**poder supremo**"<sup>6</sup>, passa a dominar este panorama, sobrepujança que – o próprio Barão de La Brède et de Montesquieu já preconizava – se elevada a uma potência exagerada, poderia tornar-se lesiva. Nessa esteira a observação de Carré de Malberg, *Este*, ao comentar a teoria de Montesquieu – que influenciou todo o pensamento revolucionário e concebeu a idéia que passou a comandar como princípio o direito público moderno francês, isto é, a *preponderância e a supremacia da lei e do poder legislativo*, adverte para a realidade constitucional a dominar o século XVIII: "os constituintes de 1791 não se deram conta da contradição ao declarar, de uma parte, a igualdade dos três poderes e sua independência e, de outra, subordinando ao poder legislativo o executivo e o judiciário"<sup>7</sup>

3 A vontade geral é conceito delineado por Jean Jacques Rousseau, no seu *Contrato Social*, livro II, Capítulo IV, onde o ilustre genebrino expõe o seu conceito de lei que deveria corresponder à vontade geral e versar matéria geral, in verbis: "...a matéria sobre a qual se estatui é geral como a vontade que estatui. É este ato que eu chamo de lei".

4 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, São Paulo, Saraiva, 5ª ed., 2002, p. 70.

5 *Id.*, p. 63. Ver ainda a teoria de John Locke, exposta no *Tratado do Governo Civil*, para quem a lei vem a ser identificada pelo órgão emissor (Poder Legislativo) cuja ausência implicaria na falta de um elemento necessário à sua configuração, qual seja, o consentimento dos governados, e pelo seu conteúdo (a subordinação ao Direito natural e à razão) e invalidava qualquer norma que não atendesse esta exigência. No magistério de Locke (que preconizava a partilha do poder entre Legislativo, Executivo e Federativo), o Poder Legislativo emerge como poder supremo, o principal dos poderes, pois cabe a ele assegurar a todos a possibilidade de usufruir "dos próprios bens em paz e segurança". É isto só seria alcançável por força da lei. Decorrencia natural, a recomendação de que este Poder Legislativo não se confundisse com o Poder Executivo e nem com o Federativo, podendo estes dois últimos encontrarem-se reunidos num só órgão. Já a fórmula de Montesquieu propõe a partilha entre três diferentes órgãos, ponderando: "Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois, pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente" (*Do Espírito das Leis*, Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marliata Rodrigues, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1962, p. 181.)

6 Nesse sentido, o magistério de John Locke (v. nota 5) que é apontada na parcamente análise de FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, no seu *Do Processo Legislativo*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 149.

7 CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoria Geral Del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 783. Neste sentido, é de lembrar que três são as constituições que adotaram de forma pura a teoria da separação de poderes: as Constituições francesas de 1791 e de ano III (25 de agosto de 1795) e a Constituição norte-americana, de 1787.

No seu movimento expansionista, a noção de legalidade atinge novas dimensões. A par de afastar sua conotação de mera propriedade do Direito, inerente a qualquer ordem jurídica, pois nem todo Estado opera por via de uma ordem jurídica positiva que atenda ao modelo de Estado de direito, a **concepção da legalidade** passa a **incorporar o elemento democrático**, impondo que a produção normativa se realize a partir da livre manifestação e participação dos povo – dos governados – expressa por intermédio de eleições livres e competitivas dos representantes/governantes.<sup>8</sup>

## II.- Os Parlamentos.

### Crise do Legislativo.

No entanto, esse quadro em que o Parlamento desponta como superpotência em cenário político, o conduz, paradoxalmente, a uma flagrante fase de decadência; isto, a partir do agravamento das crises econômicas e políticas, em períodos agudos como os identificados pelos dois conflitos bélicos mundiais e diante do avanço da ideologia de nuances comunistas, principalmente na Europa leste, que imprimiu um clima crônico de tensão no mundo com a histórica etapa identificada como a da *"guerra fria"*. Neste panorama, as assembleias representativas perdem gradativamente o prestígio e vêem-se despojadas da sua tarefa de maior relevância – a de produzir a lei.

Para o estágio de senilidade e, até mesmo, pré-falimentar que atingiu os Parlamentos diversos e diversificados fatores colaboraram. De forma particular, no entanto, pode-se afirmar a contribuição expressiva do próprio **sistema parlamentar de trabalho** que lhe é peculiar, envolvendo discussões e debates infundáveis entre correntes, agora de difícil conciliação. Esta receita não mais atendia às exigências de uma sociedade conturbada pelas guerras, crises econômicas e permanente estado de alerta entre os Estados. E, a essas novas demandas, o Parlamento não lograva atender de forma satisfatória.

Passa o Legislativo, destarte - quase como espectador - a observar suas funções sendo transportadas para um Executivo dinâmico, técnica-

<sup>8</sup> Ver neste sentido DIAZ, Elias, *Estado de derecho: exigências internas, dimensiones sociales*, Espanha, Sistema, 1995.



mente de elevado preparo e extremamente ágil no oferecimento de medidas sanatórias<sup>9</sup>. Impacta o mundo a emergência do **Bloco Executivo/Legislativo**, uma verdadeira sutura a vincular o Poder Legislativo ao Executivo, independentemente da estrutura constitucional conferida ao poder político no âmbito do Estado, com exacerbada preponderância do Poder Executivo a dominar o cenário da tomada das decisões políticas e reconduzindo o Legislativo a um estado de letargia, um estágio pré-falimentar.

Esta *paralisia* parlamentar - como vem a ser denominado, por *Manoel Gonçalves Ferreira Filho*<sup>10</sup>, este estágio de inanição - foi, entretanto, o fator que, a partir dos anos 60, do século passado, orientou políticos e juristas, sensibilizados ante à fragilidade desse órgão - que já ocupou a posição de superpotência a que fora erigido pelos revolucionários franceses - a buscar um reposicionamento do papel e das atribuições do Parlamento no Estado contemporâneo<sup>11</sup>.

Enfim, é no território deste estudo comparativo que, de maneira muito lúcida, coloca-se a indagação, a inquietar os juristas desde os anos 60, acerca da espécie de remodelação que se impõe para a retomada, pelo parlamento, de uma posição de destaque no cenário político e para o aprimoramento da democracia representativa. Qual a função a priorizar? **Robustecer a atividade de controle sobre a atuação governamental? Remodelar o processo legislativo?** São preocupações que passaram a impor uma análise cautelosa, tendente a preordenar o lugar e o papel das assembleias representativas no panorama dos sistemas políticos contemporâneos.

Superado o período de letargia, há um novo foco de luz a envolver a atividade parlamentar e a ressuscitar a imposição de um debruçar mais atento sobre a sua atuação. Quer nos sistemas parlamentaristas, quer em

9 Reflexo deste estágio de dormência a própria expulsão da disciplina "Direito Parlamentar" dos currículos universitários. Ao longo do século XX, esta passa a ser encarada como um campo de menor interesse no tocante ao seu exame por juristas, políticos e analistas. E, mais que isto, a própria confecção das constituições denota, quanto à posição geográfica da matéria, a preponderância do Executivo sobre o Parlamento. Esta, na primeira das constituições francesas vinha cuidada nos primeiros capítulos. A Constituição de 3 de setembro de 1791 lhe dedicava o Primeiro e o Terceiro dos Capítulos do seu Título III (*Dos Poderes Públicos*), reservando o Segundo ao Reino e ao Rei, sendo que a atual, promulgada em 4 de outubro de 1958, cuida num primeiro plano da figura do Presidente da República - Título II - para vir a tratar do Parlamento apenas no seu Título IV. No panorama doméstico, brasileiro, todavia, embora presente e bastante acentuada a fase cuspicular do Legislativo, na topografia constitucional esta ocupou sempre posição preminente no tratamento do Executivo (Examinadas as Constituições brasileiras (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 com a sua Emenda n. 1 de 1969, a atual de 1988) verifica-se, efetivamente o posicionamento do Poder Legislativo antes do Executivo, o que, na realidade, não significa que entre nós não tenha sido constatado o fenômeno do declínio da figura do Parlamento). Ver a nosso *Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*, Barueri, Manole, 2004.

10 *Do Processo Legislativo*, op. cit., fls. 123.

11 Assim é que, em 1981, a Union Interparlementaire publica "*Parlements*" - um estudo comparativo de *Michel Armelet*, com prefácio de *André de Blansy*, Secretário Geral da Union Interparlementaire e *G. Codaacci-Pisanelli*, Presidente do Centro Internacional de Documentação Parlamentar, onde vem espelhada a preocupação com o futuro dessa instituição e sua aclimação a um mundo de aceleradas transformações e sempre renovadas demandas.

ambientes presidenciais ou, ainda, nos quadros híbridos, o Parlamento, hoje, é presença constante no mundo da política, **em razão da sua natureza representativa**, de suas atividades de controle, financeiras e orçamentárias ou, até mesmo, da produção legislativa. Não merece ser ignorado ou marginalizado. É instituição importante e de relevo na atmosfera estatal, reconquistando o seu espaço, como denota, **até mesmo, o processo de redemocratização** presente no território africano e no leste europeu, que tem sido iniciado sempre com a convocação de eleições para a composição do respectivo Parlamento e a este tem se oferecido uma estrutura e organização atendendo aos mais modernos figurinos.

Note-se, todavia, que este desenvolvimento e o ressurgir dos Parلامentos em cenário político não trouxeram qualquer espécie de melhora no tocante à **imagem do político que continua em franco desprestígio**. No Brasil, pesquisa realizada pelo IBOPE, a pedido da Confederação Nacional das Indústrias, **revelava o baixo índice de interesse da população pelo cenário eleitoral**. Esse estado de apatia afigura-se mais preocupante ainda diante da questão lançada quanto ao candidato que o eleitor tinha sufragado no último pleito, indagação a que 75% dos entrevistados não conseguiu responder.<sup>12</sup>

De outra parte, as duas últimas décadas do século XX apontam um extraordinário avanço do teorema democrático, trazendo embutida a remodelação da velha e clássica teoria da separação de poderes. Penetra-se no mágico mundo da **justiça constitucional**. Isto porque a **idéia do controle de constitucionalidade** vêm se apresentar como meio hábil à **manutenção do equilíbrio nas inter-relações sociais e para a preservação da segurança jurídica**<sup>13</sup>.

Surpreendentemente, talvez efeito colateral desta paralisia do Poder Legislativo, inaugura-se o século XXI sob o impacto do fenômeno da **politização da Justiça** ou a **juridicização da política**, que se materializa pelo deslocamento da decisão política para a sede do Poder Judiciário, este vindo, inclusive, a assumir, na sua plenitude, *"la faculté d'empêcher"* e, mais recentemente no Brasil a própria *"faculté de statuer"*, reservada na doutrina clássica ao Legislativo.

12 Conforme pesquisa publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 5.08.1998, p. A 4.

13 A doutrina da segurança jurídica se fortalece sob o impacto da *"jurisdição constitucional"*. Ademais, essa teoria ganha novos contornos e nova consistência no panorama europeu, tema tratado no nosso *Legislação Eleitoral e Hermenêutica Política X Segurança Jurídica*, Benetti, SP, Manole e Centro de Estudos Políticos e Sociais – CEPEs, 2006.

O Poder Judiciário, nesta nova missão, assume, de certo, papel diferenciado. Uma outra perspectiva, uma outra dimensão. Como tarefa passa a incorporar, a **função de orientação**. De uma **justiça constitucional defensiva** aporta, no século XXI, na configuração de uma **justiça constitucional de orientação**<sup>14</sup>. Reflexo direto do avanço e da expansão da doutrina do controle de constitucionalidade e sua presença nos textos Constituintes, até como arma de defesa e preservação da qualidade democrática, o Poder Judiciário se investe de uma função normativa estendida, que, se sob o comando do Bloco Executivo/Legislativo, era praticada pelo Executivo, e que passa, agora a se integrar nas tarefas do Judiciário. Esta realidade foi dado ao espectador verificar no espectro eleitoral, campo que se testemunhou uma efetiva revolução, a exemplo da mítica **Reforma Política** – que, diante da postura de letargia do Poder Legislativo – foi **parcialmente cumprida pela interveniência do Judiciário**<sup>15</sup>.

Daí o interesse em examinar as facetas de maior vulnerabilidade desta instituição, o Parlamento, e em desvendar instrumentos que possam vir a assegurar operabilidade e credibilidade ao representante do “*demos*”, ao titular de assento parlamentar ou aos que ocupam postos decisórios, aos *decision maker bodies*, porque deles dependerá a estabilidade governamental e a realização da democracia.

### III.- O Processo Legislativo e Legística

Em verdade, um dos pontos de maior dramaticidade na feitura da lei aloja-se exatamente na fórmula utilizada para a sua elaboração. Ilustrativa, nesse sentido, a nota do general de Gaulle sobre o **esfacelamento da Assembléia francesa**, que atribuía a **“uma espécie de moroso mecanismo que agora rege as assembleias”**.<sup>16</sup>

Ora, este **moroso mecanismo** de confecção consiste justamente no sensível, prolongado e complexo **processo legislativo**, ou – como o

14 Não é outra, nos parece, a posição do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em pronunciamento sobre *Os Efeitos das Decisões de Inconstitucionalidade: Técnicas de decisão em sede de Controle de Constitucionalidade*, palestra proferida no dia 03 de junho de 2005, na Escola Superior de Direito Constitucional – in Revista Brasileira de DIREITO CONSTITUCIONAL, janeiro/junho 2005, n. 5, p. 443-464. Nesta ocasião é que o Ministro Gilmar Mendes refere-se à experiência brasileira, rotulando o nosso tradicional modelo de controle de constitucionalidade como *binário*.

15 Ver o nosso *A emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo*.

16 Charles de Gaulle, *Mémoires d'espoir*, apud AVRIL, Pierre et GICQUEL, Jean. *Droit Parlementaire*, 2nd ed., Paris, Montchrestien, 1996, p. V.

define Carlos Blanco de Moraes – o “*itinerário de produção de uma lei*”(…) “*a sucessão encadeada de actos ou fases tidos como juridicamente necessários para a produção e revelação de uma norma legal, por parte de um órgão competente para o efeito*”.<sup>17</sup> E, neste segmento, adverte o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a receita de “*elaboração das leis permanece hoje em suas linhas gerais o que era o processo clássico*”. Aduz, ainda, que se modificações foram adotadas para, em especial, acelerar a sua produção, essas indicam um peculiar relevo outorgado ao Executivo (poder governamental) “*que aparece como mola mestra que impulsiona o trabalho parlamentar, como também, num grande número de casos, surge como o próprio legislador*”.<sup>18</sup>

De fato, identifica-se ao longo deste percurso **uma série de etapas e atos indispensáveis para a instauração, o desenvolvimento e a finalização do processo que, se bem sucedido, deverá culminar com a edição da lei.** Carlos Blanco de Moraes inova no tema, introduzindo a ideia de “*Faseologia*” da lei que compreende os “*actos de iniciação processual (o impulso legislativo), actos de instructórios de consulta, actos aprobatórios, actos de controlo de mérito e actos de publicação*”.<sup>19</sup> Este pretensioso roteiro é acrescido da exigência de exame por parte de um rol considerável de Comissões que intervêm ao longo de todo o processo legislativo e por ocuparem papel de relevância foram contempladas com primoroso exame na obra de Paulo Adib Casseb, que analisa sua participação “*segundo o texto constitucional brasileiro, (...) na formação das Emendas à Constituição, leis complementares e ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções*”<sup>20</sup>.

A Constituição, de 5 de outubro de 1988, cuida da matéria na seção VIII, do Capítulo I, do seu Título IV, e lhe dedica três subseções, tratando na primeira das Disposições Gerais, na segunda da elaboração de Emendas à Constituição e termina por disciplinar, na terceira, o processo de feitura das leis (**leis ordinárias, complementares, leis delegadas, leis de conversão e as decorrentes de iniciativa popular**). Depreende-se do mais perfunctório exame destes dispositivos **os nódulos presentes para a superação dos diversos e diferenciados segmentos que comparecem**

17 MORAIS, Carlos Blanco, *Curso de Direito Constitucional, Tomo I, A Lei e os Actos Normativos no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra Editora, 2008, p. 393.

18 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, no seu *Do Processo Legislativo*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 131.

19 Op. cit. supra, p. 394.

20 CASSEB, Paulo Adib, *Processo Legislativo, Atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

**no trajeto de confecção legislativa.** É certo que a Constituição impõe **quorum especial** apenas em relação às Emendas (art. 60, § 2º)<sup>21</sup> e às leis complementares (art. 69)<sup>22</sup>. Contudo, **não há como ignorar o jogo** que se estabelece entre as Casas Legislativas na evolução da fase de **deliberação, a sua etapa constitutiva**, integrada pela **discussão e votação**, período em que, a par da intervenção das Comissões parlamentares, das consultas e audiências públicas<sup>23</sup>, a propositura realiza verdadeiro **turismo** entre a Câmara dos Deputados e Senado<sup>24</sup>. E mais sob o impacto da recente introdução das denominadas leis de conversão, decorrentes de medidas provisórias (art. 62), emerge um novo instrumento de obstrução do regular curso de apreciação dos projetos de lei: a **sobrestação** de todas as deliberações legislativas para o exame da medida provisória que supere o prazo previsto para a sua apreciação, fixado em 45 (**quarenta e cinco**) dias da data de sua publicação<sup>25</sup>.

Considerando que o Brasil, já a partir da primeira Constituição republicana, de 1891, adota o modelo federal, contando cada um dos entes que integram a nossa Federação com uma autonomia que o texto fundamental de 1988 buscou ampliar e assegurar, interessante verificar se tais nódulos do processo legislativo marcam presença também em esferas regional e local, cada uma delas detentora de um Parlamento – Assembléias Legislativas, no âmbito dos Estados- membros e Câmaras Municipais em esfera municipal. Assim é que, desde logo, se constata a vinculação do roteiro para a feitura das leis, em especial as de natureza ordinária, ao Regimento da Casa de Leis, documento que, a seu turno, cria uma intrincada rota de tramitação, com largas possibilidades de obstrução. Isto apesar da composição unicameral destes corpos legislativos.

Oportuno lembrar que é da tradição do moderno processo legislativo a previsão de **trâmites de urgência**, introduzindo elementos diferenciais, a exemplo da abreviação de prazos e expurgo de formalidades. Na expressão de Carlos Blanco de Moraes, há um *quid minus* inserido na

21 Art. 60, § 2º "A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros" – Constituição Federal de 5.10.1988.

22 Art. 69 "As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta".

23 A Lei Orgânica do Município de São Paulo oferece privilegiado tratamento às audiências públicas, nos termos do art. 41, que expõe e intensifica sua participação no processo de elaboração das leis.

24 Ver o art. 65 da Constituição Federal.

25 Ver art. 62, § 6º: "Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando."

receita<sup>26</sup>. Este ingrediente encontra-se previsto, entre nós, nos três níveis de governo. Assim, a Constituição Federal, no seu art. 64, § 1º, preconiza o procedimento de urgência para os projetos de iniciativa do Poder Executivo, regra também presente na Constituição do Estado de São Paulo (art. 26) e na Lei Orgânica do Município de São Paulo (art. 38). No entanto, revela-se este instrumento de prejudicial efeito colateral, porquanto implica, de sua parte, no **sobrestamento** das atividades regulares de deliberação acerca das proposições em tramitação, enquanto não apreciada a matéria etiquetada "**de urgência**"<sup>27</sup>. A par disso, nas três esferas legislativas, o veto e sua apreciação podem gerar sérias obstruções que impeçam de modo abusivo o linear encaminhamento da etapa de deliberação.

Mais grave que o lento e nodular percurso evolutivo das proposições legislativas, passa a reclamar cada vez mais a atenção dos juristas e operadores do direito de modo geral **o seu conteúdo**. É que na contemporaneidade, o processo de construção da lei assumiu uma postura descompromissada com o macro-princípio da **segurança jurídica**<sup>28</sup>. O *standard*, revela como um de seus principais pilares a **impositiva presença de indicadores da qualidade do direito** na produção legislativa. Desse sentir o registro de Bertrand Mathieu a explicitar: "*A segurança jurídica exprime, pois, um certo número de exigências as quais deve atender o direito enquanto instrumento. Ela condiciona a realização da "proeminência do direito"*"<sup>29</sup>.

Extraído do direito comunitário europeu<sup>30</sup>, o princípio da segurança jurídica repousa sobre a idéia do **prévio conhecimento da lei** e do tratamento ao qual essa será submetida na sua aplicação. Aloja no seu bojo outros princípios, a exemplo da **confiança legítima** e da **previsibilidade do direito**.

26 Op. cit., supra, p. 394.

27 Vejam-se os dispositivos: C.F. art. art. 64, § 2º; Constituição do Estado de São Paulo – art. 26, parágrafo único; Lei Orgânica do Município de São Paulo – art. 38, § 1º e 2º.

28 Exsurge na trajetória evolutiva da idéia de Estado de Direito, buscando assegurar-lhe reforço. Produzida em esfera germânica, onde se encontra constitucionalmente protegido, rapidamente conquistou a simpatia da doutrina e da jurisprudência no panorama europeu. Na França, se instalou como reflexo do direito comunitário em expansão e, embora ainda não tenha sido contemplado de forma expressa em nível constitucional, vai se robustecendo ganhando espaço próprio em textos legais, no âmbito de doutrina e da jurisprudência.

29 "*Constitution et Sécurité Juridique*", relatório apresentado na Xve Table Ronde Internationale, Aix en Provence, setembro de 1999, pelo Prof. Bertrand Mathieu, da Universidade de Paris I, Panthéon Sorbonne, com o auxílio de Anne Laure Velambois, mentora da Faculdade de Direito e de Ciências Políticas de Dijon.

30 Esse *standard*, que implica na proteção da confiança jurídica foi inserido de forma implícita na ordem jurídica da Comunidade Europeia pela decisão da Comissão C. Conseil de 5.06.1973, confirmada de modo expresso pela decisão Tepler, de 3.03.1978, onde restou assente que a ignorância dessa máxima constitui violação de tratado ou de qualquer regra de direito no tocante a sua aplicação. In *Recueil de Jurisprudence Constitutionnelle*, p. 575 e 1013.

Interessante, pois, o arranjo estrutural a compor o princípio maior da segurança jurídica, nos moldes da doutrina em ascensão. No desenho produzido por Mathieu, vislumbram-se duas grandes categorias principiológicas, ambas se complementando, edificando fórmula vocacionada a combater a insegurança e a incerteza que podem advir das imperfeições da norma legal:

### O Princípio da Segurança Jurídica<sup>31</sup>

PRINCÍPIOS ATINENTES À QUALIDADE DO DIREITO	PRINCÍPIOS ATINENTES À EXIGÊNCIA DE PREVISIBILIDADE DO DIREITO
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Princípio da clareza da lei</li> <li>2. Princípio da acessibilidade</li> <li>3. Princípio da eficácia</li> <li>4. Princípio da efetividade</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Princípio da irretroatividade</li> <li>2. Princípio da proteção dos direitos adquiridos</li> <li>3. Princípio da confiança legítima<sup>1</sup></li> <li>4. Princípio da estabilidade das relações contratuais</li> </ol>

Nesse cenário, não só a qualidade do direito, a autorizar um controle sobre os elementos estruturais da lei, assume contornos de exigência constitucional, mas, a seu turno, a **questão da previsibilidade e da confiança** de que deve ser merecedor o legislador passam a assumir o *status* de elementos imprescindíveis para a correta análise da conformização de ato ou norma do Poder Público aos preceitos maiores da Constituição. **Isto no sentido de extirpar a ação corrosiva do *álea* e garantir um ambiente de segurança jurídica.**

A **Legística**, ou a Ciência da Legislação, dirige seus esforços exatamente ao **estudo sistematizado de fórmulas e mecanismos voltados a atender ao princípio da segurança jurídica, a priorizar a idéia da qualidade do direito, a confiança legítima e a sua previsibilidade.** No magistério de Carlos Blanco de Moraes, a **legística** dimana da preocupação *"com as conseqüências produzidas pelos actos legislativos e os meios*

<sup>31</sup> Ver o nosso *Legislação Eleitoral e Hermenêutica Política X Segurança Jurídica*, Barneri, CEPES/Manoel/ Minha Editora, 2006.

*passíveis de potenciar a sua qualidade, simplificação e eficiência*<sup>32</sup> Em Portugal, inclusive, o Ministério da Justiça editou em 2002 um *manual prático* de Legística, com a colaboração de docentes da Universidade de Lisboa. E, num esforço de aprimoramento da produção normativa, adotou-se o Programa “**Legistar Melhor**”, documento pioneiro e “*estratégico para a promoção da qualidade e eficiência dos actos legislativos*”.<sup>33</sup>

A plataforma operatória da Legística importa num **FATOR (AVI)**, correspondente à **avaliação técnica do impacto** que a propositura do novo direito produzirá no ambiente social após a sua promulgação. E pretende – por intermédio de meios técnicos – apurar de forma precisa os efeitos desta proposta legislativa, apresentando o quadro de vantagens e desvantagens, uma projeção das possibilidades de sucesso, os riscos potenciais, o custo benefício e o custo-utilidade, o ônus que acarretará à sociedade, à empresa, ao mercado.

Enfim, **LEGISLAR MELHOR**, consubstancia-se na **idéia força da Legística** e a expectativa de aperfeiçoar o mais precioso produto dos Parlamentos – a LEI – vem descortinar um novo campo de atuação para o operador do direito, um setor árduo, polêmico e essencialmente desbravador – a ciência da legislação.

#### **IV.- Por que aderir à Legística?**

As deficiências e falhas de que as leis, não raras vezes, são portadoras podem, de fato, dificultar a sua aplicação, prejudicar sua compreensão, inviabilizarem-se pelo seu conteúdo normativo, conflitante com regras e princípios superiores, enfim, a par da inaptidão para a produção dos efeitos desejados, importam **num custo exacerbado, inútil e demasiadamente elevado para a comunidade**, envolvendo na sua invalidação toda uma máquina estatal que, ao invés, poderia despender essa energia na concretização de demandas sociais condizentes com a realidade.

<sup>32</sup> A expressão inglesa para o princípio da confiança legítima - “legitimate expectation” - é reveladora do conteúdo desse cânone, impondo a idéia da manutenção da ordem jurídica e das situações juridicamente definidas por essa ordem.

Esse standard, que implica na proteção da confiança jurídica foi inserido de forma implícita na ordem jurídica da Comunidade europeia pela decisão da Comissão c. Consel de 5. 06. 1973, confirmada de modo expresso pela decisão Töpfer, de 3.05. 1978, onde restou assente que a ignorância dessa máxima constitui violação de tratado ou de qualquer regra de direito no tocante a sua aplicação. In *Recueil de Jurisprudence Constitutionnelle*, p. 575 e 1019.

<sup>33</sup> MORAIS, Carlos Bianco, *Manual de Legística. Crêndos científicos e isênicos para Legistar Melhor*, Portugal, Verbo, 2007, p. 30.



Há uma variada gama de decisões judiciais a extrair do universo jurídico textos legais que, exatamente, extrapolam a competência do órgão emissor, apresentam defeitos quanto à sua elaboração, ou ainda pecam pela inadequação à perspectiva de previsibilidade. Nesta específica vale, aliás, a Emenda Constitucional n. 52/2006, que restaurou a autonomia dos partidos políticos quanto às deliberações sobre coligação partidária. O texto, no entanto, não se aplicou ao pleito daquele ano de 2006, porquanto decidiu o Tribunal Superior Eleitoral que sua incidência viria lesar o princípio de anterioridade constante do art. 16 da Constituição.

Fato é que há um arquivo gigantesco de normas invalidadas ou com sua eficácia suspensa em razão dos vícios que as atingem. Entre nós, uma federação com forte tendência à centralização, até em razão da nossa história de Estado unitário que artificialmente aderiu à receita federativa, os exemplos de leis que acabam no necrotério legislativo por invadirem competência de outra esfera governamental estão presentes no cotidiano do jurista. Recentes as decisões do Supremo Tribunal Federal que declararam a inconstitucionalidade e, portanto, a invalidez das **Leis paulistas: a) de nº 12.519/07**, que proíbe a instalação, utilização e locação de máquinas caça-níqueis, videobingo e videopôquer em bares e restaurantes do Estado, por se inserir esta tarefa na esfera da União, na conformidade do disposto na Constituição Federal, art. 22, XX34, e **b) de nº 11819/05**, que estabelece a possibilidade da utilização do sistema de videoconferência<sup>35</sup> no estado de São Paulo. Esta, a seu turno, foi declarada formalmente inconstitucional pela maioria dos ministros (9x1) do Supremo Tribunal Federal, consoante entendimento firmado no *Habeas Corpus (HC 90900)*. Os ministros entenderam que cabe somente à União legislar sobre matéria relativa a processo penal<sup>36</sup>.

É verdade que a lei é dotada de acentuado conteúdo político. Geneticamente, lei, produto do Poder Legislativo, deriva da política normativa que preside sua feitura. Sua elaboração, no entanto, não pode e não deve

34 Cf. MORAIS, Carlos Blanco. *Manual de Legislação, Critérios científicos e técnicos para Legislar Melhor*, Portugal, Verbo, 2007, p. 33.

35 O ministro Meneses Direito, relator da ação (ADI 3895), lembrou a existência de precedentes da Corte entendendo que a expressão "sistema de sorteios" constante do artigo 22, XX, da Constituição Federal "alcança os jogos de azar, loterias e similares dando interpretação que veda a edição de legislação estadual sobre a matéria".

36 O ministro Meneses Direito abriu divergência, votando pela concessão do *habeas corpus*, ponderando: "Entendo que a lei estadual viola flagrantemente a disciplina do artigo 22, inciso I, da Constituição da República". Registrou, ainda, que a hipótese não se refere à procedimento, mas à processo, ressaltando que a matéria está explicitamente regulada no artigo 185, do Código de Processo Penal. "Com isso, a matéria é de processo e sendo do processo a União detém o monopólio, a exclusividade para estabelecer a disciplina legal na matéria".

se refugiar à busca tão só do atendimento de meros interesses circunstanciais ou ignorar requisitos de qualidade e de validade que lhe permitam atingir as finalidades que motivaram a apresentação da propositura.

Desabrigada, distante dos requisitos de qualidade e confiabilidade, essa não logrará alcançar os objetivos operacionais pretendidos. Remanescerão o ônus e os prejuízos resultantes do seu processo de formação. E estes, basta o singelo exame da Constituição do Estado de São Paulo – apenas a título ilustrativo – são consideráveis, pois que nada menos do que 35 preceitos sofreram suspensão de eficácia ou nulificação por inconstitucionalidade<sup>37</sup>. No Estado de São Paulo, devido à pretensão do legislador constituinte, não há impeachment contra o Governador. O capítulo está por completo suspenso. Mas, em esfera local, a Lei Orgânica deste Município de São Paulo sofreu menos investidas, contando com apenas 7 (**sete**) dispositivos impugnados, dos quais 6 foram declarados inconstitucionais e um confirmado<sup>38</sup>.

Parece-nos, pois, que a Legística, técnica em expansão a partir dos anos noventa, não mais pode ser ignorada. Preordenada a desenvolver métodos para o controle de **qualidade do Direito** e para o **bom desempenho da lei**, perseguindo instrumentos a tornar a lei apta a produzir os efeitos almejados, o seu domínio se consolida, convertendo-se em verdadeiro padrão de legislação de boa qualidade.

Que seja bem vinda.

São Paulo, 17 de novembro de 2008.

37 São os arts. 9º, § 2º; 10, § 2º; 14, § 9º; 16, VI; 20, VI, 29, 31, § 1º; 47, III; 48, caput e seus parágrafos; 49, §§ 1º, 2º, 5º e 6º e item 2, do § 3º (o capítulo referente a crimes de responsabilidade do Governador do Estado); 50; 52, 62; 74; 101; 109; 128, § 6º e 6º; 133; 151; 174, § 9º; 190; 204; 287; 293; 1º (ADCT); 11 (ADCT); 41 (ADCT).

38 Trata-se dos artigos 32, § 2º, IV; 33; 46, II e XII; 51; 54; 55 e 26 (este foi validado, sendo a ação julgada improcedente. Prevê mandato de um ano para a Mesa Diretora da Câmara Municipal, permitindo a reeleição).

# **Responsabilidade do Advogado Público**

## **I.- A ADVOCACIA PÚBLICA.**

### **I.1.- Advocacia Pública: uma instituição?**

Ao lado do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública, a Advocacia Pública é descrita pela Constituição como “função essencial à Justiça”.

Ministério Público e Defensoria têm *status* diferenciado: são “instituições essenciais à função jurisdicional do Estado”.

A Advocacia Pública não é definida como “instituição”; tal qualidade é reservada apenas à Advocacia-Geral da União (art. 131), à qual cabe a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

A Constituição ainda se refere à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à qual compete a execução da dívida ativa tributária, e aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira.

Não há qualquer alusão aos Procuradores Municipais.

Dai a evidente dificuldade em situar a Advocacia Pública como objeto de estudo, restrição que se transfere à identificação da natureza da atividade do Advogado Público e ao tema enfocado neste ensaio, a sua responsabilidade.

O “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa”<sup>1</sup> define uma instituição, pelo prisma sociológico, como “estrutura decorrente de necessidades sociais básicas, com caráter de relativa permanência, e identificável pelo valor de seus códigos de conduta, alguns deles expressos em leis.”

---

<sup>1</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 2ª. Edição, 16ª. Impressão, Editora Nova Fronteira, verbetes “Instituição” e “Instituições”, p. 953

Sob tal significado, será a "Advocacia Pública" uma instituição, ou conceito designativo apenas de uma função essencial à Justiça?

Enfim, como lidar com as heterogêneas "instituições" que integram este conjunto natureza fugidia, a "Advocacia Pública"?

## **I.2.- Advocacia Pública: uma novidade?**

A inédita inserção da Advocacia Pública na Constituição pode gerar a falsa percepção de novidade, como se a "advocacia de Estado", ou representação judicial do Estado, tivesse sido criada e descoberta pelo Poder Constituinte de 1988.

A representação judicial da União era exercida pelo Ministério Público. O art. 126, § único, da Constituição de 1946 assim estabelecia: "A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local."

Tanto os "Procuradores da República" quanto os Promotores, quando ausentes os primeiros, tinham a atribuição de representação judicial da União.

Coexistiam com o Ministério Público as Procuradorias Estaduais Municipais, porém não mencionadas nas Constituições anteriores à de 1988.

A advocacia pública, como "função" não é, nem poderia ser, uma novidade.

O Estado Democrático de Direito – essência da República Federativa Brasileira – impôs a especificação das preexistentes funções essenciais à Justiça, e a criação ou aperfeiçoamento de "instituições", com competências estanques e definidas, sob a inspiração da abertura política.

A gradativa assunção de atribuições cujo exercício, no regime democrático de direito, exige independência – defesa do próprio regime, da ordem jurídica, de interesses sociais indisponíveis – ensejou o aperfeiçoamento institucional do Ministério Público e o seu inevitável afastamento dos interesses do "Estado".

A Advocacia Pública, pelos seus diversos órgãos, assumiu parcela

daquelas funções essenciais à Justiça, de modo que é possível afirmar, com liberdades metafóricas, que houve verdadeira “cisão” do Ministério Público, e a segmentação clara das competências das “instituições” resultantes.

Embora a função – representação judicial do Estado – não seja novidade, não se pode dizer o mesmo da instituição, ou conceito genérico de função, “advocacia pública.”

### **1.3.- De tanto se repetir, a mentira vira verdade: “O Ministério Público representa a Sociedade, e Advocacia Pública representa o Governo”.**

O termo “procurador” é usado para designar os integrantes do Ministério Público e da Advocacia Pública, o que reforça a afinidade histórica de ambas. É um resquício semântico da antiga sobreposição.

Há Procuradorias Estaduais de Justiça e Procuradorias do Estado e dos Municípios; há um Procurador Geral da República e também um Procurador Geral da União, além do Procurador Geral da Fazenda Nacional, dos Estados *etc.*

Para leigos, entre eles a maioria dos integrantes da Imprensa, a mal delineada “cisão” institucional e a nomenclatura dela herdada geram óbvia confusão.

Daí calhar a corriqueira e superficial explicação: o Ministério Público e seus integrantes representam a Sociedade; a Advocacia Pública e seus integrantes representam o Governo.

Até entre os profissionais do Direito a distinção costuma ser divulgada e acolhida.

É, porém, inapropriada.

No Brasil há eleições diretas, o pleito é obrigatório e secreto. Os governantes são escolhidos pela Sociedade e, a rigor, representam seus interesses. Os integrantes do Ministério Público não são escolhidos pelo voto popular.

Sob tal enfoque, é inadequada a identificação, *a priori*, da fórmula “governo x sociedade”, nos freqüentes embates entre o Estado, representado pelos seus advogados, e o Ministério Público.

Advogados públicos não são destituídos de compromissos com a Sociedade.

Ministério Público e Advocacia Pública têm atribuições diferentes, mas convergentes: servem ao Estado Democrático de Direito, à República Federativa e à Constituição.

Nem promotores, nem advogados públicos, podem submeter-se a governantes que ajam de forma contrária àqueles princípios e valores.

Este óbvio ponto de convergência não visa tratar paritariamente, nem muito menos unificar, atribuições e competências diversas. Presta-se, porém, para soterrar a superficial e indevida explicação que intitula este item.

Ao dar suporte ao poder de polícia, ao exercício regular dos atos administrativos e às políticas públicas, o advogado público age de acordo com o pressuposto social de valor.

Também o faz, quando ajuda a amoldar os mesmos atos e políticas à correta direção constitucional e legal; quando exerce o controle interno de legalidade e de moralidade, e profere parecer que não recomenda a realização de algum ato avesso a estes preceitos.

Habita, porém, universo notabilizado pela dialética, pelo conflito de interesses; daí ocorrerem naturais embates entre o Estado, representado por seus advogados, e o Ministério Público, notadamente em seara reveladora de conflitualidade interna *in re ipsa*, onde os conflitos habitualmente se desenvolvem, a dos interesses metaindividuais.

Ora, numa ação civil pública, na qual o Ministério Público se bate, por exemplo, pela construção de escolas de educação infantil, e o Estado resiste, calcado na reserva do possível, eis que os recursos existentes foram diluídos na construção de creches, de hospitais, em transporte público etc. não se instala o maniqueísta conflito entre o "bem" e o "mal", entre o interesse social primário e o secundário, a sociedade e o espoliador etc., mas entre o "ideal utópico" e a realidade material de nação economicamente subdesenvolvida.

É preciso desfazer aquela simplista confusão; infelizmente, não há fórmula simplificada e satisfatória para definir as diferentes atribuições institucionais.

"Advogados públicos" exercem atividade qualificada pela "função

social", imediatamente não coincidente, mas remotamente convergente, com aquela do Ministério Público.

A responsabilização do advogado público, tanto civil quanto disciplinar, deve ser concebida de forma condizente com esta "função social".

#### **1.4.- Advocacia e Estado Democrático de Direito.**

A advocacia é um seguro indicador da natureza dos regimes políticos.

Em regimes totalitários ou conservadores, a advocacia costuma ser incipiente, mal organizada e pouco representativa; quando muito, é concebida como mera profissão liberal, ligada aos conflitos privados de interesses.

Não são poucos os exemplos históricos de aversão do poder totalitário aos advogados. Napoleão revelou a vontade de cortar-lhes a língua; para Hitler, sofreriam de demência nata ou adquirida.

Nos regimes democráticos liberais, a advocacia costuma ser independente, é protegida por garantias e prerrogativas legais, e tem significativa influência política e social.

É capaz de revelar a existência de um Poder Judiciário independente, imparcial e respeitado, além da garantia de acesso popular à Justiça.

A advocacia pública permite outra aferição: ao organizar representação judicial própria, o Executivo revela necessidade de se defender e de recorrer ao Judiciário, quando necessário, e de se subordinar às suas decisões. Ou seja, advocacia pública organizada é prova da independência e paridade entre os Poderes.

Quando o Executivo controla o Judiciário e absorve o Ministério Público, não precisa temer processos judiciais e nem de advogados para se defender.

Ora, se a mera existência organizada da advocacia pública pode revelar a plenitude do estado liberal e democrático de direito, a manutenção deste implica, por comutatividade, a consolidação e o fortalecimento da advocacia pública, que o ampara e prestigia.

Para exercer este relevante papel, a advocacia pública precisa de garantia legal de suas prerrogativas.

Advogados são indispensáveis à administração da justiça – e, por esse motivo, “são invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Dessa forma, a Constituição reconhece explicitamente as colocações aqui realizadas, e confere aos advogados a inviolabilidade profissional.

Tal prerrogativa também acolhe o advogado público?

Antes, porém, e enfim, o que é um advogado público?

### **1.5.- O advogado público.**

A Constituição dá exemplos de advogados públicos, e por meio deles é possível se alcançar alguma definição conceitual.

São: os advogados da União, os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e de títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil. Adquirem estabilidade após três anos de exercício efetivo. Representam judicial e extrajudicialmente as pessoas jurídicas de direito público às quais pertencem, e lhes cabe a as funções de assessoramento e consultoria jurídica, além da cobrança da dívida ativa.

Pelo princípio da simetria, é possível afirmar que, quando organizados em carreira, que guarde as características acima referidas, os advogados ou procuradores municipais também são advogados públicos.

A Constituição, porém, não criou categoria profissional específica, nem estabeleceu garantias ou vedações, e tampouco remeteu a uma lei complementar a incumbência de organizar a carreira, como ocorreu com o Ministério Público (art. 128, § 5º).

Advogados públicos pertencem à categoria profissional dos *advogados*, que passam a exercer as funções típicas, definidas em lei. Há ênfase na *função exercida*, e não na *“institucionalização”*. A *“advocacia pública”* se aproxima do modelo da *“advocacia”*, como elemento essencial da Justiça, e não do Ministério Público. São diferentes modelos, não se podendo concluir pela superioridade hierárquica ou funcional de um sobre o outro.



Não se abordará, aqui, a questão da Defensoria Pública; este estudo se limitará a tratar da responsabilidade dos "advogados de Estado", e não dos defensores públicos, de modo que as conclusões aqui traçadas não os tomaram como paradigma.

A Lei 8906/94, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, no seu artigo 3º, § 1º, define que advogados públicos exercem atividade de advocacia, e são sujeitos a duplo regime: o do próprio Estatuto e o funcional próprio, da carreira a que se subordinam. Antes de serem advogados públicos são, portanto, advogados.

#### **I.6.- Crise de Identidade.**

Tamanha dificuldade na identificação da natureza das próprias funções gera freqüentes crises de identidade nos advogados públicos.

Alguns passam a agir como defensores de uma abstrata e idealizada imagem do "Estado", esquecendo-se que é pessoa jurídica que se concretiza apenas no âmbito da realidade técnica, e a ele transfere valores e ideologias pessoais. É geralmente preconceituoso, avesso a defender políticas públicas (das quais discorda invariavelmente), e se deixa dominar ou por um estado crítico paralisante, ou por um estado crítico destrutivo, hipótese na qual pensa se portar, ou às vezes passa a se portar, como um promotor de justiça, mas de conceitos próprios de justiça, e se desassocia da essência de sua função.

Outro exemplo de perda de identidade é observado no advogado público que envereda por senda oposta e adere cegamente a qualquer orientação governamental. A patologia impura é impulsionada por cargos, desvarios de poder ou pusilanidade, mas não são estes defeitos de caráter que simbolizam o arquétipo, ou a patologia em sua total pureza, decorrente da sincera convicção de que atos de governo, na condição de exercício imperial, devem ser defendidos a qualquer custo, ainda quando ilegais, ilegítimos ou oriundos dos defeitos humanos que também acometem os governantes. Neste caso, o advogado público se afasta de sua função social e deixa de amoldar as políticas públicas ao Direito (ao contrário, a elas se amolda como um camaleão), contribuindo para sua imperfeição e possível derrocada jurídica.

O exercício da advocacia pública exige eqüidistância dos exem-

plos radicalizados, uma boa dose de serenidade e seriedade, e diferentes "éticas".

No contencioso, o advogado público se obriga à parcialidade, na defesa dos atos administrativos e políticas públicas, e, como qualquer advogado, deve evitar valorações pessoais. Age de forma vinculada e se sujeita à hierarquia, ressalvada a independência técnica e o dever de prudência.

Na área consultiva, deve agir imparcialmente; um parecer não deve ser proferido para atender a um ou outro interesse, pelo óbvio motivo de que, assumindo tal escopo, deixa de ser um parecer consultivo. A "imparcialidade", porém, não deve ser confundida com irrealismo ou abstracionismo acadêmico; da mesma maneira que o juiz não deve se restringir à confecção de silogismos, ao aplicar a norma ao fato concreto, de maneira desconectada do valor social, o advogado público consultor deve e pode "criar", absorvendo, na sua análise, os valores da política ou do ato administrativo que se deseja implementar.

O universo do advogado público é, portanto, complexo, abstraindo-se a já natural complexidade resultante da submissão a um regime jurídico duplo, que lhe impõe responsabilidade à classe dos advogados e também ao Estado.

Deve-se comprometer com a viabilização de políticas públicas, o que o leva a, inevitavelmente, auxiliar no controle interno de legalidade, revelando sua responsabilidade social.

Imiscuí-se com atos de império, a exemplo da tributação e exercício do poder de polícia.

É manifesta, portanto, a necessidade de garantias para o exercício de tais atividades.

A Constituição lhe atribui, como aos outros advogados, a inviolabilidade profissional.

## **II.- A INVIOLABILIDADE PROFISSIONAL.**

O art. 133 da Constituição estabelece que o advogado é inviolável, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

A inviolabilidade é relativa. Há limitação de natureza objetiva, explícita no texto constitucional, que é a contenção da garantia aos atos e manifestações ligados ao exercício profissional.

Mas há tópico pouco explorado desta evidente relatividade: além do limite por ela mesmo estabelecido, a Constituição se refere a outro, que decorre de "lei".

A "lei" não pode ser outra, senão aquela relativa à atividade profissional da advocacia, ou a Lei 8906/94 (o "Estatuto"), à qual cabe não somente definir os limites da inviolabilidade, mas, principalmente, qualificá-la e especificá-la, de modo a propiciar sua aplicação.

Da inviolabilidade constitucional, o Estatuto extraiu os "Direitos do Advogado", previstos nos seus artigos 6º e 7º, dos quais é possível extrair um importante sub-princípio, o da *independência técnica*.

O exercício legítimo da advocacia exige a independência profissional; é preceito universal (ao menos no Estado de Direito). O Código de Conduta dos Advogados Europeus, adotado pelo "CCBE – Conseil des Barreaux Européens – Council of Bars and Law Societies of Europe" enfatizou a independência como princípio geral da atividade, na "Declaração de Perugia":

*2.1. "O exercício das atividades de advocacia exige a absoluta independência do advogado, livre de qualquer influência, especialmente aquelas decorrentes de seus próprios interesses ou pressões externas. Tal independência é tão necessária à lisura de um processo judicial, quanto a imparcialidade de um juiz. Esta independência é necessária na advocacia contenciosa e também na não contenciosa. Pareceres fornecidos pelos advogados aos clientes não serão válidos, se o advogado os tiver fornecido apenas para agradá-lo, para servir aos seus interesses pessoais ou em decorrência de pressão externa."*

A inviolabilidade e a independência técnica são garantias ao exercício da advocacia, que devem ser necessariamente levadas em consideração, na configuração de sua responsabilidade.

O advogado público, como já afirmado, subordina-se a duplo regime jurídico: aquele da regência de sua própria carreira e o da Lei 8906/94.

A sobreposição é possível fonte de antinomias.

Neste caso, observado o princípio da especialidade, devem prevalecer as normas gerais da atividade dos advogados, previstas no Estatuto da Advocacia, que defluem da indispensabilidade e da inviolabilidade constitucional. No que concerne às questões funcionais típicas da natureza do vínculo funcional – carga horária, local dos serviços, critérios de promoção, vencimentos etc. – devem prevalecer as normas próprias da carreira.

De maneira tão ou mais intensa que a média dos advogados da área privada, os advogados públicos lidam diuturnamente com a contradição, a dialética, conflitos, embates políticos e emoções humanas.

A inviolabilidade e a independência técnica também são preceitos de garantia da atividade dos advogados públicos, e devem conduzir a sistematização da sua responsabilidade.

### **III.- RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO.**

O tema tem sido abordado, pela doutrina, sob o singular enfoque da atividade consultiva, ou pelos pareceres proferidos por advogados públicos em processos administrativos.<sup>2</sup>

Parte-se da natureza jurídica dos pareceres e suas diferentes espécies para a definição da correspondente responsabilidade do advogado público.

Segundo a visão tradicional, pareceres não são considerados atos administrativos, por não traduzirem a vontade administrativa; são atos de conhecimento, de juízo, têm caráter meramente opinativo.

A rigor, atos opinativos não poderiam gerar responsabilidade.

Quando observados, contudo, sob o ângulo de seus efeitos ou influência, podem ser assim classificados, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello: "(i) facultativos, quando a autoridade não é obrigada a solicitá-los, fazendo-o para melhor se ilustrar, sem que a tanto esteja obrigada; (ii) obrigatórios, quando sua ouvida é imposta como impostergável, embora não seja obrigatório seguir-lhes a orientação; e (iii) vinculantes, quando a autoridade não pode deixar de atender às conclusões neles apontadas".<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Por exemplo, "O Advogado Público na Função Consultiva, os Pareceres Jurídicos e a Responsabilidade deles Decorrente", de Gustavo Henrique Pinheiro de Amorim, publicado em "Leituras Complementares de Direito Administrativo / Advocacia Pública", Editora Podium, 2008, p. 239, com menção a vários artigos com o mesmo enfoque."

<sup>3</sup> "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 22ª Edição, p. 138.

Os pareceres vinculantes passam a integrar o próprio ato administrativo, dada a sua indispensabilidade, gerariam a responsabilidade do advogado público; o destino do ato, no que toca à sua legalidade, passaria a ser o destino do parecer (e do parecerista), em virtude da acessoriedade.

Pareceres facultativos e obrigatórios, mas não vinculantes, não seriam hábeis para gerar a responsabilidade do advogado público.

O Supremo Tribunal Federal proferiu recentes decisões sobre o tema, nas quais a classificação dos pareceres jurídicos, sob o enfoque de seus efeitos, teve notável consequência.

O acórdão proferido no Mandado de Segurança n.º 24.584-1 é de riqueza ímpar, dada a qualidade dos debates travados. Procuradores Federais impetraram *writ* contra ato do Tribunal de Contas da União, que determinou a apuração de sua responsabilidade por manifestações jurídicas proferidas em processo administrativo relativo a convênio celebrado entre o INSS e o Centro Educacional de Tecnologia da Administração.<sup>4</sup>

Com votos vencidos dos Ministros Eros Grau, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a responsabilidade dos advogados públicos pode ser apurada pelo Tribunal de Contas.

O Supremo não julgou a natureza, ou mesmo existência da responsabilidade, no caso concreto. O acórdão delimitou os limites da inviolabilidade profissional, incapaz de evitar que a *apuração* da mesma responsabilidade se realizasse. São ricos os debates relativos à maneira pela qual a responsabilidade do advogado público deve ser abstratamente concebida.

Opuseram-se os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

Entendeu o Ministro por último referido que a *apuração* deveria prosseguir, para delimitação da natureza do parecer proferido e, em função da mesma, definir-se a responsabilidade. Calcado na doutrina de René Chapuis, defendeu que, em pareceres vinculantes, há partilha do poder decisório, apta a ensejar a repartição de responsabilidades:

---

<sup>4</sup>ADVOGADO PÚBLICO / RESPONSABILIDADE / ARTIGO 36 DA LEI 8666/93 / TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO / ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 36 da Lei 8666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.

*“Por fim, quando a lei estabelece a obrigação de ‘decidir à luz do parecer vinculante ou conforme’, o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.*

*A doutrina brasileira, embora tradicionalmente influenciada pela doutrina francesa nesta matéria, não desce a essa sofisticação de detalhes, preferindo manter-se fiel à noção de que o parecer jurídico relevante tem sempre caráter opinativo. O que é relevante nesta classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório. Nessa via é que esse mesmo autor aponta como maculado, por vício de competência, o ato administrativo expedido sem observância do ‘avis conforme’, nos casos em que a lei o exige.*

*Isto porque nesses casos em que o parecer favorável de órgão consultivo é, por força de lei, pressuposto de perfeição do ato, reafirmo, há efetiva ‘partilha do poder de decisão’.*

Com base em tal raciocínio, lançou as seguintes premissas:

“A) No silêncio da lei, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera, em princípio, responsabilidade do parecerista. B) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim o parecerista responde conjuntamente com o administrador, pois é também administrador nesse caso.”

O Ministro Joaquim Barbosa relatou outro acórdão, proferido no Mandado de Segurança n.º 24.631-DF, no qual confirmou sua posição: deferiu a segurança, para excluir da investigação promovida em auditoria do TCU o impetrante, procurador do DNER, porque o parecer por ele proferido não possuía caráter vinculante.<sup>5</sup>

O Ministro Gilmar Mendes fugiu de considerações abstratas e preferiu ater-se ao caso concreto. Desprendendo-se da retórica, entendeu

5 Extratos da ementa: “No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato”. “Controle externo: é lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tanto resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.”

que os impetrantes não poderiam responder pela execução imperfeita de convênios, ou falta de prestação de contas, que nenhuma ligação tem com pareceres relativos tão somente à formalização do ato. Uma vez inócua *a priori* a apuração de responsabilidade, seu voto rezou da exclusão dos impetrantes daquele processo administrativo.

Há trecho aparentemente secundário do raciocínio argumentativo, capaz de revelar que o voto do Ministro Mendes originou-se de enfoque distinto daquele proposto pelo Ministro Joaquim Barbosa: “Não considero que o advogado público esteja isento de responsabilidade, especialmente em matéria de licitação. Ela há, porém, de ser pertinente à própria atividade de consultoria jurídica” (destaque ora inserido). Ou seja, o Ministro Gilmar Mendes entende relevante destacar a natureza da atividade do advogado público, e não a natureza do produto dessa mesma atividade.

Munido do visível receio de transmutar a inviolabilidade profissional em imunidade absoluta, o Tribunal denegou a segurança, o que ensejou a permanência dos Procuradores no processo administrativo, de cujo desfecho não se tem notícia.<sup>6</sup>

Interessante observar a presença de insidioso paradoxo: a responsabilização do advogado público pode reforçar sua independência, na medida em que reconhecida a efetividade de sua atuação, mesmo que voltada contra ele próprio; a irresponsabilidade é capaz de estimular a falta de compromisso e a irrelevância de sua função.

A observação do Ministro Ayres Brito revela que tal percepção influenciou, ainda que inconscientemente, o julgamento: “Isso implicou, parece-me, uma valorização da carreira jurídica, que tem uma contrapartida: a maior responsabilidade por parte dos titulares desses órgãos eminentemente jurídicos”.

O acórdão comentado evidenciou o novo *status* atingido pela advocacia pública, protagonizado pelo reconhecimento dos efeitos concretos de sua atuação, e o implícito dever de controle da moralidade administrativa.

---

<sup>6</sup> Extrato de voto do Relator, Ministro Marco Aurélio: “Pesando dúvidas sobre os contratos por eles aprovados quanto à legalidade estrita, à lisura comportamental, tão reclamada quando se atua no setor público, deverão, em prol da mudança dos tempos e da segurança jurídica, defender-se. A assim não se concluir, grassará não o ato técnico e responsável, mas a conveniência de plantão, o oneroso fácil à ótica do administrador maior, pouca importando, nessa subserviência, os prejuízos à coisa pública.”

Dá oportunidade para importante reflexão: a limitação de pareceres jurídicos à condição de meros atos opinativos, destituídos de qualquer consequência, lhes confere certa inutilidade ou inocuidade, que se transporta aos próprios advogados públicos. A admissão de que pareceres são “voluptuários”, mero enfeite no universo dos atos administrativos, pode gerar o corolário da irresponsabilidade de quem os profere, mas, por sua feita, gera nocivo desestímulo ao aperfeiçoamento técnico e profissional.

A responsabilização do advogado público pelo parecer por ele proferido indica a relevância do produto de sua atividade e de seu conhecimento, e se presta de estímulo ao desenvolvimento profissional, à cautela no trato da coisa pública, além de, como referido, reforçar a obrigação de controle interno da moralidade e da legalidade. Ao contrário de indicar *capitais deminutio* do profissional, revela, na verdade, a consolidação da advocacia pública e possibilita melhor apreensão da natureza de suas funções e dos benefícios sociais que dela decorrem.

É imprescindível, porém, indicar os parâmetros jurídicos desta responsabilidade.

A definição da responsabilidade do advogado público consultor, a partir da natureza predeterminada do parecer por ele proferido, além de limitada pelo enfoque excessivamente estreito, pode gerar incongruências.

Exemplo: um parecer, mesmo não obrigatório e não vinculante, pode ter incentivado a prática de um ato administrativo irregular (com abuso ou desvio de poder) e causado prejuízo a terceiros. O Estado poderá ser civilmente processado, como também o agente que, tendo agido com plena confiança no parecer jurídico, e tão somente nele, tiver praticado o ato irregular. E o advogado público? Será isento de responsabilidade, *a priori*, simplesmente porque o parecer era facultativo?

Soa inadequada a irreflexiva definição de sua responsabilidade, em decorrência da singela verificação da natureza do parecer.

É importante notar que, pese a os preconceitos com a plena inserção do parecer entre os atos administrativos típicos, é impossível negar-lhe a produção de efeitos concretos.

Ato jurídico e ato administrativo são conceitos paralelos, de origem comum.



Pietro Perlingieri define o fato jurídico como aquele “que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica” <sup>7</sup>, ou “... não somente aquele produtor de conseqüências jurídicas que podem ser bem individuadas, mas qualquer fato, enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou de princípios presentes no ordenamento”.

Transportado o raciocínio para o Direito Administrativo, nota-se que um “parecer” terá, ou poderá ter, “relevância jurídica”, embora dele não decorram, necessariamente, efeitos materiais concretos.

O que deve ser verificado é a **relação causal** entre o parecer e o ato administrativo executório.

Mesmo um parecer classificado de antemão como facultativo, quando adotado pelo administrador, passa a integrar a motivação do ato; pode indicar a direção técnica a ser seguida, confirmar e incentivar a escolha administrativa.

Causa estranheza, aliás, observar que apenas o parecer que permite a prática do ato administrativo executório, tem suscitado preocupações sobre a responsabilidade do advogado público. Tal enfoque padece daquele defeito original, ou a avaliação da natureza da responsabilidade tão somente pela natureza do produto da atividade.

Um parecer pode não recomendar, ou recomendar limitações ao ato administrativo. Suponha-se que o advogado público tenha proferido parecer com o deliberado intuito de obstar a prática do ato, munido de interesse pessoal (político, ideológico) ou sob influência de algum interesse econômico concorrente. A atuação profissional viciada terá se consumado, da mesma maneira, sem que o administrador tenha praticado atos executórios. Ao contrário, não os terá praticado, em virtude da confiança depositada no parecer jurídico. Por exemplo, poderá, inadvertidamente, evitar uma intervenção administrativa legítima, calcada no poder de polícia, incorrendo em proibição por defeito.

A responsabilidade do advogado público não deve ser concebida em função do produto de sua atividade, mas em razão da própria atividade, de maneira semelhante à responsabilidade profissional geral de advogados.

<sup>7</sup> Perlis do Direito Civil, Renovar, 3ª Edição, 2007, p. 89/90.

A inviolabilidade e a independência profissional são, sob tal enfoque, parâmetros da responsabilização do advogado público; devem atuar como "cláusulas gerais" de forma semelhante àqueles limites que, no art. 187 do Código Civil, divisam a licitude do exercício regular de direito da ilicitude do abuso<sup>8</sup>.

Oportuna a adoção da técnica hermenêutica propiciada pela abertura conceitual da norma, de inegável inspiração tridimensionalista, devendo-se buscar o preenchimento do sentido nos valores e peculiaridades inerentes à advocacia pública e ao Direito Público.

Um advogado público poderá ou não ser responsabilizado pelos danos suportados pela Administração ou terceiros, ou pela prática de ato de improbidade, abstraído-se, nesta análise, a natureza do parecer proferido.

Não se defende a ampliação das hipóteses de responsabilização, mas a sua delimitação em parâmetros jurídicos pertinentes. A fixação da responsabilidade em função da natureza do parecer é que se mostra nociva, quase irreflexiva, ao envolver o advogado público como necessário co-autor de um ilícito administrativo, sem observar a imunidade profissional e outros elementos da atividade. Sob tal enfoque, uma decisão de Tribunal de Contas, que considere irregular um procedimento licitatório ensejará fatalmente a responsabilidade do advogado público que tiver proferido parecer jurídico obrigatório, mesmo que tenha havido mera divergência interpretativa.

O advogado, sob tal enfoque, é simples "acessório" processual, cujo destino seguirá a sorte do ato administrativo ou do agente público, numa esdrúxula aplicação do "Princípio da Gravitação".

Ou seja, responsabilidade sem clara definição do nexo causal, surpreendente e estranha num ambiente jurisprudencial que reluta até na adoção do princípio da Equivalência das Condições, e que costuma rejeitar que uma ação remota, de efeitos mediatos e que concorra com ações paralelas ou supervenientes, possa gerar a responsabilidade de alguém.

---

<sup>8</sup> Art. 187 do Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Nunca é demais recordar que os artigos 403 e 927 do Código Civil levam à convicção de que por aqui se adotou o princípio da Causalidade Adequada, o que a jurisprudência confirma.<sup>9</sup>

Outra questão a afligir advogados públicos resulta da deliberada vocação em puni-los com a *capitis diminutio* de uma posição necessariamente inferior em conflitos jurídicos exegéticos.

São pródigos os exemplos da hermenêutica realizada nas auditorias de Tribunais de Contas ou pelos Promotores, em inquéritos civis ou de apuração de improbidade administrativa, que sobrepujam interpretações jurídicas diversas de advogados públicos, simplesmente porque seus opositores são munidos de competência privilegiada. Ou seja, o “duelo interpretativo” é sempre vencido, naqueles procedimentos, por quem detém o poder da palavra final.

Em tais casos, a responsabilização do advogado público será arquétipo da violação da inviolabilidade profissional. É exatamente nesse momento do devido processo legal, do embate jurídico de idéias, dos conflitos argumentativos, que a inviolabilidade deve atuar em sua plenitude, de modo a proteger o advogado público das sanções decorrentes de interpretações “melhores” que a sua.

É evidente a tentação do advogado público, ao ser pressionado e acuado, de aceitar teses destinadas a propiciar a fuga imediata, entre elas a da insignificância, a da produção de simples atos de conhecimento, a inocuidade, ineficácia etc.

A advocacia pública, em virtude de seu compromisso social e da relevância de suas funções, deve se defender por meio de suas prerrogativas legais. O exercício de tal direito de defesa é uma virtual obrigação profissional.

Se não o fizer, corre-se o risco de supressão do direito pelo desuso<sup>10</sup>, além de má-formação dialética da jurisprudência relativa ao tema.

9 1.- Recurso Extraordinário 130764, j. 12.05.92, Relator Ministro Moreira Alves: “o dano decorrente de um assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da dila, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão.”

2.- Recurso Especial 325822-RJ, j. 28.10.98, Ministro Convocado Carlos Fernando Mathias: “... vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado de dano direto e imediato... ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso.”

10 Célbre o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no Recurso Especial n.º 214.680-SP (j. 10.08.1999), num conflito de Direito Privado, mas com princípios que se subsumem à abolição de uma prerrogativa: “A supressão tem sido considerada com predominância como uma hipótese de exercício inadmissível do direito (Menezes Cordeiro, Da teoria do Direito Civil, II.810) e pode bem ter aplicado neste caso, pois houve o prolongado comportamento dos titulares, como se não tivessem o direito ou não mais quisessem exercê-lo.”

#### IV.- OUTRAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO.

A responsabilidade civil dos advogados é subjetiva (art. 32 da Lei 8.906/94). Uma vez que os advogados públicos exercem atividade de advocacia, subordinando-se às normas gerais do Estatuto, é de se concluir que a norma a eles também se aplica.

Interpretação restritiva concluiria que a responsabilidade subjetiva prevista no Estatuto se refere apenas aos profissionais liberais, e não aos advogados públicos, numa análise que evoca inserção contextual em preceitos genéricos, decorrentes do artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.<sup>11</sup>

Armada, então, a controvérsia: a responsabilidade subjetiva do profissional da advocacia, destacada como exceção num regime jurídico em que prepondera a responsabilidade objetiva (risco naturalmente criado pela atividade – art. 927, § único, *in fine* do Código Civil), decorre das características econômicas liberais – autonomia, inexistência de subordinação – ou da formação técnica superior exigida de tais profissionais?

As características econômicas da atividade liberal, ontologicamente próximas daquelas que marcam a atividade empresarial, não devem ser o norte da distinção.

A responsabilidade de empresas e empresários individuais é objetiva (art. 931 do Código Civil). Quem “exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores”, não é empresário, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa (art. 966, parágrafo único, do Código Civil).

Logo, consideradas tais premissas, a responsabilidade objetiva é inerente à atividade empresarial, mas não deve ser aplicada à atividade não empresarial. O que distingue o empresário do não empresário é a natureza técnica (intelectual, científica) dessa mesma atividade, e não seu caráter econômico-liberal. Ou seja, a exceção à regra da responsabilização objetiva das atividades geradoras de risco deve decorrer da natural falibilidade das atividades exercidas individualmente por profissionais de formação técnica superior (leia-se intelectual, científica).

<sup>11</sup> Art. 14, § 4º, do CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.”

A Ley de Defensa Del Consumidor Argentina - Ley 24.420/93 - define as profissões liberais como aquelas que "requerem para seu exercício título universitário"<sup>12</sup>; fornece inspiração mais precisa, ou mais completa, se comparada à lacônica congênere brasileira, acima referida como duvidoso paradigma exegético.

Entre advogados públicos e advogados liberais há, em comum, a formação técnica superior, de modo que a responsabilidade de um e de outro só pode ser a subjetiva, aquela que exige como pressuposto de sua constituição a presença de elemento volitivo (dolo ou culpa).

A avaliação dessa mesma culpa deve encontrar parâmetro em obrigação de meio, e não de resultado; mas, compreenda-se, uma operação de meio voltada ao resultado.

Nenhuma utilidade possui uma magnífica peça de suspensão de uma decisão liminar ou antecipatória do mérito, permeada de citações doutrinárias, resultado de dias de intensa atividade e pesquisa, se ausentes os seus pressupostos de cabimento (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, segundo o art. 4º da Lei 8437/92). Neste caso, o "meio" não terá se prestado adequadamente ao "fim"; a opção correta teria sido o agravo de instrumento.

Em tais casos - escolha equivocada da opção processual, ou a perda de um prazo, sem oportunidade de reversão - têm aflorado debates a respeito da responsabilidade do advogado pela "perda de uma chance".

Embora vetusta no direito comparado, a responsabilidade civil pela perda de chance ainda não se sedimentou no direito pátrio, no qual deverá ter criação jurisprudencial, à mingua de previsão legal expressa.

Mantendo o exemplo dado, o advogado público optou pela suspensão de segurança e perdeu a única oportunidade de obter um resultado propício, concedida pelo agravo de instrumento, e provocou o trânsito em julgado de decisão desfavorável. O resultado do recurso seria eventual, de modo que não pode ser atribuída ao advogado a perda do

---

<sup>12</sup> Art. 2º: "No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieren para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento."

direito postulado na ação. O nexo causal, adotado o princípio da causalidade adequada, não se estabeleceria. Mas a perda da oportunidade recursal é real, e algum dano dela decorreu.

A jurisprudência tem superado o natural desconforto do dilema constituído entre a imposição de um ressarcimento material virtual, de causa improvável, e a rejeição sistemática ao ressarcimento de lesão de um direito (a perda da chance). Pragmática, adotou o ressarcimento moral como sucedâneo (exemplos, apelações 875.850-0/5, 875005-7, 729.632-5/8-00 e 1.194.874-0/9, todas do Tribunal de Justiça de São Paulo), desde que provável a obtenção do resultado almejado, cuja chance se esvaiu em virtude do vício profissional.

É criticável a opção; afinal, ou a perda de chance gera dano material cuja probabilidade de ocorrência é elevada, ou não gera, hipótese na qual também seria indevida a reparação moral.

Para Rafael Peteffi, autor de louvável monografia<sup>13</sup>, "... acredita-se que a reparação pelo dano moral foi, mais uma vez, um subterfúgio para escapar das grandes dificuldades técnicas que a quantificação do dano patrimonial poderia acarretar".

Poderia o Estado, na qualidade de prejudicado naquele exemplo referido, valer-se da jurisprudência e pleitear danos morais do advogado público que perdeu a oportunidade recursal?

Para argumentar, parte-se da suposição de que o agravo de instrumento teria, quase certamente, gerado a suspensão e revogação da incômoda liminar, em virtude de precedentes seguros, súmula jurisprudencial etc.

Uma pessoa jurídica pode sofrer dano moral, segundo a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça; a ela devem ser aplicados, no que foram cabíveis, os direitos da personalidade (art. 52 do Código Civil).

Mas o dano moral de uma pessoa jurídica, ente tecnicamente criado, difere essencialmente da "dor moral" de uma pessoa natural, como acentuou o Ministro Ruy Rosado Aguiar, ao citar o Ministro Barros Monteiro em seu voto, na qualidade de Relator do Recurso Especial n.º 129428-RJ, um dos arestos que deu origem à Súmula 227:

---

<sup>13</sup> "Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance", Atlas, 2007, p. 199.

*"Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida como atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima etc., causadores de dor, humilhação, vexame: a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto que a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua."*

As pessoas jurídicas de direito público possuem "honra objetiva" calcada em valores um tanto quanto diversos, alheios a atividades econômicas e à reputação comercial exigida para exercê-las. Não precisam do "crédito na praça" para cumprir suas funções.

Além do que, a alternatividade no Poder Executivo confere às pessoas jurídicas de direito público características mutáveis, de acordo com práticas políticas e éticas. Em alguns casos há contaminação subjetiva, transferindo-se ao Município, ao Estado e até mesmo à União os traços de caráter do Chefe do Executivo ou a ideologia de seu partido.

Em caso interessante, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o Município de Sobral, Estado do Ceará, alegou dano moral em virtude de abalo ao crédito. O INSS bloqueou verbas do Fundo de Participação dos Municípios, à que Sobral teria direito, em virtude de dívida previdenciária supostamente inadimplida. Provou o Município, pela singela apresentação das guias de recolhimento, que havia realizado o pagamento aquela contribuição. Entendeu-se ofendido e ajuizou a ação, que culminou em improcedência, como se pode verificar:

*"Para a configuração do dano moral da pessoa jurídica de direito público exige-se que o ato causador do dano acarrete um mínimo de repercussão no meio social em que ela atua, abale a reputação ou acarrete a diminuição da posição jurídica que o ente público desfrute perante o meio social" (Apelação Cível n.º 345.710, Relator Desembargador Edilson Nobre).*

Há caso, porventura não registrado, que o Autor julga importante resgatar de sua memória, e que poderia ter resultado em veredicto diverso. Em meados da década de 1990 – entre 1994 e 1995 – uma equipe de automobilismo já extinta – a “Benetton Racing”, de Fórmula 1 – editava boletins em cada cidade na qual eram realizados grandes prêmios. O boletim relativo a São Paulo era altamente ofensivo; entre alguns trechos de maior expressividade, constava que a “cidade tinha odor de urina”, havia menção à sua feiúra e à de seus cidadãos, exceto algumas mulheres, à confusão do trânsito de veículos, poluição, sujeira e outros.

As reações foram tão negativas que o Departamento Judicial da Procuradoria Geral do Município foi instado a estudar o ajuizamento de uma demanda indenizatória; o estudo foi redigido, tendo-se concluído pela ocorrência de efetiva lesão à “honra objetiva” da cidade.

Além de seus cidadãos, a própria “cidade” havia sido ofendida; na ocasião, Rio de Janeiro e São Paulo disputavam o privilégio de realizar o evento desportivo, e a diminuição do *status* urbanístico e turístico poderia angariar valiosos pontos à primeira.

Havia lesão de caráter difuso, decerto, eis que atingia vítimas indeterminadas, mas também à pessoa jurídica de direito público, que teve seu nome imagem arranhados.

Relações públicas de ambos os contendores foram a campo e evitaram o ajuizamento de demanda, que talvez tivesse primado pelo ineditismo.

Voltando ao tema, a perda de uma chance processual não é normalmente hábil para gerar lesões à “honra objetiva” da pessoa jurídica de direito público. Salvo em situações extremas, a frustração na obtenção de resultado processual favorável é incapaz expor negativamente a imagem do Estado.

Também há que se considerar que o Estado não é um litigante comum. O exercício do poder de polícia, a prática de atos de império são geradores de permanentes conflitos de interesses e de lides, das quais brotam elevadíssimo número de processos, envolvendo as mais variadas matérias. Acidentes processuais e vícios profissionais, nesse universo de litigiosidade massificada, são inevitáveis e incapazes de gerar algum ônus especial, que possa afetar a imagem do Estado de maneira particularmente destacada da existência dos próprios conflitos.



Não se deseja defender a irresponsabilidade do advogado público negligente, mas revelar as flagrantes dificuldades de adaptação e aplicação de soluções, mesmo as inovadoras, do Direito Privado.

A essa altura, é inevitável concluir que a melhor solução reside na prevenção. Condições de trabalho razoáveis, equipamentos modernos, informatização, procuradores, servidores administrativos e estagiários em número suficiente ou, dada a triste constatação de que limitações orçamentárias às vezes não contemplam tais condições, até o mais acerbo crítico dos "privilégios processuais" haverá de concordar que o recurso voluntário e outras vantagens se fazem de "seguro processual" da Sociedade.

Enfim, que algumas supostas vantagens do Estado no processo têm função social e distributiva, ou, emprestando a lição de Anderson Schreiber<sup>14</sup>, em livre adaptação, "Longe de representar uma novidade social, a solidarização da reparação dos danos já se opera por meio de instrumentos indiretos. De um lado, o próprio legislador tem priorizado a expansão das hipóteses de responsabilidade solidária e das técnicas de prevenção e precaução de danos que, em última análise, distribuem por toda a sociedade ou, ao menos, pela coletividade de agentes potencialmente lesivos os custos da administração dos riscos".

#### **V- RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR DO ADVOGADO PÚBLICO. SANÇÕES DISCIPLINARES PREVISTAS NO ESTATUTO E A SIMETRIA VALORATIVA.**

Segundo o Estatuto da Ordem do Brasil, os advogados podem sofrer as seguintes penas disciplinares: censura, suspensão, exclusão e multa (art. 35 da Lei 8906/94).

Diante de elementos atenuantes, a censura admite conversão em pena de menor gravidade, denominada advertência. A diferença é que a advertência não é apontada no prontuário do advogado, mas a ele comunicada por meio de ofício reservado.

A censura e a advertência podem ser suspensas e deixar de ser

14 In "Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil - Da Erosão dos Filhos da Reparação à Diluição dos Danos", Atlas, São Paulo, 2007, p. 243.

aplicadas, quando oferecida ao advogado, necessariamente primário, alternativa de frequência a curso que verse sobre ética profissional (art. 59 do Código de Ética de Disciplina).

A suspensão implica a proibição total de exercício profissional, pelo prazo mínimo de 30 dias e máximo de 12 meses, que pode ser prorrogado em algumas hipóteses (v. g., inépcia profissional até aprovação em novo exame de ordem; até pagamento, quando devidas contas ao cliente ou não pagas contribuições anuais à Ordem<sup>15</sup>).

A exclusão gera o cancelamento da inscrição e a perda da condição profissional. Somente pode ser pronunciada pelo Conselho Seccional, exigindo-se votação de dois terços de seus membros.

A multa é pena necessariamente acessória, às de censura e suspensão.

As infrações disciplinares são relacionadas no artigo 34 da lei, em vinte e nove incisos. Às condutas descritas nos incisos I a XVI e XXIV equivale a pena de censura; àquelas dos incisos XVII a XXV, a pena de suspensão; a exclusão é aplicável às infrações capituladas nos incisos XXVI a XXVII. Caberá suspensão, também, quando houver reincidência específica em conduta apenada com censura, e exclusão, quando aplicadas três penas de suspensão, ainda que por diferentes fundamentos.

Não se aplica o princípio da tipicidade estrita; o advogado também poderá ser punido pela violação a preceito ético (art. 36, II, da Lei 8906/94).

A gradação das condutas apenadas parece ser completamente aleatória.

Não parece razoável, de fato, que “prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio” (art. 34, inciso IX) submeta o advogado à pena de censura, e a “retenção abusiva de autos processuais recebidos com vista” (art. 34, XXII), possa gerar a suspensão da atividade profissional.

Leitura mais atenta, porém, permite divisar interessante metodologia de distribuição valorativa das punições.

É possível segmentá-las, e às respectivas infrações, da seguinte forma:

---

<sup>15</sup> Art. 37 e parágrafos da Lei 8906/94.

a.- Quando os efeitos da infração se restringirem à relação do advogado com seu cliente, ou à atividade da advocacia, em sentido estrito, a pena é de censura.

Por exemplo: exercício irregular da profissão, manutenção de sociedade irregular, captação de causas, abandono de causas, recusa injustificada à prestação de assistência judiciária etc.

b.- Se os efeitos da conduta forem capazes de lesar a Justiça (como valor e Instituição) e interesses sociais e coletivos, ou configurarem delitos criminais, extravasando os limites do universo profissional e suas necessárias relações, a pena é de suspensão.

Exemplos: aplicação ilícita de recursos, prática de erros profissionais reiterados, manutenção de conduta incompatível com a advocacia, retenção de autos processuais etc.

c.- A pena será de exclusão, nas hipóteses em que, se praticadas anteriormente à inscrição, a teriam impedido ou obstado.

Exemplos: falsa prova dos requisitos da inscrição; tornar-se moralmente inidôneo para exercício da advocacia (a idoneidade moral é pressuposto da inscrição – art. 8º, VI, § 3º e § 4º, da Lei 8906/94)

Há um sistema lógico, que se caracteriza por refletir valores escalonados em função da inviolabilidade e da independência profissional.

Tal estratificação valorativa deve se refletir em códigos de conduta e similares, aplicáveis aos advogados públicos que, repita-se, são submetidos a duplo regime jurídico (art. 3º, § 1º, da Lei 8906/94).

Dessa forma, punições aplicadas no âmbito do regime funcional próprio, calcadas em valores dissonantes daqueles estabelecidos no Estatuto, poderão ser tidas como abusivas e ter sua eficácia questionada, no âmbito do conflito normativo. Teriam violado o princípio da proporcionalidade, considerando-se que o Estatuto da OAB é a norma definidora e limitativa da inviolabilidade, competente para traçar os paradigmas valorativos a serem necessariamente observados.

Dessa forma, se um advogado profissional liberal, que goze da atenuante da primariedade, perder um prazo em virtude de descuido profissional e prejudicar seu cliente, poderá ser punido pela OAB com a simples advertência (artigos 34, IX e 36 do Estatuto).

Se um advogado público perder um prazo, em circunstância assemelhada, poderá ser punido com a pena de demissão?

A resposta é necessariamente negativa. A ele deverá ser aplicada, no âmbito do regime funcional próprio, pena de efeitos equivalentes, calcada nos mesmos valores que ensejaram a correlação das condutas infracionais e respectivas sanções, no Estatuto dos Advogados.

Do contrário, o advogado público seria tratado com indevida *capitis diminutio*, em patente violação às suas garantias e prerrogativas profissionais.

A Associação Nacional dos Procuradores do Estado – ANAPE, levou ao Supremo Tribunal Federal arguição de inconstitucionalidade calcada em violação à isonomia entre advogados públicos e privados, que, embora sob enfoque diverso, gerou decisão cujos fundamentos reforçam o raciocínio ora desenvolvido.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.652-6/DF, cuja ementa é a seguir transcrita:

**“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.**

*1.- Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB' da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen.*

*2.- Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos a outros regimes jurídicos.”*

O Supremo Tribunal Federal definiu, dessa forma, que a prerrogativa profissional da inviolabilidade não deve padecer de distinção de grau ou natureza, e ampara tanto advogados públicos como privados.

# ***Sanções políticas e exigência de regularidade fiscal em licitações***

Antonio Miguel Aith Neto

Procurador do Município de São Paulo

---

Em 25 de setembro de 2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 394, declarou unanimemente a inconstitucionalidade do artigo do artigo 1º, incisos I, III e IV, e §§ 1º, 2º e 3º da Lei nº 7.711/88, que dispôs sobre “formas de melhorias da administração tributária”. Na mesma oportunidade, assentou, “no que concerne à regularidade fiscal”, a revogação do inciso II do artigo 1º da referida lei pela Lei nº 8.666/93.

As disposições legais então contrastadas pelo Supremo incorriam no vício de forçar a quitação de créditos tributários por meio da imposição de dificuldades práticas aos contribuintes. O fulminado artigo 1º da referida lei federal estabelecia a necessidade de prova da quitação de “tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias”, para o fim de “transferência de domicílio para o exterior” (art. 1º, inc. I), de “habilitação em licitação promovida por órgão da Administração Federal Direta, Indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União” (art. 1º, inc. II), de “registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa” (art. 1º, III), e, em operações acima de determinado valor, para o fim de “registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos” (art. 1º, IV, “a”), “registro em Cartórios de Registro de Imóveis” (art. 1º, IV, “b”) e “operação de empréstimo e financiamento junto à instituição financeira exceto quando destinada a saldar dívidas para com a Fazenda Nacional, Estaduais ou Municipais” (art. 1º, IV, “b”).

O julgamento, em verdade, tão-só reflete conhecida posição do STF contrária ao uso das denominadas “sanções políticas” como instru-

mento de polícia tributária<sup>1</sup>. Desse entendimento, aliás, decorreram as súmulas 70, 323 e 547 daquele Tribunal Superior, cujos verbetes, já históricos, são manejados com acentuada freqüência nos debates forenses:

Súmula 70: *"É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo"*.

Súmula 323: *"É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos"*.

Súmula 547: *"Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais"*.

Há quarenta anos, em acórdão relatado por Aliomar Baleeiro, pontificava-se, por exemplo, que *"se pode afirmar pacificada a jurisprudência. O S.T.F., pleno, por unanimidade, julgando os Recursos Extraordinários nºs 60.663 e 63.047, relatados pelo eminente Ministro Gonçalves de Oliveira decidiu que a Fazenda Pública deve cobrar seus créditos pelo executivo fiscal, sem bloquear nem impedir direta ou indiretamente com invocação daqueles diplomas da ditadura (a saber, Dec.-leis 5/37 e 42/37), a atividade profissional lícita do contribuinte. Assim já se haviam pronunciado as Turmas"* (RE nº 64.054-SP, 24/4/1968).

Não obstante a previsibilidade da conclusão alcançada pelo Supremo — no sentido de que, nos termos do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, *"as normas impugnadas operam inequivocamente como sanções políticas"* —, há advogados que nela vêm enxergando precedente contrário à exigência de regularidade fiscal como requisito para habilitação em licitações públicas. Consoante esse arrebatado ponto de vista, as mesmas razões que animaram o STF no julgamento da ADI 394 se prestariam igualmente à vulneração do inciso IV do art. 27 (Art. 27. *Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: ... IV – regularidade fiscal*) e do art. 29 da Lei 8.666/93. O raciocínio é o de que o inciso II do art. 1º da Lei 7.711/88 partilharia a mesma vocação autoritária dos demais incisos enfrentados pelo STF,

<sup>1</sup> Segundo Hugo de Brito Machado, *"prática antiga, que, no Brasil, remonta aos tempos de ditadura de Vargas, é a das denominadas sanções políticas, que consistem nas mais diversas formas de restrições a direitos dos contribuintes como forma obliqua de obrigá-los ao pagamento de tributos. São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias em face de pequena irregularidade no documento fiscal que as acompanha, o denominado regime de fiscalização (...). As sanções políticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de órgãos públicos (...)* e b) configuram cobrança sem o devido processo legal (...)". (Curso de direito tributário, Malheiros, 2004, p. 468).

na medida em que também veicularia “sanção política”, e, desse modo, teria escapado da declaração de inconstitucionalidade porque circunstancialmente revogado pela superveniente Lei de Licitações; as deficiências que o maculariam, contudo, teriam sido viciosamente transmitidas à norma sucessora hoje em vigor.

O argumento peca por emprestar insensata relevância à topografia dos incisos do art. 1º da Lei 7.711, como se o inciso II pudesse ter sido contaminado pela proximidade física com os incisos que o STF houve por bem expurgar. “Diz-me com quem andas e direi quem és”. O velho ditado, contudo, aqui não se aplica.

O “caput” do artigo 1º da Lei 7.711 a que se associa o inciso II ora debatido traduz exigência bem mais rigorosa do que a preconizada na lei de licitações. Enquanto aquele exigia, com rigor, a prova de “quitação” de tributos, esta, obediente aos limites do inc. XXI do art. 37 da CR<sup>2</sup>, exige documentação relativa a “regularidade fiscal”, que outra coisa é. Como bem observado por Marçal Justen Filho, *“não se contraponha que a ‘Lei de Licitações’ instituiu essa sistemática, adotando regras de cunho vinculado acerca da submissão da habilitação à comprovação da ausência de qualquer dívida em face da Fazenda Pública. Essa afirmativa não encontra respaldo na Lei. Ela retrata uma dentre diversas interpretações possíveis. E não pode ser admitida porque infringe o princípio da razoabilidade. Quando o edital desborda dos limites da razoabilidade e consagra o desvio de poder, ele tem de ser reprovado. De todo o modo, se a Lei tivesse imposto solução despropositada dessa ordem, ter-se-ia de reconhecer sua própria invalidade, caracterizando o desvio de poder em nível legislativo”* (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, ed. Dialética, 11ª edição, p. 312).

Ademais, as “sanções políticas” caracterizam-se pelo desvio de finalidade que encerram. O Judiciário as identifica em exigências desconectadas da atuação administrativa concretamente promovida. A interdição de estabelecimento deve ser levantada uma vez superada a situação de ilegalidade que a ensejou; a circunstancial inadimplência do contribuinte

---

2 Art. 37. (...)XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações



não deve obstar o exercício normal de sua atividade<sup>3</sup>; e assim por diante. A Fazenda, nesses casos, deve se valer dos meios privilegiados de cobrança que o ordenamento coloca à sua disposição. Não se trata, porém, de salvo-conduto que autorize as empresas a agir desembaraçadamente segundo o que entender melhor. Convém, como em tudo, evitar exagero. Há situações, sim, que autorizam o Estado a exigir regularidade fiscal do contribuinte: *“O que a jurisprudência não suporta é que, em razão de débitos tributários, seja obstaculizada direta ou indiretamente a continuidade da vida empresarial privada do contribuinte. Não há princípio constitucional que vede à Administração, ainda mais quando autorizada por lei, a cautela facultada ao empresário para informar-se de seus débitos e negar crédito ao devedor remisso”* (STF, SS 975/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence); *“A hipótese de retenção temporária de mercadorias prevista no art. 163, §7º, da Constituição de São Paulo, é providência para a fiscalização do cumprimento da legislação tributária nesse território e consubstancia exercício do poder de polícia da Administração Pública Fazendária, estabelecida legalmente para os casos de ilícito tributário. Inexiste, por isso mesmo, a alegada coação indireta do contribuinte para satisfazer débitos com a Fazenda Pública”* (STF, ADI 395, Rel. Ministra Carmem Lúcia, v.u., DJU 17.08.2007).

A regularidade fiscal exigida daqueles que pretendam celebrar contratos com a Administração não constitui, a toda evidência, meio indireto de arrecadação de tributo. Dentre outras razões, é medida indispensável de verificação da capacidade econômica de cumprimento das obrigações a serem assumidas. O interesse do licitante subordina-se ao interesse público de que os contratos administrativos sejam desempenhados com eficiência, e de que os serviços públicos proporcionados por esses ajustes não sofram solução de continuidade. A cautela, como visto, é prestigiada pela Constituição (art. 37, XXI). A proporcionalidade da exigência em ambiente contratual repele o desvio vislumbrado pelo STF na Lei 7.711/88: *“Rigorosamente, poderia tratar-se de meio indireto de cobrança de dívidas, o que poria em questão a inconstitucionalidade das exigências. Observe-se que o STF tem jurisprudência firme, no sentido*

<sup>3</sup> (...) Não pode o Estado, sob pretexto algum, condicionar a concessão de inscrição fiscal, sua reativação ou manutenção, ao pagamento do crédito tributário vencido ou vincendo, ou mesmo à concessão de garantias ou emissão de notas fiscais avulsas, com ou sem pagamento antecipado de imposto, sob pena de inverter a ordem dos fatores, atribuindo ao Estado a permissão e o controle do exercício de qualquer atividade econômica, quando é ele, na verdade, mero participante da arrecadação empresarial, via tributos, para cuja cobrança dispõe de meios próprios, adequados e até privilegiados”. (STF, AI 533761/RS, Rel. min. Carmem Lúcia)

*de que a irregularidade fiscal não pode acarretar a inviabilização do exercício de atividades empresariais. Deve admitir-se, porém, a possibilidade de o ente público recusar contratação com sujeito que se encontre em situação de dívida perante ele. A exigência da Lei, no caso de licitação, não é inconstitucional (...) E o próprio STF reconheceu a inconstitucionalidade apenas quando houvesse impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial. A simples limitação, tal como a proibição de contratar com instituições financeiras governamentais, foi reconhecida como válida” (Marçal Justen Filho, op. cit., p. 312). A Lei 8.666/93, de fato, não afeta a capacidade de a empresa não habilitável realizar contratos privados, esquadrihando parceiros mais lenientes.*

A declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 7711/88, portanto, não equivale à abolição da exigência de regularidade fiscal como requisito de habilitação em licitações. Em certa medida, o alardeamento de conclusão diversa visa a reabrir debate, há muito encerrado em favor da Administração, que se travou a respeito da validade das limitações introduzidas pela Lei 8.666/93. A exacerbação artificial dos limites da decisão do STF, contudo, é estratagem retórica de fácil refutação. No julgamento da ADI 394 investigaram-se hipóteses sumamente diversas, insuscetíveis de ampliação desmedida. Apesar disso, não é improvável que o Judiciário, sob novo fundamento, seja provocado por licitantes que não reúnam condições fiscais de habilitação.

# ***Direito e Sociedade da Informação***

## ***Breves Anotações***

Maria Sylvia Ribeiro Pereira Barretto

---

Procuradora do Município de São Paulo

A convivência diária com a Internet é hoje realidade e vem exigindo uma profunda reflexão conceitual no mundo jurídico.

Com efeito, o que se convencionou chamar de “sociedade da informação”, surge no final do século XX com a utilização dos computadores e sua integração em rede, a partir de um projeto resultante da pesquisa universitária e centros de estudos ligados ao Departamento de Defesa dos EUA.

A utilização ampla da Internet ao extrapolar a fronteira dos países, trouxe perplexidades ao mundo jurídico anteriormente não imaginadas. Nesta nova era, a informação passa a ser o ativo mais importante. Ou seja: conhecimento e informação passam a ser mercadoria, tornam-se estratégicos. A própria idéia da materialização da propriedade passa a ser discutida, para dar lugar ao conceito de “bundle of rights”, um novo de relações.

Os resultados são visíveis em questões ligadas à soberania dos Estados e à liberdade de informação. A Internet permite a comunicação sem fronteiras, permite trocar informações, firmar contratos ou eventualmente, a prática de ilícito sem a presença física.

Inicialmente, a Internet foi vista pelo mundo acadêmico como um veículo para a ampla troca de idéias e informações, que deveriam ser aplicadas em benefício da sociedade. No entanto, a utilização estendeu-se para formar redes sociais e negócios em geral, originando um novo conceito na formação da empresa, seus relacionamentos com trabalhadores, fornecedores e consumidores, na própria administração e processo de produção. Fala-se hoje em uma “nova economia”, integrada por redes de compradores, fornecedores, processos, serviços e colaboração, onde os negócios são realizados “ponto a ponto”, com sistemas próprios de encomenda e pagamento, inclusive para garantia de segurança das transações.

O Direito não tem sido alheio a tais manifestações. Diversas têm sido as iniciativas legislativas e mesmo decisões judiciais buscando soluções para questões que envolvem imagem, privacidade, proteção de dados, comércio eletrônico, direito autoral, nomes de domínio, segurança da rede e luta contra o ilícito.

No entanto, os problemas que estão a surgir são enfrentados não somente no plano legal, mas pela interação da lei com a tecnologia e o comércio.

No plano legislativo, necessário mencionar o trabalho de harmonização jurídica que vem sendo feito pela União Européia, por meio da edição de Diretivas pelo Parlamento Europeu. Tais Diretivas vêm sendo gradualmente recebidas pelas legislações dos países membros.

Assim, a Diretiva sobre "E Commerce", do ano 2000, que teve como fundamentos a livre circulação de mercadorias e serviços, abertura de empresas, para superação das fronteiras. Nesta Diretiva há regras específicas relativas à identificação do provedor de serviços, assim como para conclusão do contrato e aceitação do consumidor, predominando as regras que obrigam à informação em favor do consumidor.

Quanto às Assinaturas Eletrônicas, a Diretiva 1999/93 proclamou de forma geral a aceitabilidade da assinatura eletrônica, estabelecendo requisitos de validação, sem os quais não seria possível a plena utilização dos Contratos Eletrônicos.

No que respeita ao Direito Autoral, o Parlamento Europeu editou a Diretiva 2001/29 CE que alterou as Diretivas 92/100 CEE e 93/98 CEE objetivando a proteção jurídica dos programas de computador, direito de aluguel, comodato de certos direitos conexos do direito de autor e matéria de propriedade intelectual, duração da proteção do direito do autor e certos direitos conexos e proteção de bases de dados. A Diretiva abrange os domínios do direito de reprodução, direito de comunicação e direito de distribuição.

No Brasil, está em discussão o Projeto de Lei 89/2003, que pretende definir novos tipos de crimes, praticados pela Internet, voltado prioritariamente para a punição pela utilização de dados protegidos, a partir do fornecimento de dados pelos provedores, considerado por muitos como violação de privacidade. Sem embargo, vem sendo prática a partir da assinatura de termo de acordo com o Ministério Público a utilização de um filtro

de imagens, objetivando a remoção de conteúdo abusivo, especialmente relacionado à prática de pedofilia, bem como a manutenção de registros de acesso e números de IP de todos os usuários do site de relacionamentos Orkut por pelo menos 180 dias.

A aceitação da assinatura eletrônica e contrato eletrônico, atualmente utilizados por milhões de brasileiros, foi objeto da Medida Provisória 2.200-2, cujo artigo 10 reconhece validade aos documentos eletrônicos, públicos ou particulares, que obedeçam ao sistema de certificação estabelecido pela norma.

Desde então, o documento eletrônico vem sendo empregado largamente pela Administração Pública, inclusive pelos Tribunais, que passaram a admitir a interposição de recursos via fac símile e atualmente, pela via eletrônica. Além disto, recursos como o acompanhamento processual via internet e requisição de certidões passaram a ser utilizados pelo Judiciário.

O exame da jurisprudência brasileira revela que diversas questões têm sido debatidas no Judiciário.

Fabio Henrique Podestá<sup>1</sup> relata a hipótese "na qual um determinado funcionário de carreira, contando com mais de 30 anos de vínculo empregatício em conhecida e sólida instituição financeira, começou a receber em seu terminal de computador um série de mensagens pelo correio eletrônico da "internet" (e mail) nas quais o autor declaradamente, pretendia realizar certa campanha difamatória e injurante visando provocar sua demissão." O processo foi extinto, entendendo o prolator da decisão que a medida cautelar proposta continha caráter satisfativo, por requerer somente a identificação da pessoa que enviou a mensagem e futuramente ajuizar ação de responsabilidade civil por ofensa à honra do autor, sendo que em tal hipótese não poderia ser responsabilizada a provedora, por ser mera hospedeira de serviços prestados com relação ao sistema de comunicação da internet.

Mais recentemente, em decisão proferida nos autos do processo número 70023794233, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>2</sup>, reformando a decisão de primeiro grau que havia julgado extinto o processo, determinou a identificação de computador que criou perfil falso no site de

<sup>1</sup> Direito à Intimidade em Ambiente de Internet- Fabio Henrique Podestá, in *Direito & Internet, Aspectos Jurídicos Relevantes*  
<sup>2</sup> In [www.TJ.RS.gov.br](http://www.TJ.RS.gov.br)

relacionamentos Orkut, entendendo que “a demora na produção da prova pode por em risco a permanência dos registros dos usuários e mensagens ora existentes, o que poderá dificultar em muito a produção da prova que se pretende, podendo até mesmo inviabilizá-la”.

Em matéria de direito autoral, a discussão torna-se mais candente. Discute-se a reprodução ilegal desde a difusão das máquinas copiadoras. A distribuição de material em rede apenas agravou o problema posto que tal disponibilização não caracteriza a existência do domínio público.

São questões atuais a proteção jurídica às bases de dados e a criações autorais, que utilizam a Internet ou outras plataformas de distribuição digital (celulares ,TV digital e outros equipamentos), ficando assente que a produção artística que utiliza o meio digital é passível de proteção pelo Direito Autoral.

Recente disputa judicial envolveu a discussão entre Livraria Cultura Editora Ltda e Buscapé Informação e Tecnologia Ltda., sobre a utilização de base de dados de resenhas de livros, com pedido de indenização por violação de direitos autorais. Em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi provido recurso de agravo de instrumento (Agravo de Instrumento nº 194.384.4/8) para revogar a decisão que concedera a liminar em favor do autor da ação, que obrigava a retirada do material do site da internet. Entendeu o Tribunal que não havia verossimilhança da situação jurídica apresentada, a ensejar a concessão da liminar para imediata cessação da veiculação das informações, de forma a causar a vedação do exercício da atividade da empresa ré.

O compartilhamento de músicas pela internet, permitido por tecnologias diversas, gerando cópias ilegais, ensejou ações judiciais para apreensão de computadores e indenizações, em diversos países.<sup>3</sup>

Tal situação tem determinado a adoção de novos modelos de negócios. Em alguns casos facultta-se ao usuário selecionar as músicas que deseja obter, mediante pagamento de um determinado valor, ou até mesmo gratuitamente, com a autorização do artista.

Ao mesmo tempo, o controle tecnológico vem sendo aperfeiçoado constantemente, objetivando evitar que cópias não autorizadas de determi-

---

<sup>3</sup> Diversos periódicos e sites anunciaram a recente condenação de um indivíduo nos Estados Unidos a uma indenização de \$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil dólares) pelo download ilegal de músicas.

nado trabalho, por meio de processos conhecidos com DRM (Digital Rights Management).

Com objetivo de compatibilizar a proteção autoral com a facilidade de acesso pela internet, vem sendo difundido mundialmente o projeto "Creative Commons" que incentiva a autorização de cópias de trabalhos em meio digital, bem como seu compartilhamento. Trata-se de um projeto da Universidade de Stanford, Califórnia, que permite ao próprio autor apor na obra determinado sinal de utilização universal, e desta forma estabelecer os limites para comunicação, distribuição e reprodução de sua criação.

No plano dos negócios, são de grande atualidade as discussões sobre nomes de domínio, assim como relativamente às novas formas de concorrência desleal, a partir de links e meta tags.

Os chamados nomes de domínio não se confundem com marcas. Patricia Peck<sup>4</sup> escreve "o domínio não é um endereço eletrônico e sim a união entre território e valor", citando como exemplo "uma das empresas que mais propõe ações visando a proteger o nome de domínio, a America Online (AOL) – que litigou contra a empresa curitibana America On Line Telecomunicações Ltda, pelo domínio www.aol.com.br e só atingiu seus objetivos com acordo entre as partes". Inúmeros outros casos são citados por Jacques Labrunie,<sup>5</sup> a demonstrar a importância que adquiriu a Internet para os negócios das mais diversas áreas.

Sem embargo das situações em que ocorre o registro do nome de domínio de uma marca famosa, há inúmeras outras que podem caracterizar a concorrência desleal, ou mesmo situações inusitadas, como lembra Patricia Peck: "os dirigentes de um país como Tuvalu (uma ilha do Pacífico Sul que tira seu sustento da venda de cocos e selos para colecionadores e detém a terminação TV obviamente visada por empresas de telecomunicação de todo o planeta) estudam vender essa terminação para uso geral e lucrar com isso bem mais que o PIB anual da ilha".

Finalmente, interessante anotar como citamos acima, a eventualidade de concorrência desleal por meio de links, meta tags e caching, palavras usualmente empregadas em inglês.

Linking é a ligação de um website com outro, permitindo a visita

<sup>4</sup> Patricia Peck, *Direito Digital*, pag 64.

<sup>5</sup> Jacques Labrunie *Conflitos entre nomes de domínio e Outros sinais distintivos*, *Direito & Internet*.

de uma página a partir de outra e pode ser ilicitamente utilizado para levar o usuário, potencial cliente para outra página, ou permitir a utilização de informações existentes em determinado website.

Metatags são as palavras inseridas no website para sua catalogação conforme o assunto tratado. Tal recurso pode ser indevidamente empregado para permitir que determinado site seja encontrado mesmo que em busca relacionada a outro assunto ou produto.

Concluo portanto com a reflexão sempre precisa do Prof José Oliveira Ascensão, mestre da Universidade de Lisboa “Criou-se a consciência que a informação é o elemento estratégico do processo social. A quantidade de informação disponível cresceu exponencialmente. A informação foi utilizada como nunca na história, na propaganda política, na estratégia militar, na comercialização. Mas o significado da informação disponível depende de produzir ou não o conhecimento. O valor da informação não se mede por quantidades . A questão passa a ser: esta informação produz conhecimento ou não? A sociedade de massas oferece uma quantidade fantástica de informação disponível mas de que só marginalmente resulta informação assimilada. Ela não gera por si o conhecimento.”

## **BIBLIOGRAFIA**

- Castells, Manuel – A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade ; Jorge Zahar Editor
- De Lucca, Newton e Simão Filho, Adalberto - Direito & Internet Aspectos Jurídicos Relevantes, 2ª edição, Editora Quartier Latin
- Peck, Patricia – Direito Digital , Editora Saraiva
- Ascensão, José de Oliveira - Propriedade Intelectual e Internet in, Direito da Sociedade da Informação – volume VI – Associação Portuguesa do Direito Intelectual
- Direito da Tecnologia da Informação – Fundação Getulio Vargas/FGV Online
- Material de classe – Direito da Sociedade da Informação , Lisboa, 2007
- Material de classe - E Law Summer Institute 2008, Cork, Ireland, UCC University/ Pierce Law University



Site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – acesso em 26/08/2008

Site [www.legis.org](http://www.legis.org) – acesso em 25/08/2008

Site da Comunidade Europeia – [HTTP:// Europa.eu/scadplus/leg/PT/lvb/126053.htm](http://Europa.eu/scadplus/leg/PT/lvb/126053.htm) – acesso em 25/08/2008

# ***Réquiem pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público?***<sup>1</sup>

Rodrigo Bordalo Rodrigues

---

Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Professor no Complexo Jurídico Domósio de Jesus, Procurador do Município de São Paulo, Advogado em São Paulo e Conselheiro do CADES (Conselho Municipal do Meio Ambiente do Município de São Paulo).

## **1. Colocação do problema**

Representa uma lição escorreita no âmbito do Direito Administrativo a relevância assumida pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Parcela significativa da doutrina lhe confere a compostura de princípio informativo da atividade administrativa, verdadeira diretriz de todos os demais princípios<sup>2</sup>. Destaque seja dada à lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio da supremacia representa uma das "pedras de toque" do regime jurídico-administrativo, "verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público"<sup>3</sup>. Dele decorre a posição privilegiada da Administração nas relações com os particulares, traduzida, sobretudo, nos privilégios atribuídos ao Poder Público.

Tamanha a importância do princípio, que sua incidência não se restringe ao regime jurídico-administrativo. Reverbera por todo o Direito Público<sup>4</sup>. Como assinalado por José Cretella Júnior, "Este princípio, princípio da supremacia do interesse público, que informa todo o direito adminis-

---

1 A adoção do título do presente trabalho deveu-se ao apreço pela sublime figura de linguagem utilizada pela jurista portuguesa Maria João Estorinho em sua obra "Réquiem pelo contrato administrativo" (Editora Almedina).

2 Edmir Neto de Araújo destaca que o princípio da supremacia do interesse público, ao lado do princípio da legalidade, representa o mais importante no âmbito do Direito Administrativo ("Curso de Direito Administrativo", São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49).

3 "Curso de Direito Administrativo", São Paulo: Malheiros, 15ª edição, 2003, p. 60. Prossegue o mesmo autor, salientando: "Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último" (ob. cit., p. 60).

4 Paulo de Barros Carvalho, sobre o princípio aludido, ensina: "Diretriz implícita, mas de forte e profundo poder de penetração em todas as regras de direito público, exalta a superioridade dos interesses coletivos sobre os de indivíduos, como instrumento valioso e para coordenação das atividades sociais, num ambiente de ordem e respeito aos direitos de todos os súditos" ("Curso de Direito Tributário", São Paulo: Saraiva, 11ª edição, 1999, p. 113).

trativo, norteando a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos normogenéticos, de maneira alguma é princípio setorial, típico específico de direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional<sup>5</sup>.

No direito estrangeiro, aponta-se o ensinamento do espanhol Garrido Falla, citando doutrina italiana:

*“un administrativista italiano, muy conocido, Vitta, en su Diritto Amministrativo, edición 1948, dice a propósito de los derechos de supremacía de la Administración pública y la libertad del particular: ‘... en las relaciones privadas, el legislador está dominado por el concepto de la equivalencia de los intereses en pugna...: en cambio, en las relaciones entre el individuo y la Administración pública, el legislador está dominado por el concepto de la prevalencia de los intereses de la segundo sobre lo del primero, y la libertad no se tutela sino en cuanto no se dan al respecto derechos de supremacía del ente público’. (...)”*

*El Derecho público implica, por definición, la desigualdad de las partes. La Administración, por un lado, los particulares, por otro, no son portadores del mismo tipo de intereses. Los intereses de la Administración son intereses prevalentes, y esto es dogma en Derecho administrativo, frente a los intereses de los particulares”<sup>6</sup>.*

A própria jurisprudência dos Tribunais superiores evoca com frequência o princípio da supremacia, assumindo em vários julgados o condão de valor fundamental<sup>7</sup>.

Ocorre que a proeminência da supremacia do interesse público vem sendo posto em xeque por prestigiados estudiosos, que refutam

5 “Princípios Informativos do direito administrativo”, in Revista de Direito Administrativo, v. 93, p. 4.

6 “Las Transformaciones del Régimen Administrativo”, apud Patrícia Bellata, “Transformações do Direito Administrativo”, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 183-184. Ressalta-se que as lições de Garrido Falla são citadas, em igual contexto, por Celso Antônio Bandeira de Mello (ob. cit., p. 48).

7 No âmbito do STF, ADI/MC-1000/DF, Min. Celso de Mello: “A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, (...)” (J. 01/03/99, DJU 10/09/99). No STJ: “A desapropriação é tomada originária de aquisição da propriedade, pois a transferência da propriedade opera-se pelo fato jurídico em si, independentemente da vontade do expropriado, que se submete aos imperativos da supremacia do interesse público sobre o privado” (REsp n. 468.150-RS, rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJU 06.02.06, p. 169).

por completo a sua permanência no sistema<sup>8</sup>. O incremento de tais lições insere-se no contexto do chamado pós-positivismo, igualmente alcunhado neoconstitucionalismo, consubstanciado, dentre outros aspectos, no reconhecimento da força normativa da Constituição, bem assim na valorização dos direitos fundamentais<sup>9</sup>.

Humberto Ávila, em célebre artigo intitulado "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o privado'", propugna que o princípio em tela representa mero postulado ético-político, não constituindo objeto da Ciência do Direito<sup>10</sup>.

No mesmo sentido leciona Gustavo Binembójm, que expressamente acolhe a argumentação suscitada por Humberto Ávila. "O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação, *a priori*, de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual"<sup>11</sup>.

Outros doutrinadores, se não repelem o postulado ora analisado, fomentam o debate no sentido de seu redimensionamento. É o que propõe Floriano de Azevedo Marques, que substitui a clássica noção de supremacia pela nova feição de *prevalência dos interesses públicos*, da qual se desdobram a interdição do atendimento de interesses particularísticos, bem como a necessidade de ponderação justificada dos interesses envolvidos no caso específico<sup>12</sup>. No mesmo sentido assinala Odete Medauar, que igualmente evoca a noção de ponderação dos interesses presentes em dada circunstância<sup>13</sup>.

Como se percebe, trata-se de embate acerca de questão fundamental que rege o Direito Administrativo. Discussão esta que vem sofrendo um incremento notável nos últimos dez anos, muito em função das transformações por que vem passando o Direito Público.

8 V obra coletiva "Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público" (coord. Daniel Sarmiento), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

9 Luis Roberto Berroto, "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)", in RDA n. 249, p. 12-13. Afirma Gustavo Binembójm que "A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade" ("Uma teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização", Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 69).

10 In: Revista Trimestral de Direito Público n. 24, p. 174. A análise precedida por Humberto Ávila segue uma metodologia extremamente articulada, consistente em afastar o "princípio" da supremacia do interesse público das condições de *axioma, postulado e norma* (categorias estas reconduzíveis à definição *latu sensu* do princípio).

11 Ob. cit., p. 104.

12 "Regulação estatal e interesses públicos", São Paulo: Malheiros, 2002, p. 165.

13 "Direito Administrativo Moderno", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152.

Desde já convém salientar que não se pretende fazer ouvidos moucos aos novos paradigmas do Direito Administrativo. Fazê-lo seria desconsiderar a realidade, olvidar o próprio dinamismo inerente ao fenômeno jurídico, atitude esta inadmissível ao operador do Direito.

Contudo, o reconhecimento e a admissão de tais mudanças não levam inexoravelmente a uma superação absoluta dos pressupostos vigentes até então. Sobretudo na seara em análise – um dos postulados do regime jurídico de Direito Administrativo –, a necessidade de cautela sofre considerável incremento.

## 2. Fundamentos da antítese

A leitura do que já se escreveu acerca da “desconstrução” ou abandono do princípio da supremacia do interesse público permite aglutinar a respectiva argumentação em três aspectos. Trata-se, aliás, de semelhante fundamentação suscitada pelos juristas que tão-somente redimensionam o princípio.

Em primeiro lugar, a categorização como um *princípio* de supremacia implica na necessária *ponderação* entre os valores em jogo. O pressuposto que permite tal correlação está assentado em um aspecto fundamental do Direito Constitucional contemporâneo: a normatividade jurídica dos princípios.

A par da abstração que lhes sempre foi ínsita, a nota da normatividade afasta o entendimento de outrora, segundo o qual os princípios detêm função supletiva, ou seja, meramente integradora. A caracterização dos princípios constitucionais igualmente não escapava de tal compostura, porquanto eram entendidos como “proclamação retórica de valores e diretrizes políticas”<sup>14</sup>.

A evolução da noção principiológica foi bem notada por Carmem Lúcia Antunes Rocha, de acordo com a seguinte passagem:

---

14 Gustavo Binembajm, *ob. cit.*, p. 61.

*“Se é certo que o constitucionalismo moderno – como todo e qualquer sistema normativo-jurídico – sempre teve princípios magnos fundamentais, é identicamente correto afirmar que a principiologia constitucional nem sempre foi considerada dotada de vigor jurídico definitivamente impositivo, mas muito mais sugestivo ou meramente informativo para efeito de hermenêutica da Constituição. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais foi sendo construída a partir da idéia de ser a Constituição uma lei e, como tal, carregada da coercitividade que domina todas as formas legais. Daí que os princípios fundamentais foram crescendo em importância e eficiência nos últimos séculos, até adquirir foros de ordem definida e definidora de todas as regulações jurídicas”<sup>15</sup>.*

Na medida em que os princípios detêm, ao mesmo tempo, uma normatividade eficaz e uma abstração demasiada, a sua aplicabilidade no mundo fenomênico (eficácia prática) sofre gradações constantes, umas vezes incidindo com grande amplitude e força, em outras repercutindo de maneira mais atenuada. É o que Robert Alexy denomina *mandado de otimização* entre os princípios<sup>16</sup>, “no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas”<sup>17</sup>. Como se vê, representa metodologia diversa daquela dispensada às regras, que são normas binárias, aplicadas de acordo com a lógica do “tudo ou nada”.

Inevitável a correlação de tal estrutura maleável dos princípios com o postulado da proporcionalidade, que assume feição instrumental em relação ao mecanismo de ponderação.

Em segundo lugar, a ausência de uma correspondência no ordenamento jurídico impede um reconhecimento, mesmo que implícito, do princípio da supremacia do interesse público. Esta argumentação foi bem enfatizada por Humberto Ávila, para quem “ele [o princípio em tela] não resulta, *ex constitutione*, da análise sistemática do Direito”<sup>18</sup>.

15 “Princípios Constitucionais da Administração Pública”, Belo Horizonte: Del Rey, 1984, p. 42.

16 As lições do alemão Robert Alexy, conquanto ainda passíveis de crítica, vem assumindo um certo destaque na literatura jurídica pátria que trata do Direito Público. Sua principal obra, inclusive, foi vertida recentemente para o português pelas mãos de Virgílio Afonso da Silva (“Teoria dos Direitos Fundamentais”).

17 Gustavo Binetti Jm. *ob. cit.*, p. 31.

18 *Ob. cit.*, p. 165.

Pelo contrário, os dispositivos constitucionais apontam para um norte oposto, vale dizer, de salvaguarda aos interesses privados consubstanciados nas cláusulas dos direitos e garantidas fundamentais dos indivíduos<sup>19</sup>. De tal modo que, em caso de contraposição e choque, deve ser dada prioridade aos interesses privados. A prevalência dos direitos fundamentais aponta para um ônus argumentativo em favor do indivíduo, consubstanciado no brocardo *in dubio pro libertate*<sup>20</sup>.

Finalmente, a indeterminação do conteúdo de interesse público afasta um reconhecimento *a priori* de supremacia. A própria multiplicidade de seus contornos aponta na mesma direção. Não se fala mais em *interesse público*, e sim em *interesses públicos*, demonstrando a heterogeneidade das finalidades concretas a serem efetivadas pelo Estado<sup>21</sup>.

Ademais, ainda segundo os críticos do princípio da supremacia, a dissociação entre interesse público e privado repele noções imbricadas constitucionalmente, porquanto, como visto, o Estado representa uma realidade instrumental para a salvaguarda dos direitos fundamentais. Vale dizer, representa conteúdo imanente do interesse público a dimensão dos interesses individuais relacionados com os direitos fundamentais. Daí representar um paradoxo inaceitável o estabelecimento de uma relação de supremacia do interesse público diante do privado.

### 3. Síntese: superação do princípio da supremacia do interesse público?

As fundamentações adrede expostas são se vislumbram, regra geral, objeções significativas. O que se discute é a sua suficiência, teórico-metodológica, para abalar a noção de supremacia do interesse público.

Para tanto, será verificada a compatibilidade entre o conteúdo do princípio da supremacia do interesse público e os novos paradigmas acima assinalados. Vejamos.

A doutrina que trata especificamente do princípio da supremacia do interesse público não olvida do seu caráter relativo.

19 "A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição-cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal" (ob. cit., p. 165). Aponta nesse sentido, segundo o autor, os artigos 1º a 4º (normas princípios fundamentais), artigos 5º a 17 (direitos e garantias fundamentais) e artigos 145, 150 a 170, dentre outras (normas-princípios gerais), todas da Constituição Federal.

20 Humberto Ávila, ob. cit., p. 166.

21 Floriano de Azevedo Marques, ob. cit., p. 153.

Basta verificar, segundo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que a noção acerca do regime jurídico-administrativo se pauta pela dialeticidade entre, de um lado, o pressuposto da supremacia e, de outro, o da indisponibilidade do interesse público. Isto representa a clássica distinção levantada pela doutrina, nacional e estrangeira, que sintetiza o Direito Administrativo por meio da contraposição entre autoridade e liberdade, prerrogativas e sujeições, privilégios e garantias, poder e direito.

A noção de ponderação ou adequação entre estas duas noções gerais encontra-se, pois, embutida em tal esquema. Tal correlação representa uma imanência do regime jurídico-administrativo, sem a qual haveria deflagração do nepotismo ou da anarquia, conforme a radicalização pela autoridade ou liberdade, respectivamente.

Trata-se de ensinamento disseminado nas lições de Direito Administrativo. Já Oswaldo Aranha Bandeira de Mello o reproduzia:

*“embora se não possam prefixar, a priori, as normas de direito público ou privado, é impossível adotar-se exclusivamente o regime de coordenação comutativa entre as partes, porque seria impossível a autoridade, elemento de coexistência social. Tampouco seria possível reduzir-se tudo à subordinação, porque seria eliminar a liberdade, elemento definidor do Homem, ser racional e livre, razão da vida social”<sup>22</sup>.*

Assim também o pensamento do jurista argentino Roberto Dromi: “La antítesis entre estas dos polaridades no puede resolverse por una u otra, pues se corre el riesgo de caer en el despotismo e en la anarquía, según se opte por la autoridad o la libertad, sin límites y equilibrios”<sup>23</sup>.

Em artigo explicitamente contrário ao de Humberto Ávila, o jurista gaúcho Fábio Medina Osório pondera que “ninguém sustenta, salvo melhor juízo, a existência de um apriorístico e absoluto princípio de supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro, sendo rejeitada a idéia de um princípio que desrespeite o conjunto de direitos fundamentais consagrados na CF”<sup>24</sup>.

22 “Princípios Gerais de Direito Administrativo”, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 6.

23 “Acto Administrativo – ejecución, suspensión y recurso”, 1973, Buenos Aires: Macchi, p. 10.

24 “Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?”, in Revista de Direito Administrativo, n. 220, p. 81. E prossegue o autor: “Resulta, portanto, fundamental e imprescindível contextualizar corretamente o discurso de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o qual defende a existência de um princípio de superioridade do interesse público sobre o privado à luz de um universo dominado pela legalidade administrativa e pelo Estado de Direito Democrático” (ib. cit., p. 81).



A segunda objeção ao princípio da supremacia considera como inexistente qualquer vinculação com o ordenamento jurídico brasileiro. Como salientado por Humberto Ávila, representa, isso sim, um postulado ético-político, inconfundível com normas jurídicas (regras ou princípios)<sup>25</sup>.

No entanto, afasta-se tal argumentação pela evocação do princípio constitucional *implícito* da supremacia do interesse público<sup>26</sup>.

A demonstração da tese inicia-se pela análise das dimensões do princípio da supremacia. Para tanto, valemo-nos da percuciente lição de Fábio Medina Osório, que o decompôs em três aspectos, quais sejam: (i) propulsor de uma cogente finalidade pública; (ii) legitimador dos privilégios concedidos à Administração Pública, e (iii) fundamentador das restrições de direitos individuais estreitadas com o exercício do poder de polícia ou no desempenho de atividades públicas protetivas de bens coletivos<sup>27</sup>.

É inegável que a supremacia do interesse público encerra a idéia, tãoomezinha no âmbito do Direito Público, de uma atuação vinculada à consecução da finalidade pública. A despeito da inexistência de dispositivo constitucional expresso em tal sentido<sup>28</sup>, comumente se evoca o princípio da finalidade, ou mesmo o princípio da impessoalidade, para justificar tal diretriz. Destacamos este, haja vista previsão alçada em nível constitucional, *ex vi* do artigo 37, "caput". Hely Lopes Meirelles, aliás, estabelece uma correspondência marcante entre impessoalidade e finalidade, a ponto de expor que aquele "nada mais é que o clássico princípio da finalidade"<sup>29</sup>. Para prosseguir que "a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público"<sup>30</sup>.

Assinala Livia Zago, em percuciente estudo sobre o princípio da impessoalidade, que este "integra e constitui o objetivo e a finalidade do Estado, que é o interesse público e o bem comum, consistindo, nos termos do elenco de [Genaro] Carrió, parte ou ingrediente importante de algo, propriedade fundamental, núcleo básico, característica central"<sup>31</sup>.

25 Ob. cit., p. 174.

26 V. "Os princípios constitucionais implícitos", in *Cadernos da Direção Constitucional e Ciência Política*, n. 17, p. 28.

27 Ob. cit., p. 80, nota de rodapé n. 12.

28 A Constituição de 1824, pelo contrário, adotava expressamente a diretriz em seu artigo 179, II: "Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública".

29 "Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo: Malheiros, 2001, p. 85.

30 Ob. cit., p. 86.

31 "Princípio da Impessoalidade", Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 136.

Sob tal ótica, e este representa o ponto que consideramos como sendo de tomo, incabível dissociar o conteúdo do princípio da supremacia de uma cogente atuação finalística da Administração. Ao contrário, imbricadas encontram-se tais noções. Isso demonstra, de maneira muito evidente, que da supremacia do interesse público não decorrem tão-somente prerrogativas<sup>32</sup>.

A conclusão é unívoca: o princípio *expresso* da impessoalidade, que aponta para a atuação finalística do Estado, representa corolário do princípio *implícito* da supremacia do interesse público.

Hidemberg Alves da Frota estabelece uma análise semelhante, atrelando o princípio da supremacia à noção de interesse geral da sociedade e da soberania popular. Para então vislumbrar no âmbito dos dispositivos constitucionais uma "centelha" daquele postulado<sup>33</sup>.

Por outro lado, igualmente pela feição das prerrogativas do aludido princípio, pode-se deduzir pela sua integração ao ordenamento jurídico brasileiro.

Embora se reconheça que a Constituição Federal de 1988 assinala como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), verdadeira matriz axiológica dos direitos fundamentais, inegável que tal compostura da Carta Magna não exclui a atribuição de prerrogativas à Administração. Pelo contrário, na medida em que tais privilégios detêm uma função meramente instrumental, ao serviço do bem comum, um dos aspectos pelos quais se dá a efetivação dos direitos fundamentais consiste no exercício das potestades públicas.

Ademais, afastar a imanência principiológica da supremacia do interesse público seria tornar inconstitucional toda e qualquer prerrogativa prevista pela legislação. Não é o que se verifica, contudo. O ordenamento jurídico brasileiro está repleto de normas que conferem privilégios à Administração (a exemplo do poder de alteração unilateral dos contratos administrativos, da possibilidade de aplicação de sanções administrativas, da prerrogativa de desapropriar, tombar e instituir servidão administrativa

32 Fábio Medina Osório (ob. cit., p. 89) aponta que "A prevalência do interesse público sobre o privado é uma norma constitucional direcionada, em primeiro e básico momento, especificamente ao controle das atividades públicas, e dizer, não entra em jogo, desde logo, como um privilégio da Administração Pública em detrimento dos interesses dos particulares (propriedade, liberdade)".

33 "O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular", in: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, v. 239, Jan./Mar 2005, p. 52-55.

sobre o bem dos particulares, da executoriedade detida por muitos atos administrativos, dos prazos processuais diferenciados, dentre muitos outros) e sobre todos eles não incide qualquer mácula<sup>34</sup>.

Consigne-se que a mesma razão justificadora das prerrogativas da Administração se presta a legitimar as ações públicas restritivas de direitos individuais e protetivas de bens coletivos<sup>35</sup>.

Por fim, a consideração feita pela doutrina acerca da necessária correlação entre interesse público e interesse individual se apresenta ineficaz para soçobrar o pressuposto da supremacia. Conquanto a tentativa de precisão do termo interesse público se apresente como “a grande questão do direito administrativo”<sup>36</sup>, impende reconhecer que a doutrina que adota o princípio da supremacia é a mesma que estabelece o liame entre interesse público e privado.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma de maneira muito contundente a existência de tal relação. Assinala o jurista que o interesse público representa o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”<sup>37</sup>.

Igualmente não afasta a supremacia do interesse público o reconhecimento de uma pluralidade de interesses que assumem tal jaez. Dada a complexidade da sociedade atual, não se fala mais em interesse público monocórdio e sim em uma pluralidade de interesses, no âmbito dos quais se incluem os denominados interesses difusos e coletivos. Porém, para a correta inteligência do princípio da supremacia, o respectivo interesse deve ser entendido como o melhor interesse, à luz da ponderação entre os múltiplos interesses envolvidos<sup>38</sup>.

No âmbito da polêmica instaurada, ressalte-se que, aos doutrinadores que “desconstruíram” o princípio da supremacia e propugnaram

34 Maria Sílvia Zanella Di Pietro (*“Direito Administrativo”*, São Paulo: Atlas, 2003, p. 85). Por oportuno, citamos o pensamento de Ricardo Marcondes Martins, que defende o mesmo raciocínio: “legislar é cumprir a Constituição, é concretizar os princípios constitucionais; para editar as leis deve também o legislador efetuar uma ponderação entre os princípios incidentes (...). Ora, se não houvesse o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, as leis instituidoras de prerrogativas à Administração seriam todas inconstitucionais” (*“Efeitos dos vícios dos atos administrativos”*, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 184, nota de rodapé n. 84).

35 Fábio Medina Osório, *ob. cit.*, p. 89.

36 Eros Grau, *“O Direito Positivo e o Direito Pressuposto”*, São Paulo: Malheiros, 6ª edição, 2006, p. 125.

37 *Ob. cit.*, p. 53.

38 Como assinalado por Gustavo Binembom, crítico da supremacia, “o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolva a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível” (*apud* Alice Gonzalez Borges, “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”, *In: Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 3, julho/setembro 2006, p. 150).

pela sua superação, seguiram-se outros, que expressamente afastaram tal entendimento, corroborando a relevância do postulado.

Entre estes, citamos José dos Santos Carvalho Filho, para quem "Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias"<sup>39</sup>.

No mesmo sentido encontra-se Raquel Melo Urbano Carvalho, que pondera: "Afinal, render-se à existência do princípio da supremacia do interesse público não quer dizer negar a existência de outros princípios como o da boa-fé objetiva, da isonomia, da segurança jurídica ou da dignidade da pessoa humana, que incidirão na própria definição do interesse público primário"<sup>40</sup>.

Destaque seja dado à já referida análise procedida por Fábio Medina Osório, bem como ao artigo da lavra de Alice Gonzalez Borges.

Assinala a jurista baiana que o estabelecimento de uma relação imanente entre o princípio da supremacia e o despotismo constitui verdadeiro sofisma, não se podendo confundir a aplicação prática do postulado com a sua configuração jurídico-sistemática<sup>41</sup>.

Pondera - após tecer considerações sobre o interesse público, sua configuração constitucional, bem como o conteúdo de tal noção digna de supremacia - que o princípio ora discutido constitui alicerce da estrutura democrática, motivo pelo qual a sua "desconstrução" merece ser repelida. No entanto, em homenagem aos juristas que propõem a abolição da supremacia do interesse público, aproveitando-se de várias de suas lições, propugna a "reconstrução" da noção combatida, nos seguintes termos<sup>42</sup>:

39 "Manual de Direito Administrativo", 2008, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 27.

40 "Curso de Direito Administrativo", 2008, Salvador: Podium, p. 69.

41 "É preciso não confundir a supremacia do interesse público - alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo - com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática" ("Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?", in: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro: Renovar, n. 3, julho/setembro 2006, p. 139).

42 - "Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?", in: Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro: Renovar, n. 3, julho/setembro 2006, p. 153.

*“Quando o direito administrativo faz da supremacia do interesse público – isto é, a habitual (mas não absoluta, nem eterna) prevalência do querer valorativo majoritário dos integrantes da sociedade – o (único) fundamento e justificativa para o exercício das chamadas prerrogativas de potestade pública, é para manter o mínimo de estabilidade e ordem necessária para a vida em sociedade.*

*(...)*

*Entretanto, a complexidade da vida atual leva ao surgimento de uma multiplicidade de interesses agasalhados na proteção constitucional, que às vezes entram em conflituosidade.*

*Nesses casos, há que sopesá-los, na busca da realização do melhor interesse público, otimizando soluções que resguardam ao máximo possível a inteireza de cada um dos interesses postos em confronto pelas exigências da realidade”.*

#### **4. Conclusão**

Como se vê, reina no cenário doutrinário atual viva polêmica sobre a compostura principiológica da supremacia do interesse público.

No entanto, a despeito da relevância e da percuciência das ponderações dos juristas cujo entendimento aponta para a abolição desta noção, elas não se prestam a afastar o pressuposto da supremacia do interesse público.

Não se trata de rebater os fundamentos desenvolvidos. Inegável, no atual estágio que assume o direito constitucional, a plena eficácia e efetividade dos direitos fundamentais. Igualmente verdadeira a multiplicidade dos interesses em conflito, bem como a necessidade de uma ponderação entre eles.

O que ora se questiona é que, a partir de tais pressupostos, propugne-se pelo afastamento, a título de consequência necessária, do princípio da supremacia do interesse público. No entanto, como visto, verifica-se plena compatibilidade entre tais idéias, motivo pelo qual se reputa como legítima uma coexistência.

Mais do que isso, a noção de princípio da supremacia do interesse público deve se manter íntegra, porquanto funciona como verdadeiro alicerce da estrutura democrática e da própria soberania popular<sup>43</sup>.

Prescindir do princípio da supremacia representaria abdicar do fundamento das prerrogativas do Poder Público e das restrições incidentes nos direitos individuais. Instaurar-se-ia de maneira muito evidente o caos social. Como assinalado por Alice Gonzalez Borges, "Ficaríamos com uma sociedade anárquica e desorganizada, e os cidadãos ver-se-iam privados de um de seus bens mais preciosos, que é o mínimo de segurança jurídica indispensável para a vida em sociedade"<sup>44</sup>. A propósito, acerca da segurança jurídica, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello representar o maior de todos os princípios gerais de direito<sup>45</sup>.

Dai a sua relevância, bem como a necessidade de sua reafirmação. Mais conveniente falar-se em um momento de "amadurecimento" do princípio. Não em uma ocasião fúnebre. Deixemos de lado o réquiem referido no título.

43 Hidenberg Alves Frota, "O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular", In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, v. 239, jan./mar 2005, p. 62-65.

44 Ob. cit., p. 138.

45 Ob. cit., p. 77.

## ***Réplica à contestação na Ação de Improbidade nº 583.53.2005.029775-0***

Dr. Roberto Angotti Jr.

---

Procurador do Município de São Paulo – JUD 43

**EX.MO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA  
DA COMARCA DE SÃO PAULO.**

### **AÇÃO DE IMPROBIDADE**

**Autos nº 583.53.2005.029775-0**

**Nº de ordem 1627/2005**

**Réu: J.L.**

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por seu procurador infra-assinado, nos autos em epígrafe, em curso perante esse MM. Juízo, tendo em vista o r. despacho de fls. 2222, vem à presença de Vossa Excelência, apresentar **RÉPLICA** à contestação apresentada pelo réu às fls. 2074/2117, expondo e requerendo o que segue:

### **1 – BREVE SÍNTESE DO PROCESSO**

Trata-se de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa em que a autora, com base em regular apuração prévia devidamente documentada nos autos, pleiteia a imposição ao réu das penalidades previstas na Lei 8429/92, em função das diversas irregularidades praticadas quando do exercício das funções de Procurador Municipal e curador de heranças arrecadadas na circunscrição do Município (fls. 02 / 1175).



A ação contém, ainda, pedido liminar de indisponibilidade de bens e quebra de sigilo fiscal e bancário, o qual, após judicosa manifestação do representante do Ministério Público Paulista (fls. 1179/1190), foi deferido integralmente, mediante bem fundamentada decisão, pelo magistrado atuante naquela oportunidade (fl. 1191/1192).

Notificado nos termos do parágrafo 7º do art. 17 da Lei de Improbidade, apresentou o réu manifestação preliminar (fls. 1233/1948), requerendo, entre outros pleitos desprovidos de qualquer lógica, a rejeição da ação.

Ouvido novamente o *parquet* (fls. 2049/2063), deliberou esse juízo, como não poderia deixar de ser, pela aceitação da petição inicial, com a determinação para a citação do réu (fls. 2064/2065).

Regularmente chamado à lide, apresentou o réu contestação (fls. 2074/2220), pleiteando os benefícios de gratuidade, a improcedência da ação e a condenação da autora nas penas da litigância de má-fé, mediante argumentos mendazes e desconexos, desprovidos do mínimo de juridicidade, como se passará a expor.

## **2 – DA DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA E DA ABORDAGEM LÓGICA DA PRESENTE RÉPLICA**

Primeiramente, cumpre esclarecer que a contestação apresentada faz expressa referência à manifestação de fls. 1233/1948, declarando-a “parte integrante” da peça de defesa, razão pela qual alguns pontos ali mencionados, que merecem ser abordados, serão objeto da presente réplica.

Dizemos pontos que **merecem ser abordados**, pois, fica claríssimo que o réu intenta desvirtuar o real foco da presente ação, aduzindo considerações desnecessárias e, no mínimo, deselegantes sobre colegas Procuradores, com base em uma imaginária **perseguição** à sua pessoa.

Só não explica, ao menos razoavelmente, o porquê da suposta represália.

Apesar de alegar que há **“perseguição, inicialmente de natureza política, e posteriormente da própria corporação, por ter aforado várias ações criminais contra membros da administração”**, (fl. 1236) é bom que se diga que o réu não esclarece, talvez por carecer de meios para



fazê-lo, qual o evento de natureza "política" que teria ensejado a referida represália.

Também não logra explicar o fato de que, apesar de alegar que a razão da represália por parte da corporação seria o fato de ter oferecido queixa-crime contra alguns colegas, a propositura de tais ações criminais efetivamente só se deu após o início dos procedimentos de investigação e da propositura de algumas ações pela Municipalidade.

Ou seja, após as denúncias de irregularidades e com a instauração de procedimentos de apuração é que os colegas procuradores, no exercício da função, ingressaram com algumas ações contra o réu. Citado para tais ações e no curso delas é que houve a propositura de ações criminais por parte do réu contra eles.

Vê-se, portanto, que não poderiam ser tais ações criminais motivo da suposta **perseguição**, já que o início da apuração dos atos praticados pelo réu e de sua responsabilização em juízo por tais atos precederam as infundadas ações criminais que este promoveu.

Então, por uma mera questão cronológica, percebe-se que, se alguma retaliação houve, esta se deu por parte do réu que, numa atitude desesperada, partiu para uma clara tentativa de intimidação dos colegas.

Demais disso, como já noticiado na inicial, observa-se que o início da apuração das irregularidades praticadas pelo réu sequer se deu de ofício, sendo objeto de denúncia veiculada por particular (fls. 60/64).

Aliás, os fatos apurados também foram objeto de grande alarde na mídia (ANEXO I), não havendo outra providência a tomar que não a sua apuração.

Noticie-se ainda que, após a propositura da presente ação, recebeu a Municipalidade de São Paulo expediente oriundo do Município de Bertioga, no qual é noticiada uma suposta fraude em processo de herança jacente de interesse daquela cidade (ANEXO II).

Será que também naquele Município o réu possui desafetos que queiram prejudicá-lo?

Não há, portanto, qualquer perseguição, represália ou retaliação por parte de qualquer agente, órgão ou entidade Municipal contra o réu, servindo suas alegações de mero subterfúgio para desviar o foco da presente demanda.

Dai porque tais pontos de sua contestação não serão sequer levados em consideração, já que em nada contribuem para a dialética do processo, tratando-se de mero expediente protelatório utilizado pelo requerido, do qual não seremos partícipes.

Portanto, focaremos nos poucos aspectos de alguma relevância fática ou jurídica suscitados pelo réu, com o intuito de esclarecer ainda mais o julgador e não permitir que, em nenhum momento, seja este seduzido pelos falaciosos argumentos do réu.

Neste sentido, após a abordagem preliminar, utilizaremos como base a ordem dos fatos narrada na inicial, já que a repetitiva, prolixa, confusa e inutilmente extensa defesa apresentada não possibilita o embate de seus argumentos numa seqüência lógica.

### **3 – DA CARÊNCIA DE AÇÃO**

#### **3.1 – Do interesse municipal**

Com o insofismável intuito de escapar às penalidades da lei de improbidade, **sustenta o réu que o patrimônio por ele administrado seria privado**, questionando, em razão disso, a aplicabilidade dos dispositivos da ação de improbidade em relação aos atos por ele praticados.

Por óbvio que ninguém desconhece que somente após a declaração de vacância é que os bens da herança jacente integram o patrimônio público. Isso, contudo, não afasta o interesse da Municipalidade na higidez do patrimônio arrecadado até a sua efetivação, já que este tem reais possibilidades de vir a compor seu acervo.

Como é sabido por todos, a herança jacente, após a declaração de vacância, por força da Lei nº 8.049/90 e do art. 1822 do Código Civil, passa ao domínio do Município de arrecadação dos bens.

Não é por outro motivo que o Código de Processo Civil prevê a intervenção da Fazenda Pública em diversos atos do procedimento da herança jacente:

Art. 1145 [...]

§ 2º O órgão do Ministério Público e o **representante da Fazenda Pública** serão intimados a assistir à arrecadação, que se realizará, porém, estejam presentes ou não.

Art. 1.151. Não se fará a arrecadação ou suspender-se-á esta quando iniciada, se se apresentar para reclamar os bens o cônjuge, herdeiro ou testamenteiro notoriamente reconhecido e não houver oposição motivada do curador, de qualquer interessado, do órgão do Ministério Público ou do **representante da Fazenda Pública**.

Art. 1.155...

Parágrafo único. Não se procederá, entretanto, à venda se a **Fazenda Pública** ou o habilitando adiantar a importância para as despesas. (grifo nosso)

Aliás, a doutrina reconhece a legitimidade do ente público até mesmo para a abertura do processo em questão, como afirma, Antonio Carlos Marcatto:

[...] 3. *Legitimidade para requerer arrecadação: quando não instaurado pelo próprio juiz, o procedimento de arrecadação terá início por iniciativa do órgão do Ministério Público, do representante da Fazenda Pública ou de qualquer outro interessado.*<sup>1</sup>

E prossegue o autor invocado:

*Por seu turno, a Fazenda Pública tem legitimidade (e evidente interesse) na arrecadação, pois vindo a ser declarada a vacância da herança e não se habilitando os legítimos herdeiros, os bens serão incorporados ao patrimônio público.*<sup>2</sup>

Vé-se, portanto, que, embora não integrando o patrimônio público até a declaração de vacância, há real interesse da Fazenda Pública no regular desenvolvimento do processo de herança jacente, já que de sua boa ou má administração resultará mais ou menos patrimônio a ser revertido para o acervo Municipal.

<sup>1</sup> MARCATTO, Antonio Carlos. (Coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 2644 (grifo nosso).

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 2646. (grifo nosso).

E, no presente caso, é inquestionável que, de fato, os atos fraudulentos praticados pelo réu para o esvaziamento das massas resultaram em inegável prejuízo ao erário.

Isso porque, em boa parte dos casos, os valores cujo pleito de ressarcimento é formulado através da presente ação já se encontram devidamente integrados ao patrimônio municipal com a declaração de vacância da referida herança. Vide, a exemplo, o documento de fls. 755/756, referente à declaração de vacância da herança de PB.

É certo que, em alguns casos narrados, não houve a declaração de vacância da massa, sendo localizados herdeiros legais do "de cujus".

Ocorre que tais narrativas são trazidas apenas como substrato fático para a comprovação das irregularidades praticadas pelo réu, **havendo expressa referência de que tais prejuízos não estão sendo cobrados através da presente demanda.**

Vejam-se, a exemplo, as indicações expressas existentes na petição inicial; primeiramente em sua folha 09 (nota ao quadro de N.M.M.):

*\* Foram localizados herdeiros, convertendo-se o feito em Inventário. Com isso, a MSP deixou de ter interesse no procedimento. Todavia, os recebimentos apontados foram feitos ao tempo em que o réu exercia funções de curador;*

E também em sua folha 15:

*Da análise dos documentos ora apresentados, verifica-se que o prejuízo causado ao erário municipal alcançou cifra de R\$ 345.158,74<sup>3</sup>, em valores da época, devendo o réu ser compelido a sua recomposição, haja vista que, em razão de sua condição de curador, tinha o dever de bem administrar os patrimônios e zelar pelo correto recebimento dos alugueros devidos às massas.*

Como se vê, há casos narrados em que efetivamente não houve prejuízo ao patrimônio público, sendo trazidos aos autos com a finalidade

<sup>3</sup> Nota de rodapé da folha 15 da petição inicial: "Excluídos os alugueros os valores que deveriam ter sido transferidos à herança de N M em virtude da habilitação de herdeiros, deixando a MSP de suceder ao patrimônio."

de pleitear a aplicação de outras penalidades previstas na lei de improbidade que não dizem respeito à recomposição do erário.

É também o caso das fraudes descobertas antes do efetivo levantamento do dinheiro pelo réu e das ações indenizatórias promovidas diretamente pelas massas, como também dito na petição inicial à fl. 36:

*[...] 10. Percebe-se que, à exceção das heranças de A.S. (item 9.1) e de Z.J.L. (item 9.7), cujos "créditos" não chegaram a ser pagos, porque percebida a fraude antes de sua consumação, nos demais casos referidos os acordos foram lesivos às massas e estavam fundados em títulos falsos, jamais sequer questionados pelo Curador, seja quanto às duvidosas origens dos créditos, seja pelo envolvimento de pessoas conhecidas do réu, resultando, pelo conjunto dos fatos, inquestionável o verdadeiro assalto consumado contra os patrimônios geridos pelo réu, com sua direta participação.*

*Em virtude dos prejuízos materiais sofridos pelas massas, decorrentes dos acordos fraudulentos, foram promovidas as ações indenizatórias abaixo indicadas, cujas reparações **não integram o objeto da presente demanda:***

1. HERANÇA DE V.V.E. – AUTOS 000.04.034.660-9 – 21ª. VC:(DOC. 336)
2. HERANÇA DE Z.G.M. – AUTOS 000.04.042.091-4 – 31ª. VC: (doc 337)
3. HERANÇA DE P .B. – AUTOS 000.04.039.447-6 – 26ª. VC: (doc. 338)
4. HERANÇA DE V.C. – AUTOS 000.04.089.490-8 – 31ª. VC: (doc.339)
5. HERANÇA DE M.J.C. – AUTOS 000.05.015.709-4 24ª. VC Houve habilitação de herdeiros, ensejando a conversão da herança em inventário. Os herdeiros habilitaram-se no pólo ativo da ação indenizatória.

De qualquer forma, é mais do que sabido que o ato de improbidade nem sempre causa lesão ao patrimônio público. E nem por isso deixa de ser ato de improbidade, sujeitando-se às demais penalidades previstas em lei, que não a "reparação do dano".

Daí porque nem a falaciosa e inverídica alegação de inexistência de prejuízo ao patrimônio público seria fator suficiente para determinar a carência da ação, já que, **como demonstrado na inicial, o réu incorreu nos três espécies de improbidade administrativa: enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública.** E é claro que a ausência de prejuízo ao erário só seria apta a afastar de plano uma delas.

Neste sentido, dispõe claramente o art. 21 da Lei de Improbidade:

*Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:*

*I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;*

Com base em tal dispositivo ensina Waldo Fazzio Júnior, citando exemplo que cai como uma luva ao presente caso:

*O que se diz, no inciso I, é que, em regra, a lesividade não é elemento necessário para a caracterização da improbidade. Não é mesmo. Há diversas situações em que se pratica o ato de improbidade sem que lesão advenha ao erário. Por exemplo, um agente público pode enriquecer ilícitamente mediante a percepção de vantagem econômica de terceiro para intermediar negócio que não gera prejuízo do Município. Mais. Nos casos do art. 11, não há mesmo lesão de natureza econômica ao patrimônio público.; se essa ocorrer, o caso amolda-se aos atos do art. 10.<sup>4</sup>*

Da mesma forma sustenta Marino Pazzaglini Filho, ressaltando os pontos positivos da lei de improbidade:

**1) a ampliação da subjetividade ativa e passiva, ou seja, a ampliação do conceito de agente público e de órgãos da administração pública;**

**2) a adoção de sanções severas para os atos inquinados de improbidade;**

**3) a descrição minuciosa de diversas modalidades de improbidade até então não contempladas na legislação.**

<sup>4</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 340. (grifo nosso).

**4) a possibilidade de sanção para atos de improbidade ainda que não geradores de lesão ao patrimônio público.<sup>5</sup>**

Com tal esclarecimento, conclui-se que há casos que embasaram a presente ação que, efetivamente, não representaram prejuízo ao patrimônio público, sendo trazidos aos autos com o único intuito de demonstrar todo o contexto das ações ímprobas praticadas pelo réu, ensejando a aplicação das demais penalidades previstas na lei de improbidade que não dizem respeito, necessariamente, à condenação pecuniária.

Advirta-se, contudo, como não poderia deixar de ser, que os valores que a Municipalidade pretende ver integrar seus cofres a título de ressarcimento dizem respeito única e exclusivamente àqueles efetivamente subtraídos de heranças jacentes que foram, ou que no desenrolar do processo venham a ser, transformadas em vacantes.

Na data de hoje, as situações dos espólios, segundo informações do setor da Municipalidade responsável pelo controle dos processos de herança jacente/vacante, são as seguintes:

**VACÂNCIA JÁ DECLARADA POR SENTENÇA (ANEXO III):**

ESPÓLIO DE: M.R. INVENTÁRIO: 000.971.389.08-9 - 6ª V.F.S.
ESPÓLIO DE: A.C. INVENTÁRIO: 459/94 (000.04.811.141-9)
ESPÓLIO DE: O.R.P. INVENTÁRIO: 179/94 – 1ª V.F.S.

<sup>5</sup> PAZZAGLINI FILHO, Mauro. *A improbidade administrativa e a reforma do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1987, v. 747, jan. 1998, p. 103 (grifo nosso).

**PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE VACÂNCIA CARECENDO DE  
MERA ANÁLISE JUDICIAL:**

ESPÓLIO DE: Y.H.G.L.G. INVENTÁRIO: 155/92 – ANTIGO 000.01.307.899-2 – 7ª V.F.S.
--

ESPÓLIO DE: R.A.P. INVENTÁRIO: 008.00.011.518-2 – 6ª V.F.S.
--

**PROCESSOS DE HERANÇA JACENTE EM CURSO:**

ESPÓLIO DE Z.J.L.S. INVENTÁRIO: 000.98.020.701-0 – 6ª. VFS.
--

ESPÓLIO DE: A.G. INVENTÁRIO: 000.99.893.001-6 - 4ª V.F.S.
--

ESPÓLIO DE: M.B. INVENTÁRIO: 000.99.085.084-6 – 7ª V.F.S.
--

ESPÓLIO DE: J.G. INVENTÁRIO: 874/97 - 7ª V.F.S.
--

No entendimento da Municipalidade, não havia porque deixar de fora os processos em que efetivamente não houve a declaração de vacância.

A uma, como já dito, para demonstrar todo o esquema fraudulento praticado pelo réu.

A duas, como também já referido, porque independentemente de lesão ao patrimônio público, sempre poderá haver ato de improbidade.

A três, porque, na imensa maioria dos casos, a declaração de vacância, e a conseqüente integração dos bens ao Patrimônio Municipal, é mera questão de tempo, atendendo a sua inclusão na presente demanda a postulados de economia e celeridade processuais.



Tanto é verdade que quanto à herança de **M.R.**, Processo nº 000.971.389.08-9 - 6ªV.F.S, a declaração de vacância ocorreu no **início de 2007**, ou seja, no curso da presente ação (compõe o ANEXO III).

É por isso que o pedido formulado na inicial<sup>6</sup> deverá ser deferido **mediante liquidação de sentença**, oportunidade em que será apurado o efetivo montante do dano sofrido pela Municipalidade, diante da verificação de quais processos de herança já terão sua vacância declarada. Os demais, por óbvio, poderão ser objeto de futura ação autônoma.

Não há, portanto, qualquer mácula de carência na presente ação.

### **3.2 – Da Legitimidade Passiva do Réu: natureza pública das funções exercidas**

Paralelamente ao argumento de se tratar o patrimônio administrado de *res* privada, alega o réu ter exercido função de mesma natureza, o que merece ser compreendido nos devidos termos.

Como já dito na inicial, na condição de integrante da carreira de Procurador Municipal, o réu foi designado para atuar na Unidade responsável pelo acompanhamento das heranças jacentes. **E, exclusivamente por conta dessa condição**, promovia o ingresso da Municipalidade nos procedimentos instaurados perante as Varas de Família e das Sucessões, requerendo, desde logo, sua designação para o exercício das funções de curador da herança.

**Embora agora sustente exercer função de natureza privada, sempre se valeu da sua condição de agente público para pleitear seu ingresso nas referidas ações na condição de curador.**

Vale dizer, com base no **interesse municipal** acima demonstrado, pleiteava o réu o ingresso nas referidas ações, a título de curador da massa, sustentando a economicidade de tal procedimento, o que era deferido pelos juizes diante da aparente vantagem.

<sup>6</sup> 14.1, condenação: b) no pagamento de demais alugueres recebidos e não transferidos às heranças, conforme recibos e demonstrativos de depósitos ora juntados;

Neste sentido, vale revisar o teor da petição de fls. 70/71, formulada pelo réu nos autos do processo de arrecadação de herança de **A.S.**:

**A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por seu procurador [...], vem perante Vossa Excelência expor e requerer o que se segue:**

**1. A Requerente, na qualidade de destinatária final dos bens da herança jacente, nos exatos termos do inciso V do artigo 1603 do Código Civil, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei 8049 de 20.06.90, tem interesse neste feito.**

**2. Cuidando-se de herança jacente, o Poder Público é o único e exclusivo interessado no feito.**

**3. Isto posto, requer digne-se Vossa Excelência de:**

**a) nomear o subscritor da presente, que integra o quadro dos procuradores do Município, para o cargo de curador [...].**

**Justifica-se tal substituição não só em razão do Provimento 448 de 27.05.91 do E.Tribunal de Justiça de São Paulo, mas, também, em face da vantagem para o Espólio, isto porque o procurador da herança não é remunerado com proventos do monte, para exercer o *mumus*.**

**Tal fato, de per si, já representa grande vantagem para o Espólio. (grifo do autor).**

Vê-se que o réu, em nome da **Municipalidade de São Paulo**, em papel timbrado desta, em claro uso, portanto, do cargo público que ostentava, pleiteava o ingresso nos feitos de arrecadação de herança, arvorando o **INTERESSE MUNICIPAL** já acima referido.

É incontestável, portanto, que exercia as funções de curador da massa sob as vestes de Procurador do Município, representante da fazenda pública interessada.

Tanto é que, transformadas em vacantes as heranças, o réu mantinha sua participação no feito enquanto Procurador Municipal e responsável pela ulatimação dos atos tendentes à transferência do patrimônio aos cofres municipais.

No mais, como também já dito, o réu **sempre manteve seu local de trabalho nas dependências dos Departamentos da Prefeitura Municipal, onde recebia citações e intimações**, quer na condição de Procurador Municipal, quer na condição de Curador nomeado para determinada herança. Neste sentido, tenha-se vista, a título de exemplo, às **folhas 805, 858 e 875** do processo.

Vale dizer, cumpria ao réu a defesa direta dos interesses do erário municipal, sucessor dos bens das heranças jacentes, valendo-se da estrutura fornecida pela Prefeitura de São Paulo e recebendo salário do cargo de Procurador Municipal, não podendo escapar de sua responsabilidade sob o argumento de que exercia função "privada".

Aliás, o réu – por inúmeras vezes – cai em contradição, pois se ora diz que exercia funções de caráter privado, gerindo "bens particulares" das heranças jacentes; que "nunca atuou como procurador do município nas heranças jacentes, e sim como advogado"; que quando assumiu o encargo de curador, nos diversos processos na verdade, "despiu-se da sua função e condição de procurador municipal"; que sempre prestou contas aos respectivos juízos que presidiam as heranças, "NUNCA à PREFEITURA".

Por outro lado, em diversas outras passagens, afirma – com todas as letras – e junta documentos comprovando que efetivamente se reportava à Superior Administração Municipal para a solução dos problemas da herança jacente.

Assim, quando afirma:

*C. também SABE que ela, na qualidade de Diretora, e outros que a antecederam receberam vários ofícios encaminhados pelo R., comunicando a falta de recursos da herança, e o sistema de conta única adotado, com o objetivo de: repita-se, pagar todas as despesas e diminuir as ações de cobrança do condomínio etc. (doc. 3) (grifo nosso).*

Aliás, o referido **doc. 3** (fls. 1317 a 1328) nada mais é do que um memorando do réu reportando à **Diretoria do Departamento Patrimonial** os problemas da herança jacente, com pedido de solução para eles.

Também às fls. 1341 a 1350 são juntados supostos comprovantes de prestação de contas perante a contadoria do Departamento Patrimonial da Prefeitura de São Paulo.

FICA DIFÍCIL ENTENDER, COMO UM ADVOGADO, QUE ADMINISTRA BENS PARTICULARES, "DESPIDO DA FUNÇÃO DE PROCURADOR, SEM PRESTAR CONTAS À MUNICIPALIDADE", REPORTA-SE À SUPERIOR ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL PARA SOLUCIONAR OS PROBLEMAS DA HERANÇA JACENTE E ENCAMINHA SUPOSTOS RELATÓRIOS DE PRESTAÇÃO DE CONTAS!

Demais disso, ainda que considerada única e exclusivamente a função de curador da herança jacente, o que é um verdadeiro absurdo e só assim consideraremos para efeito argumentativo, temos que, ainda assim, não haverá o réu de escapar das penalidades da lei de improbidade.

Com efeito, a interpretação doutrinária acerca do parágrafo da improbidade administrativa tende a dar a maior elasticidade possível ao conceito de agente público previsto no art. 2º da Lei nº 8.429/92.

Neste sentido, Waldo Fazzio Júnior, com apoio na Jurisprudência do STJ:

*Particulares colaboradores da Administração Pública são pessoas físicas que prestam relevantes serviços ao Poder Público, sem vínculo empregatício, remunerados ou não. Embora sua investidura transitória seja regular, não se caracteriza o nexu laboral; não são profissionais da Administração, mas agentes públicos de fato. São pessoas físicas que servem ao Estado, sem liame de emprego, remunerados ou não, por requisição, delegação, nomeação, designação ou advento de situação emergencial.*

*Fazem parte dessa categoria os dirigentes de empresas controladas e de entidades de interesse social subsidiadas, beneficiadas e incentivadas.*

*Também é o caso dos agentes honoríficos (por exemplo, jurados, mesários eleitorais), dos agentes delegados (por exemplo, diretores de estabelecimentos de ensino superior reconhecidos, escrivães de cartório não oficializados, comissários de menores e dos agentes credenciados [membros de grupos de trabalho, representantes internacionais, integrantes de comissões] etc.).<sup>7</sup>*

<sup>7</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 252-253 (grifo nosso).

**Consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça, agentes delegados são agentes públicos para os efeitos de improbidade administrativa, já que a expressão agente público “refere-se genérica e indistintamente a todos os sujeitos que servem ao Poder Público, considerando-se um ‘gênero’ do qual são espécies os agentes políticos, administrativos, honoríficos e delegados, o que faz com que os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não sejam apenas os servidores públicos, mas, também, quaisquer outras pessoas que estejam de algum modo vinculadas ao Poder Público.”<sup>8</sup>**

No mesmo sentido, Wallace Paiva Martins Júnior:

*Com o conceito amplo do art. 2º, a lei atinge todo aquele que se vincula à Administração Pública, com ou sem remuneração, definitiva ou transitoriamente, abrangendo servidores e funcionários públicos, civis e militares, agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados, quer sejam pessoas físicas, quer jurídicas, ou seja, todo aquele que exerce função pública (mandato, cargo, emprego ou função pública), independentemente do modo de investidura (nomeação, designação, eleição, contratação, credenciamento, delegação de serviço público, convocação, requisição, parcerias e contratos de gestão, nos termos do art. 70, parágrafo único, da CF e das Leis Federais n. 9.637/98 e 9.790/99 etc.<sup>9 10</sup>*

**A própria lei dilata sua órbita, pois de maneira exemplificativa emprega a expressão “ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo” (art. 2º), dando concepção bem ampla à expressão “função pública” como qualquer forma de vinculação, funcional ou contratual, remunerada ou não, definitiva ou transitória, do agente (pessoa física ou jurídica) com a Administração Pública direta, indireta e fundacional (ou seja,**

<sup>8</sup> STJ – REsp 416.325/RS – Rel. Min. LUIZ FUX – DJU 23-9-2002 apud FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 253.

<sup>9</sup> A propósito dos conceitos de agente público, servidor público e funcionário público, cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Régime constitucional*, cit. p. 9-28, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, cit. p. 353-357 – (Citação do autor, em sua nota 5).

<sup>10</sup> Lei Federal n. 8.429/92, art. 2º: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (Citação do autor, em sua nota n. 6).

com as entidades referidas no art. 1º e parágrafo único), para a prestação de um serviço público ou de utilidade pública.

**A incidência da lei não se esgota no servidor público; abrange também o particular em colaboração com a Administração Pública (tabeliães, jurados, mesários, concessionários de serviço público etc.); enfim, alcança o gênero maior e mais abrangente, que é o de agente público, incluindo o agente político.**<sup>11</sup>

E prossegue o autor mais adiante:

*No conceito de improbidade administrativa está inserido qualquer desvio ético de conduta do agente público, seja qual for a função exercida, afrontoso à moralidade no desempenho de função pública em qualquer dos Poderes da República (como estabelece o art. 1º) e que envolva enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública. Assim sendo, o juiz que aufere quantia para julgar lide em favor de uma pessoa ou o deputado que recebe bem imóvel para votar favoravelmente a um certo projeto de lei de interesse de um determinado grupo cometem improbidade administrativa, na modalidade de enriquecimento ilícito [...].*<sup>12</sup>

Neste sentido, não se pode esquecer que o curador da herança jacente nada mais é do que um **Auxiliar do Juízo**, como, aliás, deixa clara a lei processual civil:

*Art. 1.143. A herança jacente ficará sob a guarda, conservação e administração de um curador até a respectiva entrega ao sucessor legalmente habilitado, ou até a declaração de vacância [...].*

*Art. 1.144. Incumbe ao curador:*

*I - representar a herança em juízo ou fora dele, com assistência do órgão do Ministério Público;*

11 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 242, 243.

12 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 248. (grifo nosso).

*II - ter em boa guarda e conservação os bens arrecadados e promover a arrecadação de outros porventura existentes;*

*III - executar as medidas conservatórias dos direitos da herança;*

*IV - apresentar mensalmente ao juiz um balancete da receita e da despesa;*

*V - prestar contas a final de sua gestão.*

**Parágrafo único. Aplica-se ao curador o disposto nos arts. 148 a 150.** (grifo nosso).

Os artigos 148 a 150, referidos acima, dizem respeito ao “depositário” e ao “administrador judicial”, encontrando-se na Seção III, Capítulo V, Título I, Livro I do CPC.

E qual é o nome do capítulo referido? **“DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA”**.

Desta forma, mesmo não sendo enquadrado no conceito de agente público, previsto no art. 2º da Lei de Improbidade, pelo exercício da função de Procurador perante as heranças jacentes de interesse do Município de São Paulo, **certamente o seria pela atuação na função de curador, exercida perante o Poder Judiciário.**

Fábio Medina Osório, no artigo intitulado **“Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei federal nº 8.429/92”**, expõe sobre os atos de improbidade praticados por juízes e peritos (auxiliares da justiça, como o curador), enfatizando claramente a “secundariedade” da questão da lesão aos cofres públicos:

*A produção de laudos periciais, no sistema judicial pátrio, em sua dimensão distorcida, vem causando imensos prejuízos ao erário ou às partes de um modo geral, gerando fraudes ou erros grosseiros em detrimento dos jurisdicionados, manchando, em qualquer caso, a própria Administração da Justiça. Verifica-se uma pluriofensividade dessa espécie de conduta transgressora, seja por omissão, seja por ação, porque, a um só tempo, ela agride direitos individuais das partes e direitos difusos da sociedade, todos relacionados ao ideário de bom funcionamento do sistema judicial.*

E, em nota de rodapé, comenta:

*Ainda que o prejuízo direto ocorra em detrimento da parte ex adverso, **sem desfalcar os cofres públicos**, o prejuízo maior sempre será em desfavor da Administração do sistema judicial, porquanto o perito é **auxiliar do juiz e tem compromisso com a verdade** (grifo nosso).*

Os exemplos referidos nas duas últimas citações doutrinárias denotam não só a submissão do curador de herança jacente, enquanto auxiliar do juízo, aos princípios da probidade administrativa, como deixam transparecer que a ausência de lesão ao patrimônio público não vale de subterfúgio à aplicação da lei.

Assim, ainda que se admitisse a esdrúxula e conveniente tese de que o réu exercia apenas a função de **curador das heranças jacentes**, absolutamente desvestido da função de Procurador Municipal – o que seria um absurdo diante das sobejas provas documentais em sentido contrário colacionadas aos autos – certamente tal argumento não o livraria das penas previstas para os atos de improbidade administrativa.

Razão pela qual, por qualquer prisma que se enxergue a questão, por mais distorcido que ele venha a ser, não há razão para a decretação de carência ou improcedência da presente ação.

### **3.3 – Da suposta carência de ação pela imputação da responsabilidade à administradora dos imóveis**

Também não vinga a tese de carência de ação pela imputação de responsabilidade à Administradora.

Primeiramente, porque, a nosso ver, isso não é caso de preliminar e sim de mérito. Supostamente provado que quem embolsava os valores era o representante da Administradora, temos que a hipótese seria de improcedência quanto ao ressarcimento de tais valores por parte do réu e não de carência da ação. Mas vá lá.

Primeiramente, como visto logo acima, o art. 1144 do CPC remete ao **curador** da herança a responsabilidade de sua guarda e administração. Se esse repassa a terceiros esta tarefa, o que nos parece até natural, no mínimo deve fiscalizar a execução dos trabalhos.



Dai porque não socorre ao réu a alegação de que a responsabilidade pelos aluguéis recebidos e não depositados em juízo recairia sobre a administradora por ele contratada, diga-se de passagem, **empresa não registrada no CRECI e criada única e exclusivamente para o fim de cuidar das heranças jacentes do curador, ora réu** (fl. 304).

Neste sentido, pedimos licença para juntar interessante acórdão proferido em ação de prestação de contas promovida contra o réu, em que, embora este arguisse no sentido de sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação e pela ausência de dever de prestar contas da administração do espólio, há expresse reconhecimento de sua obrigação neste sentido (ANEXO IV).

Mas não é só isso. Fica claro no depoimento prestado pelo responsável pela referida administradora, que o réu é quem se apropriava da fêria obtida (fl. 304):

*[...] apenas recebia os aluguéis e, os repassava ao Administrador da herança jacente, Dr. J.L., o qual me ofereceu tal serviço.*

E não adianta o réu vir querer distorcer o insofismável conteúdo de tais palavras. Não há outro sentido a ser atribuído a elas.

#### **4 – DA ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO**

Num festival de alegações sem qualquer fundamento, temos aqui uma das mais sérias concorrentes ao título.

A prescrição da pretensão exercida com base na Lei nº 8429/92, rege-se pelo seu art. 23:

*Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:*

*I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;*

*II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. (grifo nosso)*

A princípio, mais pertinentemente aplicável à hipótese o inciso II, temos que a Lei Municipal nº 8989, de 29/10/1979, Estatuto dos Trabalhadores Públicos do Município de São Paulo, assim dispõe:

*Art. 196 – Prescreverá:*

*II – em 05 anos, a falta que sujeite às penas de demissão, demissão a bem do serviço público e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade;*

*Parágrafo único – A falta também prevista como crime na lei penal prescreverá juntamente com ele, aplicando-se ao procedimento disciplinar, neste caso, os prazos prescricionais estabelecidos no Código Penal, quando superiores a cinco anos.*

*Art. 197 – Nas hipóteses dos incisos I e II do artigo anterior, a prescrição começa a correr da data em que a autoridade tomar conhecimento da existência da falta.*

*Parágrafo 1º - O curso da prescrição interrompe-se pela abertura do competente processo administrativo.*

*Parágrafo 2º - Na hipótese do parágrafo anterior, todo o prazo começa a correr novamente, do dia da interrupção;*

Como vemos pela transcrição acima, afora o fato de quase a integralidade dos atos praticados pelo réu serem considerados delitos pelo Código Penal ou leis especiais, sendo a prescrição, neste caso, regida pelas respectivas disposições criminais sobre prescrição (art. 196, parágrafo único), até que não se equivoca tanto o réu quando argúi que ao caso se aplica o **prazo prescricional de 05 anos**.

Equivoca-se redondamente, entretanto, quando pleiteia a decretação da prescrição de fatos ocorridos em período anterior aos 05 anos que precederam à propositura da ação.

Isso porque a legislação municipal é expressa ao estabelecer o termo a quo do prazo prescricional a **data em que a autoridade tomar conhecimento da existência da falta**, além de prever como hipótese de interrupção de seu curso a **abertura do competente processo administrativo**.

E não poderia ser diferente, pois, se assim não fosse, a lei certamente restaria inaplicada, já que é da característica dos atos de improbidade administrativa serem praticados à sorrelfa e de forma insidiosa.

Observe-se que a Lei Federal nº 8112/1990, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das Autarquias e Fundações Públicas Federais, dispõe de forma idêntica ao Estatuto Municipal.<sup>13</sup>

Neste sentido, simples vista ao documento de fls. 60/64 fornece a plena convicção de que a Municipalidade, em **agosto de 2003**, no mesmo ato que tomou conhecimento de uma das irregularidades praticadas pelo réu, determinou a instauração de processo administrativo,  **vindo posteriormente a descobrir todas as demais**.

Temos, portanto, que o ato sobre o qual a Municipalidade teve ciência há mais tempo ocorreu em **agosto de 2003**, sendo óbvio que, quando da propositura da ação, em **dezembro de 2005**, não havia ocorrido a aludida prescrição quinquenal.

Demais disso, no que tange ao ressarcimento ao erário, temos que se trata de **pretensão imprescritível**, por força do disposto no art. 37, §5º da Constituição Federal:

*Art. 37, § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (grifo nosso).*

Neste sentido, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*A prescrição da ação de improbidade está disciplinada no artigo 23, que distingue duas hipóteses: pelo inciso I, a prescrição ocorre*

13 - Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

*cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; para os que exercem cargo efetivo ou emprego, o inciso II estabelece que a prescrição ocorre no mesmo prazo prescricional previsto em lei especial para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o estabelece o artigo 37, §5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.*<sup>14</sup>

Acerca de tal dispositivo, comenta também José Afonso da Silva, nosso maior constitucionalista:

*A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu ius perseguendi. É o princípio que consta do art 37, §5º(...).*

*Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável [...]*<sup>15</sup>.

Com efeito, tal também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 734. (grifo nosso)

15 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 12. ed., 1996, p. 619 (grifo nosso).

*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DANO AO ERÁRIO. LICITAÇÃO. ECONOMIA MISTA. RESPONSABILIDADE.*

[...]

*6. É imprescritível a Ação Civil Pública visando a recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5º, CF/88)*

*(STJ REsp. n.º 403153, j. 09.09.03)*

Da mesma maneira, decidiu o TRF da 4ª região:

*ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. REJEIÇÃO DA AÇÃO. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PRESCRIÇÃO. DANO AO ERÁRIO. HIPÓTESE DE IMPRESCRITIBILIDADE.*

*1. Nos termos do art. 37, § 5º, da CF/88, é imprescritível a Ação Civil Pública que visa a recomposição do patrimônio público, de forma que a pretensão do Agravante, de livrar-se da ação de improbidade, com apoio na prescrição, resta infundada.*

*2. Agravo a que se nega provimento (TRF 4 AI 200304010560192, j. 24.03.04).*

Assim, não há a mínima chance de decretação de prescrição da pretensão da autora, seja quanto à recomposição do erário lesado, seja quanto à aplicação das demais penalidades da lei de improbidade ao réu.

## **5 – MÉRITO**

Acerca do mérito, nem de longe logrou o réu infirmar as substanciais provas trazidas com a inicial.

Primeiramente porque, usando de uma verborrêia desmedida, lança devaneios sem qualquer base concreta e desacompanhados de qualquer elemento probatório, a exemplo do ataque pessoal que faz a ex-colegas de carreira e a antigos superiores hierárquicos.

Da mesma forma se diga quanto à "impressionante" documentação juntada pelo réu! Temos que, nada mais, nada menos, do que **145 fo-**

**lhas, correspondentes a quase todo o volume 10 dos autos, são cópias das contestações apresentadas em outras ações em que este também figura no pólo passivo, ou seja, documentos de nenhuma relevância para a causa.**

E isso é só um exemplo. Esta é e sempre foi a estratégia do réu: fazer peças gigantescas, repetitivas e o mais possível desordenadas, juntando aos autos muito papel inútil, para dificultar, a qualquer custo, o bom andamento da causa.

Dai porque, novamente advertimos, seremos seletivos, para não contribuir com a empreitada protelatória do réu.

## **5.1 – Das irregularidades na administração das massas**

Como já narrado na inicial, acerca das irregularidades detectadas na administração das massas, após as confirmações das primeiras denúncias contra o réu, aprofundou-se a Municipalidade na verificação dos procedimentos de herança jacente em que este atuara, constatando-se inúmeros problemas.

Tais irregularidades vão desde o **recebimento de alugueres sem o respectivo depósito nos autos de inventário, até pedido de autorização judicial para celebração de comodato e, simultaneamente, entrega do imóvel em locação a outra pessoa**, causando prejuízos às massas por ele administradas e, por consequência, ao erário municipal, sucessor natural do patrimônio.

### **5.1.1 – Dos alugueis não repassados às heranças**

Dentre as condutas denominadas na inicial de “irregularidades na administração das massas”, através dos recibos obtidos junto a alguns dos inquilinos (fls. 509 a 700), foi constatada a falta de depósitos nos autos das heranças, relativos aos valores recebidos nos casos discriminados na petição inicial (fls. 08 a 15).

Verifica-se que, de acordo com as referidas tabelas, em diversos espólios não houve o depósito dos alugueres recebidos pela administradora contratada pelo ex-curador.

Neste sentido, foi colacionado pela Municipalidade Laudo do Instituto de Criminalística (fls. 704 a 708), que comprova a ausência de depósito de significativo numerário nas contas judiciais vinculadas às respectivas heranças.

Só para lembrar, no caso da herança jacente de Z.L., que detém o maior número de imóveis, esta omissão é gritante, posto que há meses em que sequer há depósito dos locativos recebidos, que, frise-se, beiravam o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) mensais.

E na tentativa de justificar o injustificável, traz o réu argumentos verdadeiramente teratológicos, como passaremos a demonstrar.

#### **5.1.1.1 – Das supostas despesas suportadas pelas massas**

Afirma o réu que, tanto na apuração realizada pela Municipalidade, como na elaboração do laudo pelo Instituto de Criminalística, não haveriam sido computadas despesas pagas pela administradora através do que denomina sistema de “conta única”.

E, sempre desfilando antiéticas imputações contra ex-colegas, afirma se tratar de embuste contra a sua pessoa, imputando até mesmo aos membros da Polícia Científica atos indecorosos.

Afirma que os peritos teriam sido induzidos por “carteiradas” e “manipulações”, como se estes fossem prevaricadores ou ingênuos. É como se todo o mundo estivesse contra o réu, sem qualquer motivo.

Os levantamentos da Polícia Científica na elaboração do laudo de fls. 704 a 708, assim como os da Municipalidade na formulação dos quadros de fls. 08 a 15, foram efetuados com base no seguinte binômio: **aluguéis recebidos pela administradora x depósitos efetuados nos autos das heranças jacentes.**

Se existiam **despesas** que deveriam ser contabilizadas, estas **deveriam compor os autos judiciais das heranças** e não estarem em poder do réu ou da administradora por ele contratada. Se as despesas não se encontravam demonstradas nos autos judiciais como poderiam ser contabilizadas?

Note-se, ainda, que a tese do réu é bastante inverossímil. Isso

porque este, à fl. 1258, efetivamente afirma que os Autos dos Inquéritos Policiais 519/04 e 1076/2004 encontram-se **apensados**.

**Cabe então perguntar: haveria como os supostos perseguidores do réu omitir tal informação da polícia?**

**Será que o Departamento de Perícia Contábil da Polícia Civil simplesmente ignoraria a informação constante de um processo apenso? A tese é, no mínimo, estranha.**

No mais, chega a ser risível a teatral surpresa do réu ao afirmar não entender como os imóveis poderiam ficar anos sem gerar despesas.

Como é sabido, é absolutamente comum no mercado imobiliário de locação o sistema denominado “pacote”. Ou seja, mediante a fixação de um valor global, transfere-se ao inquilino o encargo de pagar condomínio, impostos e taxas.

Portanto, estando um determinado imóvel locado, é perfeitamente possível que este fique anos sem gerar qualquer despesa! Não há nada de anormal nisso.

Se despesas existiam, deveriam ter sido colacionadas nos respectivos processos de herança, demonstrando: **aluguéis recebidos – despesas pagas = valor depositado em juízo**.

Tivesse o ré assim agido e não seriam necessárias as diversas ações de prestação de contas promovidas pelos espólios, a exemplo daquelas noticiadas às fls. 709 a 720.

Essa é a essência da coisa: o réu não prestava a mínima conta dos seus atos. Administrava patrimônio alheio como próprio, fazendo e desfazendo tudo a seu bel-prazer, ostentando a confiança que o cargo lhe conferia perante juizes e promotores e frente à própria Municipalidade.

Por fim, ainda quanto aos tão propalados **1039 comprovantes** de despesas, supostamente juntados aos autos do Inquérito Policial nº 519/04, fica difícil entender o porquê de não terem sido colacionados a estes autos pelo réu.

A alegação de impossibilidade financeira não pode ser levada a sério, quando vinda de alguém que junta **149 folhas absolutamente inúteis, referentes às contestações apresentadas em outros processos** (volume 10), como já enfatizado.



Cabe ao réu elidir a inegável presunção gerada pelos comprovantes de pagamentos de aluguéis ordeiramente apresentados, sistematizados e contabilizados pela Municipalidade, assim como pelo Instituto de Criminalística.

Para tanto, deverá rebater de forma consistente os números apresentados um a um, efetuando as deduções que entende necessárias dos valores ora cobrados através das planilhas de fis. 08 a 15, e não lançar argumentações desconexas, acompanhadas de um calhamaço de papéis aleatórios.

Ou então requerer perícia técnica que venha a elaborar laudo conclusivo sobre o assunto.

Só assim, eventualmente, poderá vir a afastar a presunção de legitimidade e veracidade dos números apresentados pela Municipalidade, devidamente atestados pela Polícia Científica do Estado de São Paulo.

#### **5.1.1.2 – Da suposta adoção de sistema de “conta única” na administração das heranças**

Certamente, a Procuradoria do Município de São Paulo nunca foi informada a respeito da conduta adotada pelo então curador, de que haveria um caixa único para o pagamento das despesas da herança jacente.

Se este procedimento foi efetivamente implantado, isto se deu por vontade e determinação do ex-curador, sem a anuência da chefia imediata ou mediata.

E não é só. Não há sequer prova de que tal sistemática de caixa único realmente tenha existido, posto que o réu não trouxe aos autos um documento sequer, isto é, ao menos um **demonstrativo de receita e despesa** que pudesse comprovar a existência deste propalado sistema de caixa centralizado.

Ademais, se tal fato fosse levado a conhecimento da Administração, a mesma jamais poderia concordar com tal conduta, uma vez que não se afigura lícito que o dinheiro de um espólio pague as despesas de outro espólio.

Só o fato do ex-curador admitir a existência deste **caixa único**

dá bem a demonstração de como o patrimônio jacente era pelo mesmo administrado, já que não há como se considerar legítima tal conduta, notoriamente ilegal e contrária aos interesses dos espólios e da Municipalidade.

Havendo aproximadamente 200 processos de herança jacente sob sua responsabilidade, como afirma o próprio réu, como é possível conceber que as receitas de um só patrimônio servissem para cobrir as despesas dos demais?! Como fazer um caixa único de diversos patrimônios distintos?

Repita-se: certamente a Municipalidade nunca teve ciência disso. O réu, diante do cargo que ocupava e da conseqüente confiança que lhe era depositada, sempre teve muita liberdade no exercício de suas funções.

Oportuno mencionar, ainda, que o ex-curador também nunca informou aos juizes responsáveis pelos procedimentos judiciais de herança jacente, que adotava um caixa centralizado para o pagamento das despesas dos bens arrecadados.

E certamente não o fez porque tinha plena noção do absurdo e da ilegalidade deste procedimento, que, repita-se, sequer restou demonstrado existir efetivamente.

No mais, sustenta o réu que o sistema de caixa único operava através da herança jacente de Z.J.L. (Proc. nº 583.00.1998.020701-6 – 6ª vara da Família e Sucessões do Foro Central), e que a administradora da herança jacente contratada pelo ex-curador, F.&A., prestava contas mensalmente destes valores.

Ora, como já apontado retro, tais prestações de contas envolvendo o suposto caixa único nunca foram apresentadas à Municipalidade, existindo, isto sim, algumas prestações de contas apresentadas em juízo pela aludida imobiliária.

De fato, a mencionada administradora de bens ofertou, em juízo, durante curto período (março a agosto de 2001), prestação de contas dos aluguéis recebidos nesta herança (ANEXO V).

No entanto, ao contrário do que aponta a defesa ofertada, **nestas prestações de contas não consta o pagamento de nenhum débito relativo à despesa de outra herança jacente.**

Ou seja, cai por terra o argumento do ex-curador de que na

herança jacente de Z.L. estaria centralizado o caixa único e que teria havido o pagamento de despesas de outras heranças, **pois a própria administradora de bens contratada pelo ex-servidor aponta justamente o contrário.**

### **5.1.2 – Do caso P.B.**

Primeiramente gostaríamos de aproveitar o ensejo para colacionar aos autos recente decisão proferida nos autos do processo 583.00.2004.039447-9, ação promovida pelo Espólio de P.B. contra o réu, cujo pólo ativo foi assumido pela Municipalidade de São Paulo em virtude da conversão da herança em vacante (ANEXO VI).

Vale a pena a leitura da mesma, com os destaques por nós efetuados, já que o julgado acolhe na integralidade os argumentos trazidos pela autora, os quais coincidem em muito com aqueles trazidos na presente ação.

Neste caso, ficou adequadamente demonstrado e documentalmente comprovado com a inicial, que o réu obteve autorização judicial para celebrar acordo com um suposto credor do espólio (fls. 721/723), compreendendo o pagamento de R\$ 45.677,27, em moeda corrente, levantados pelo réu (!!!). Além disso, fora constituído comodato em favor do credor de imóvel integrante da herança (fls. 737 a 739).

Afora a suposta dívida ser uma farsa, como demonstrado na inicial, tal imóvel posteriormente foi dado em locação a terceiro (fls. 750 a 753), o que veio a ser descoberto posteriormente, mediante surpreendente comparecimento do companheiro da locatária à repartição Municipal querendo pagar o aluguel (fl. 754), após o afastamento do réu de suas funções.

Isso tudo está nos autos e não foi contestado pelo réu. Assim, quanto a este tópico, restam apenas algumas singelas perguntas:

**Por que o réu nunca noticiou em juízo a existência da aludida relação locatícia?**

**Frise-se: o contrato de locação nunca foi objeto de homologação judicial, pois não constava do acordo homologado. Para o juiz, o que existia era o mero comodato, instituído a favor do suposto credor do espólio, em virtude do acordo firmado.**

**Outra pergunta: se quem foi beneficiado pelo comodato do imóvel e detinha, portanto, a sua posse direta, era o suposto credor, como é possível que o réu, representante do espólio, tenha dado o mesmo em locação?**

Gostaríamos que o réu, no exercício de seu legítimo direito ao contraditório, ao invés de lançar injúrias aos seus ex-colegas em suas contestações gigantescas, respondesse a perguntas simples como estas.

### **5.1.3 – Do caso H.F.**

Em mais esse caso exerce o réu sua especialidade: argumentar evasivamente e trazer documentos que em nada acrescentam à dialética do processo, alguns já até juntados aos autos pela autora, deixando de responder às perguntas cruciais de cada caso. Vamos a elas:

**a) Se já havia sido publicado o edital previsto no art. 1.157 do Código de Processo Civil em 06/04/1999 (fl. 812);**

**b) Se, havendo habilitação de herdeiro, esta foi julgada improcedente em superior e última instância, com trânsito em julgado em 19/04/2001 (fls. 813/816);**

**c) Se estava, a partir de então, o imóvel apto a integrar o patrimônio municipal, diante de mera petição de declaração de vacância;**

**d) Por que em 21 de Janeiro de 2003 o réu informa ao Departamento de Desapropriações da Municipalidade que isso ainda levaria 06 meses?(fl. 819)**

**E mais: porque, aos 19 de março de 2003, pede a contratação de seus “colegas” advogados (fls. 799 a 804) para defender o espólio na ação de desapropriação, quando nem desapropriação seria necessária, já que, mediante simples petição, conseguiria a declaração de vacância e a natural conversão do imóvel ao patrimônio municipal!**

Isso, ninguém explica.

## 5.2 – Do exercício de advocacia administrativa

Quanto a este tópico temos que reconhecer que o réu, certamente agora melhor orientado, foi muito mais cuidadoso com as palavras do que nos depoimentos prestados no processo administrativo.

Por isso, é bom que se tenha vista aos seus depoimentos em sede disciplinar, com especial atenção às fis. 243 e 294, já que são verdadeiras confissões do exercício de **advocacia administrativa**.

Agora, tenta desdizer o que disse, almejando demonstrar que todas as questões que patrocinava envolviam interesse público, o que chega a ser risível. Note-se: interesses políticos e interesses pessoais de Secretários Municipais não podem ser ditos interesses públicos!

Qual interesse municipal pode haver em dar o “caminho das pedras” a um advogado para que este formule uma **reclamação tributária contra a própria Administração?** (fl. 138).

Ou no pedido de um particular para a concessão de prazo perante a Administração para retirar equipamento de área pública? (fl. 177).

Ou ainda no requerimento de reunião de dois processos do particular que corriam em instâncias diferentes da Municipalidade? (fl. 179).

Onde está o interesse do Município nisso? Dá para negar que isso interessava única e exclusivamente aos particulares que o réu **assessorava informalmente?**

Estando presente o elemento “interesse privado” na conduta do réu, inegável que praticou o crime de advocacia administrativa, incorrendo, por conseguinte, em ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração.

No mais, a contundente e farta documentação juntada à inicial (fls. 136 a 187), não deixa o menor espaço para dúvida, não havendo motivo para maiores delongas.

## 5.3 – Do esvaziamento do patrimônio das heranças mediante simulação de ações judiciais em face das massas

Como já dito na petição inicial, apuraram-se em sede administrati-

va fortes indícios de que o réu promoveu o esvaziamento do patrimônio dos espólios, mediante a celebração de acordos fraudulentos com credores “fantasmas”.

Os fatos narrados na inicial (fls. 30 a 41), todos acompanhados de documentos comprobatórios dos indícios apurados, permitem inculcar na mente de qualquer ser humano, sem a menor leviandade, uma forte suspeita de que foi o réu o mentor do esquema de desvio de dinheiro montado.

Assim, apesar de os documentos apresentados apenas indiretamente comprovarem o envolvimento do réu nas fraudes perpetradas, não podem de forma alguma ser desprezados como meio de prova.

Seguindo o raciocínio do réu, seria de se exigir para a condenação uma foto do responsável colocando o dinheiro no bolso!

Não é assim. Com base em deduções e em experiências do que ordinariamente acontece, pode o magistrado perfeitamente inferir a responsabilidade do réu por tais atos.

Acerca da prova indireta, ensina Eduardo J. Couture:

*Pode-se dizer, em princípio, que certos meios de prova têm um caráter direto, porquanto supõem um contato imediato do magistrado com os motivos da prova; que outros, à falta de contato direto, constituem uma espécie de reconstrução ou representação dos motivos da prova; e que outros, por último, à falta de comprovação direta ou de representação, apóiam-se em um sistema lógico de deduções e induções.<sup>16</sup>*

E, ao enumerar as três formas de produção de prova, conclui mais adiante o consagrado processualista acerca da aceitação da prova por dedução ou indução:

[...]

*c) Resta, todavia, a prova por dedução ou indução. Quando até o relato é impossível, existe todavia a possibilidade de reconstruir os fatos mediante deduções lógicas, inferindo dos fatos conhecidos os fatos desconhecidos. Tal coisa se obtém mediante o trabalho*

<sup>16</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed., Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 263. (Trad. livre do autor).

*do próprio juiz, por meio de presunções. A presunção se apóia na sucessão lógica de certos fatos em relação a outros.*<sup>17</sup>

A doutrina processual penal brasileira, representada por Fernando Capez, segue a mesma linha:

***Indício: é toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre um outro fato. A indução parte do particular e chega ao geral.***

*Assim, nos indícios, a partir de um fato conhecido, deflui-se a existência do que se pretende provar.*

*Indício é o sinal demonstrativo do crime: signum demonstrativum delicti.*

*Presunção: é um conhecimento fundado sobre a ordem normal das coisas, e que dura até prova em contrário (presunções relativas). As presunções legais ou absolutas não admitem prova em contrário.*

*Os indícios e as presunções são provas, pois o legislador os colocou no Título VII (Das provas). Trata-se de provas indiretas, uma vez que obtidas através de raciocínio lógico.*

***A prova indiciária é tão válida como qualquer outra – tem tanto valor como as provas diretas – como se vê na exposição de motivos, que afirma inexistir hierarquia de provas, isto porque, como referido, o Código de Processo Penal adotou o sistema da livre convicção do juiz, desde que tais indícios sejam sérios e fundados.***<sup>18</sup>

Isso quer dizer que, diante da robusta prova documental produzida, no mínimo uma forte presunção recai contra o réu. Caberia a ele, e somente a ele, trazer as provas de que foi vítima do suposto esquema.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 266. (Trad. livre do autor).

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 313. (grifo nosso)

Afinal, ao que parece, só o réu sabe quem seriam as pessoas que teriam recebido o dinheiro de suas mãos, pois ninguém mais as viu ou conhece. Desapareceram. Como fantasmas.

De qualquer forma, ainda que admitamos que o réu não estivesse envolvido no esquema, nos parece inegável que atuou de forma muito negligente ao não procurar se certificar da legitimidade das dívidas ou ao menos da regularidade formal dos documentos apresentados.

Afinal, era essa sua precípua função junto ao espólio, na função de seu **curador da herança jacente e de representante do Poder Público responsável pela manutenção de sua higidez até a declaração de vacância**.

E, mesmo nesta eufêmica hipótese levantada, não escaparia das penalidades previstas pela lei de improbidade, diante da inescusável culpa com que teria agido.

Afinal, a Lei nº 8.429/92 em diversas passagens faz expressa referência à punição do ato de improbidade **doloso ou culposo** que cause prejuízo ao erário, aplicando-se de maneira lapidar à hipótese dos autos:

*Art. 5º - Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, **dolosa ou culposa**, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.*

*Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário **qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa**, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...].*

Aliás, não se trata de previsão exclusiva da lei de improbidade brasileira já que tal orientação que vem prevalecendo internacionalmente. Sobre o entendimento do Comitê Europeu acerca da má gestão pública, ensina Fábio Medina Osório:

*Além da referência à noção de má gestão pública – Mauvaise Administration -, o comitê acrescenta expressamente **que as infra-***



**ções a este dever – o de boa gestão – não são necessariamente levadas a cabo de modo intencional, já que pode ocorrer que se revelem por meio de um comportamento negligente, “laxiste”, frouxo, relapso, no exercício de funções relevantes de gestão pública.<sup>19</sup>**

E prossegue o autor, demonstrando que nos países da common law também não há divergência:

*A chamada maladministration, no direito anglo-saxônico, engloba muitas patologias diversas. Desde os problemas mais elementares, que constituem o dia-a-dia da Administração Pública, até os mais graves casos e escândalos de subornos, fraudes e corrupção, tudo pode ser englobado na categoria da má gestão pública.*

[...]

*Chama a atenção, especialmente, que não apenas os casos de desonestidade estão sendo tratados e reprimidos como má gestão pública. Também os casos de ineficiência funcional dos homens públicos estão sendo perseguidos. A tendência, veja-se, é a de englobar tais patologias numa categoria funcionalmente ajustada ao seu tratamento.<sup>20</sup>*

Acerca do ordenamento nacional, continua o autor:

*Admite-se frontalmente a chamada improbidade culposa. O art. 10 da LGIA fala em dolo ou culpa; é expresso a respeito do assunto. O tema que se expõe é o da ineficiência e suas relações com a improbidade. A denominada improbidade decorrente da intolerável ineficiência funcional do agente público encontra expressa previsão no art. 10 da LGIA. A improbidade culposa é francamente admissível do ponto de vista legal e constitucional, na perspectiva de proteção ao valor da eficiência no ordenamento jurídico-constitucional*

19 MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 70-71. (grifo nosso)

20 MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 83-84. (grifo nosso).

[...]

*Os tipos culposos da improbidade descendem já da própria Constituição Federal. Nesta, não há restrição alguma à improbidade culposa. Ao contrário, há reforço no sentido da necessária proteção dos valores “eficiência” ou “economicidade”, ao abrigo da moral administrativa e de princípios expressos nos art. 37 ou 70 da CF. Forte no princípio democrático, a LGIA optou pela eleição da improbidade culposa como modalidade de ilícito.<sup>21</sup>*

Para que não parem dúvidas, vale aqui também transcrever as considerações feitas por Waldo Fazzio acerca de atos culposos de improbidade:

*A culpa significa a vontade direcionada ao fato (por exemplo, dispensar licitação), embora o resultado – lesão ao erário – possa não ser desejado pelo agente. Culpa é a omissão de diligência na observância de norma de conduta administrativa, ou seja, a negligência do agente em observá-la, com resultado não querido, mas previsível.*

*É o descuido na consideração das conseqüências eventuais do ato, ou como prefere Nucci (2006, p.216), é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objeto, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ser evitado.<sup>22</sup>*

Como fartamente demonstrado, não será, portanto, a tese da ausência de prova do dolo que ensejará um decreto absolutório.

No mínimo, deve o réu responder por se omitir nos cuidados necessários na curadoria da herança e na defesa da incolumidade do patrimônio público em potencial, já que única e exclusivamente para isso estava ali investido.

<sup>21</sup> MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, São Paulo: Revista das Tribunas, 2007, p. 425 et seq. (grifo nosso)

<sup>22</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Ades, 2007. p. 61.

Por outro lado, apega-se firmemente o réu à tese de que todos os acordos firmados teriam sido objetos de homologação judicial, empunhando tal circunstância como um verdadeiro "salvo conduto" para as irregularidades detectadas.

Repise-se, contudo, o fato de as heranças tramitarem perante diversos Juízos, com a participação de inúmeros integrantes do Ministério Público, impossibilitando uma visão panorâmica acerca do *modus operandi* do réu.

Além disso, como já visto, o réu sempre pleiteou o ingresso nos processos de herança jacente valendo-se da sua condição de Procurador do Município, representante do Poder Público interessado, o que atribuía presunção de veracidade e legitimidade a seus atos.

Por conta disso, os doutos Magistrados e Promotores de Justiça oficiantes sempre foram levados a acatar os pedidos de autorização para a celebração dos acordos, não podendo tal aquiescência servir de escusa à responsabilização do réu.

Certamente não seria previsível que um representante do erário municipal fosse justamente aquele que iria lesá-lo! Até porque, como bem disse a magistrada prolatora da decisão que condenou o réu no caso P.B., já devidamente colacionada aos autos (ANEXO VI), não era da competência do juiz analisar a vantagem ou conveniência do acordo, já que para tanto existe o curador da massa:

*Também o fato de o juízo da 10ª Vara da Família e Sucessões ter concordado com o acordo em nada isente o réu de sua responsabilidade profissional, enquanto advogado. Afinal, a função do juízo é verificar o acordo do ponto de vista formal, e não formular juízo de conveniência.*

Paralelamente, é bom lembrar que também a assertiva levantada pelo réu, de que o setor de contabilidade da Municipalidade haveria analisado as contas prestadas e certificado a sua correção, de forma alguma procede.

Isso porque a função do contador é unicamente verificar a exatidão numérica das contas, com base nos dados apresentados pelo Procurador, e não aferir o seu conteúdo.

Noutras palavras, não é atribuição do contador afirmar se a prestação de contas está de acordo com os fatos que a permeiam, mas sim verificar tão somente se há acerto contábil nos números apresentados.

A seguir o raciocínio do réu, seria o contador o responsável pela análise da legitimidade do crédito! Seria ele quem deveria verificar se o credor existe ou não, se a dívida é juridicamente procedente, se o título apresentado atende os requisitos legais. Por óbvio que não! Ao contador cabe apenas verificar se os valores declarados pelo réu estão em consonância meramente aritmética.

De qualquer forma, na sistemática da lei de improbidade, a aprovação de contas, seja pelos órgãos de controle interno da Administração, seja por corte especializada que é o Tribunal de Contas, não confere certificado de idoneidade a ninguém:

*Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:*

***II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.***

Da mesma forma são improcedentes as levianas insinuações, sem qualquer prova, de que outros colegas da corporação haveriam atuado nos mesmos processos, sendo, portanto, tão responsáveis quanto o réu.

Se é que isso houve, certamente foi de maneira isolada, pois, do período em que assumiu a condução das heranças jacentes até a sua demissão a bem do serviço público, o réu sempre atuou singularmente frente ao setor responsável.

Demais disso, não consta da rigorosa apuração efetuada em sede administrativa que qualquer outra pessoa, que não fosse o réu, haja efetuado acordo para pagamento de pessoas inexistentes e levantado dinheiro em seu próprio nome. Isso se pode afirmar com a mais absoluta certeza!

Assim, rogando-se vistas ao exaustivo dossiê elaborado na inicial, com base nos dados coletados na instrução administrativa, é de se ter como absolutamente desprovidas de razoabilidade tais alegações do réu.

## 6 – DA LIMINAR CONCEDIDA

Acerca do pedido de revisão da liminar concedida efetuado pelo réu, não vislumbra a Municipalidade qualquer fato novo, desde a sua concessão, que justifique a cassação da medida.

Mesmo o requerimento de desbloqueio de sua conta-corrente junto ao Banco do Brasil nos parece impertinente e pode dar margem a manobras fraudulentas.

**Se o réu necessita de uma conta desbloqueada para a sua atuação profissional, que seja autorizada a abertura de uma nova conta-corrente e não desbloqueada alguma das que já possuíam movimentação anterior, sob pena de se esvaziar o conteúdo da medida de indisponibilidade de bens decretada.**

De qualquer forma, **REQUER** desde já a Municipalidade **vista dos autos fora de cartório por um prazo razoável**, a fim de que possa se manifestar especificamente acerca do resultado das medidas de bloqueio de bens determinada e da resposta das diversas instituições oficiadas, a teor do despacho de fl. 2065.

## 7 – CONCLUSÕES

Por fim, por todo o exposto acima, conclui-se que:

1. Não carece a autora do direito de ação, pois o interesse municipal no presente caso é patente. A uma porque a aplicação das penalidades da lei de improbidade independe da existência de lesão ao erário. A duas por que os valores que estão sendo cobrados se referem exclusivamente a heranças que integram ou integrarão, até o final da lide, o patrimônio público;
2. Também a legitimidade do réu para figurar no pólo passivo de uma ação de improbidade é indiscutível, seja na condição de Procurador Municipal, sempre ostentada para pleitear as nomeações judiciais, seja na condição de curador das heranças jacentes, auxiliar do juízo;
3. Sendo a pretensão de ressarcimento ao erário imprescritível e aquela que visa à aplicação das demais penalidades da lei de

improbidade prescritível no prazo de 05 anos contados do conhecimento dos fatos, não há que se falar de sua ocorrência no presente caso;

4. No mérito, todos os fatos narrados e documentalmente comprovados com a inicial não foram infirmados pelas infundadas e prolixas alegações do réu, mormente porque desacompanhadas de qualquer contraprova convincente.

Acerca do resultado das medidas de bloqueio de bens determinadas e da resposta das diversas instituições oficiadas, a teor do despacho de fl. 2065, **REQUER** a Municipalidade abertura de prazo específico para manifestação.

Assim, mais não é preciso dizer em sede de réplica, reiterando a Municipalidade os exatos termos de sua petição inicial.

Termos em que,  
pede deferimento.

São Paulo, 05 de setembro de 2007.

***Mandado de Segurança com  
pedido de liminar impetrado pela  
Municipalidade de São Paulo  
contra acórdão do Tribunal de  
Justiça do Estado de São Paulo que  
determinou a constrição de rendas  
públicas nos autos do Pedido de  
Seqüestro nº 130.850.0/4.***

Dr. Felipe Antonio Abreu Mascarelli

---

Departamento de Desapropriações

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR 1º VICE-  
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE  
SÃO PAULO:**

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, com fundamento no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, combinado com o artigo 1º da LF 1533 de 31/12/1951, vem impetrar o presente

**MANDADO DE SEGURANÇA,  
COM PEDIDO DE LIMINAR**

contra v. Acórdão do E. Órgão Especial deste Tribunal que manteve decisão do DD. Presidente desta Corte determinando a constrição de

rendas públicas nos autos do PEDIDO DE SEQUESTRO N° 130.850.0/4, em que figura como requerente A. C. E SUA MULHER.

### **DA NECESSIDADE DA CONCESSÃO DA LIMINAR E DO DANO DE DIFÍCIL REVERSÃO**

Primeiramente, a concessão de **liminar para suspender o levantamento dos valores seqüestrados** se impõe como medida necessária a fim de resguardar eficácia do *mandamus* e evitar **dano de difícil reversão aos cofres do povo, especialmente diante da matéria argüida preliminarmente em razão da morte do Requerente do pedido de seqüestro.**

Deve-se ressaltar que, não concedida liminar, o valor certamente será levantado antes da decisão final neste processo. Em inúmeros casos de mesma natureza, este E. Tribunal já entendeu que a **impetração perde seu objeto quando ocorre levantamento da quantia constricta**. Desse modo, a concessão da liminar é ***requisito essencial à própria viabilidade desta impetração.***

Por outro lado, a medida não traz nenhum prejuízo ao Requerente do pedido de seqüestro – especialmente ao Requerente já morto-, uma vez que a quantia já se encontra na conta judicial.

Desse modo, aguarda seja deferida a liminar, suspendendo-se o levantamento dos valores por parte do Requerente no pedido de seqüestro em questão.

### **DOS FATOS**

Em **PEDIDO DE SEQÜESTRO** promovido por **A. C. E SUA MULHER** contra a **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO (autos n° 130.850.0/4)**, foi concedida a ordem de seqüestro de rendas públicas, baseada em preterição de direito de precedência, em razão do pagamento do EP paradigma n° **8303/99**, sujeito ao regime da Emenda Constitucional n° 30/00.

Ao mesmo tempo, a Impetrante **discute no MM. Juízo da execução a revisão dos cálculos**, requerendo a aplicação do entendimento do



Supremo Tribunal Federal no tocante à moratória do artigo 33 do ADCT. Ressalte-se que, neste momento, **resta cumprir o v. Acórdão nº 406.557-5/7, que manteve a decisão monocrática da MM. Juíza da Execução,** que determinou a elaboração de novos cálculos.

Desse modo, a permanência da ordem de seqüestro, além de ilegal porque ausentes os requisitos imprescindíveis da certeza e liquidez do crédito, **constitui flagrante usurpação da competência do Juízo da Execução, do qual foi retirada a competência de dar cumprimento a sua decisão já proferida e mantida por este E. Tribunal.**

Sendo deferido o levantamento da integralidade do valor seqüestrado, nesta quadra, o potencial prejuízo que estará sendo imposto aos cofres municipais é evidente, **JÁ QUE SEQUER É CERTA A EXISTÊNCIA DE CRÉDITO DOS REQUERENTES DO PEDIDO DE SEQÜESTRO.**

#### **DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DO CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA**

Evidente a caracterização do direito líquido e certo da Impetrante de não ver constrita quantia indevida, especialmente diante da **notícia de morte do autor do pedido de seqüestro e da incerteza e iliquidez do crédito,** não se configurando preterição em razão do pagamento da ordem paradigma. A Impetrante busca resguardar, ainda, seu direito a ver decidida a questão da revisão dos valores pagos no Juízo competente, ou seja, o Juízo da Execução.

Presente, por igual, as condições formais para a impetração da medida, tendo em vista o prévio esgotamento da via que lhe era possível com o julgamento do agravo regimental interposto.

#### **DA NULIDADE DA DECISÃO E DA MORTE DO REQUERENTE DO PEDIDO DE SEQUESTRO**

A decisão que deferiu o pedido de seqüestro padece de nulidade (ou mesmo inexistência), já que o autor do pedido de seqüestro **A. C. ESTÁ MORTO HÁ SEIS ANOS,** de acordo com planilha retirada do sítio

deste E. Tribunal que aponta a existência do inventário em seu nome **distributedo em 20/04/2001**, conforme cópia que juntamos.

O pedido de seqüestro foi protocolado em **08/02/2006**, momento em que o Autor já contava com **cinco anos** de morte.

Portanto, **não se trata de morte superveniente**, ocorrida no curso da ação, e sim de morte anterior – aliás, cronologicamente **bastante anterior à propositura da ação**.

Infelizmente, Senhor Desembargador Relator, a Impetrante deve informar que **não se trata de situação isolada** nos casos de seqüestro de rendas contra o Município de São Paulo. Podemos afirmar que há uma verdadeira **epidemia de mortos postulando seqüestro de rendas junto à Presidência deste E. Tribunal**. *Muitos mortos, aliás, levantaram a quantia constricta* como se vivos estivessem.

Reproduzimos, abaixo, *apenas parcialmente, como exemplo*, lista em que foi constatada a existência de irregularidades processuais dessa natureza:

- 1- 117.535.0/0 – D. G. – notícia do falecimento anterior ao pedido de seqüestro quando da citação no Mandado de Segurança.
- 2- 96.879.0/8 – M. D. – notícia do falecimento quando da tentativa de citação em Mandado de Segurança.
- 3- 88.782.0/1 – P. M. - notícia do falecimento quando da tentativa de citação em Mandado de Segurança
- 4- 120.754.0/6 – inventário em nome de O. J. A.
- 5- 130.925.0/5 - arrolamento em nome de M. DO C. G.
- 6- 135.786.0/6 – arrolamento em nome de W. N. S. E M. S. S.
- 7- 132.820.0/0 – inventário em nome de L. M. K.
- 8- 122.081.0/9 – inventário em nome de T. K.
- 9- 138.323.0/6 – inventário em nome de H. M.
- 10- 138.190.0/8 – inventário em nome de J. M. A. (representante do Liceu Camilo Castelo Branco).
- 11 - 108.231.0/1 – inventário em nome de G. S.

Nesse ponto, enquanto nenhuma providência for tomada, não apenas os cofres do povo serão lesados, mas também **terceiros interessados**, como eventuais credores do *de cuius*.

Importante, no entanto, destacar a **exemplar** conduta dos Juizes que atuam no Setor de Execuções contra a Fazenda Pública. Cientes da importância das questões envolvidas, adotaram procedimento padrão exigindo informação acerca de eventual causa de extinção do mandato, além do cumprimento do artigo 34 do Decreto-Lei 3365/41 em todos os levantamentos (conforme cópia de despacho que se junta em anexo).

Desse modo, resta apenas decretar a nulidade da decisão que determinou o seqüestro, uma vez que o Requerente já estava morto quando da propositura do pedido de seqüestro.

#### **DA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO E DA INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO**

No mérito, a Impetrante entende que não foi caracterizada quebra de ordem cronológica, essencial em casos graves como este, além da decisão da E. Presidência configurar flagrante usurpação de competência do Juízo da Execução.

Não apenas a MM. Juíza da Setor de Execuções já determinou a elaboração de novos cálculos, como tal decisão foi mantida por este E. Tribunal em sede de agravo de instrumento, conforme lemos do trecho abaixo reproduzido:

**"Trata-se como se vê, de agravo de instrumento interposto pelos agravantes, insurgindo-se contra o despacho monocrático que determinou a elaboração de conta de liquidação excluindo-se a incidência dos juros moratórios e compensatórios.**

Não ocorre, na hipótese, a alegada preclusão da manifestação da Prefeitura Municipal de São Paulo, uma vez que os cálculos de liquidação podem ser retificados a qualquer tempo.

**O agravo, contudo, não merece provimento.** (Agravo de Instrumento nº 706.557-5/7, rel. Des. MAGALHÃES COELHO, j. 27/11/2007)

Ora, se a competência de apurar o saldo devedor é do Juízo da Execução e se ainda não houve decisão homologando novos cálculos, como se pode falar em dívida líquida e certa?

**Como pode ter ocorrido preterição se não está certa nem mesmo a existência de crédito em favor dos interessados?**

A E. Presidência deste E. Tribunal não tem competência concorrente com o Juízo da Execução para apurar saldo devedor. O seqüestro em casos como este apenas têm ocorrido porque a Presidência do Tribunal consegue processar os pedidos com maior rapidez do que a homologação de nova conta pelo Setor de Execução, já que seria humanamente impossível aos três Juízes que ali atuam apreciar o volume extraordinário de feitos que foram remetidos para lá. Certamente, a manutenção da decisão impugnada implicará a vitória da velocidade sobre o direito.

**A determinação de seqüestro prematura fere direito da Impetrante de ver a questão decidida pelo Juiz natural da causa, executando-se crédito ilíquido e incerto, antes mesmo de devidamente apurado.** Não se pode assegurar que o valor encontrado por DEPRE, atuando na esfera administrativa, será equivalente àquele calculado no Juízo da Execução.

#### **DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EM AFRONTA À ADIN 2924/SP**

Ainda que estivesse presente a preterição a servir de fundamento ao seqüestro, o título apresentado pelo Requerente do Seqüestro é inexigível, pois em total afronta ao decidido na ADIn 2924/SP. Conforme se verifica dos cálculos, pretende o Requerente do seqüestro o recebimento de valores a título de juros moratórios e compensatórios que superam o valor da indenização:

INDENIZAÇÃO	JUROS MORATÓRIOS	JUROS COMPENSATÓRIOS
R\$ 17.675,65	R\$16.275,29 + R\$2.811,19 = R\$19.086,48	

O EP 3688/92, que serviu de suporte ao pedido seqüestro e não recebeu pagamento, requisita valores a título de **juros moratórios** e insuficiências de pagamento, com fundamento no artigo 337, VII, do RI-TJESP. Ocorre que, na ADIn 2924/SP, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação conforme ao Regimento Interno deste E. Tribunal para determinar as hipóteses taxativas em que é possível requisitar **pagamento complementar aproveitando o mesmo precatório**. São elas: “**correção de erro material ou inexatidão aritmética, contidos no precatório original, bem assim da substituição, por força de lei, do índice aplicado**”.

Quanto à insuficiência de depósitos e eventuais juros moratórios, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal há mais de uma década exige a expedição de **novo precatório** para requisição dos valores devidos a título de **juros moratórios**, conforme comprovamos do julgado:

“Sendo assim, pelas razões expostas, conheço e dou provimento a este recurso extraordinário (CPC, art. 557, §1º - A), **em ordem a determinar que não incidam juros compensatórios e moratórios sobre o parcelamento previsto no art. 33 do ADCT**, ressalvada, no entanto, quanto aos juros moratórios, a inadimplência da Fazenda Pública – **caso em que, se ocorrente, os valores respectivos deverão ser pagos mediante expedição de novo precatório** (RE 168.019/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – AI 513.854/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – AI 580.976/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.) – observados, na matéria os precedentes jurisprudenciais ora referidos na presente decisão.” (RE 515222, Min CELSO DE MELLO, dj. 16/03/07, grifamos)

A inexigibilidade de título judicial em afronta à interpretação conferida pela Corte Constitucional, em ADIn dotada de força vinculante, já foi confirmada por este E. Tribunal, conforme comprovamos:

“Pelo referido parágrafo [artigo 741, II, parágrafo único, do Código de Processo Civil] **é inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal** ou em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. É inequívoco que o Supremo

Tribunal Federal, em freqüentes manifestações, tem entendido que no tocante aos débitos objeto da moratória, não cabe, em continuidade, fazer incidir juros compensatórios e moratórios." (Intervenção Estadual nº 131.956-0/3, grifamos)

Assim, por mais essa razão, aguarda, no caso de não aceitos os argumentos antes expostos, seja reconhecida a inexigibilidade do título que deu suporte ao pedido de seqüestro, concedendo-se a ordem para decretar a nulidade da decisão que deferiu a constrição de rendas públicas.

### **DO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRÁRIO À CONCESSÃO DO SEQÜESTRO**

Não apenas a Impetrante verificou as ilegalidades contidas na decisão que deferiu o seqüestro e no v. Acórdão que a confirmou. O **DD. Procurador-Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do pedido de seqüestro**, uma vez que ausentes os requisitos indispensáveis a seu acolhimento (fls. 179-185 dos autos de seqüestro).

Reproduzimos o trecho de seu parecer, verdadeira lição sobre a matéria, exposta mais uma vez impecavelmente:

**"Ademais, afigura-se descabido o seqüestro de rendas públicas fundado na suposta preterição de precatório complementar ou suplementar (RITJESP, art. 337, inciso VII), máxime porque, se ainda houver algum saldo a ser complementado, ele deverá ser requisitado por meio de outro precatório, a ser incluído em nova proposta orçamentária, nos termos da orientação assentada e ratificada pelo Supremo Tribunal Federal (IF nº 4.211-AgR, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, DJU de 28.05.2004 (...))" (fls. 184 dos autos nº 130.850.0/4, grifos nossos).**

Vê-se, portanto, que o DD. Procurador-Geral de Justiça, atuando como fiscal da lei, sem interesse no deslinde da questão, comunga do mesmo entendimento da Impetrante. Acrescente-se, ainda, a impropriedade de se comparar ofício complementar e décimos para efeito de preterição, quando **apenas se poderia verificar quebra de ordem entre os oitavos e décimos devidos pelo Poder Público.**

## **DO PEDIDO**

Por todo o exposto, vem a Impetrante requerer seja, ao final, concedida a segurança para decretar a ilegalidade da decisão que deferiu o seqüestro, especialmente diante da notícia da morte prévia do Requerente, além de ausentes os requisitos indispensáveis à decretação dessa medida extrema, fazendo retornar aos cofres do povo o valor deles indevidamente retirado.

Dá-se à causa o valor de R\$1000,00 para efeitos fiscais.

Pede deferimento.

São Paulo, 20/12/2007.

### **ROL DE PEÇAS:**

- 1- ÍNTEGRA DO PEDIDO DE SEQÜESTRO 130.850.0/4
- 2- PLANILHA DOS AUTOS DE INVENTÁRIO 485/2001 EM NOME DE ARMANDO CHAKKOUR.
- 3- CÓPIA DA DECISÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 706.557-5/7.
- 4- CÓPIA DO DESPACHO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO QUE DETERMINA O CUMPRIMENTO DO ARTIGO 34 – PROCEDIMENTO PADRÃO ADOTADO PARA LEVANTAMENTO .
- 5- DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE DAS CÓPIAS.

***Medida Cautelar inominada com pedido liminar em face do Banco do Estado de São Paulo S/A – BANESPA, com o objetivo de ver concedido ao Recurso Especial, interposto nos autos dos Embargos de Declaração nº 1.315.843-5/01, efeito suspensivo.***

Dra. Clarissa Marcondes Macéa

---

Departamento Fiscal

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PRESIDENTE DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**MEDIDA CAUTELAR INOMINADA COM PEDIDO LIMINAR**

Requerente: Município de São Paulo

Requerido: Banco do Estado de São Paulo S/A - BANESPA

O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, por sua procuradora que esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, considerando o disposto nos arts. 798 e 800, do Código de Processo Civil, bem como o art. 288, do Regimento Interno desse Colendo Superior Tribunal de Justiça, ajuizar a presente **MEDIDA CAUTELAR INOMINADA COM**



**PEDIDO LIMINAR**, em face do BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S/A - BANESPA, com o objetivo de ver concedido ao Recurso Especial, interposto nos Autos dos Embargos de Declaração de n.º 1.315.843-5/01, e inadmitido perante o E. Tribunal de origem, (já tendo sido interposto, tempestivamente, o pertinente Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Especial – doc. 02), o imprescindível efeito suspensivo, pelos fundamentos de fato e de direito adiante alinhados.

## **DO CABIMENTO DA PRESENTE MEDIDA CAUTELAR**

**Da concessão de efeito suspensivo a recurso especial inadmitido na origem mediante o ajuizamento de medida cautelar**

### **ANÁLISE EM TESE**

Nos termos do art. 542, §2º, do Código de Processo Civil, os Apelos Extremos serão recebidos, em regra, tão-somente no efeito devolutivo.

Essa regra legal, contudo, obteve alguns temperamentos, fruto da necessidade, clara em alguns casos, de se obstar a eficácia das decisões impugnadas por meio de recursos desprovidos de efeito suspensivo.

Nesse passo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência acordam em que, para certas situações, imprescindível se faz a concessão de efeito suspensivo ao Recurso Especial ou ao Recurso Extraordinário, para obstaculizar a eficácia da decisão recorrida, e garantir o resultado útil do Apelo Extremo interposto.

Luiz Rodrigues Wambier, estudando especificamente o tema (*Do manejo da tutela cautelar para obtenção de efeito suspensivo no recurso especial e no recurso extraordinário*, in *Aspectos Polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 369), ensina que:

**“Assim, se se estiver diante de hipótese em que a manutenção da eficácia da decisão impugnada pela via recursal de efeito somente devolutivo possa configurar *periculum in mora* e se o direito do requerente for plausível, isto é, estiver presente o**

**pressuposto consistente no *fumus boni juris*, é possível que se conceda medida liminar *inaudita altera pars*, no bojo de processo cautelar incidental, aforado no juízo recursal, com fundamento no poder de cautela do juiz, pela qual se suspendam os efeitos da decisão impugnada, sempre de molde a se proteger o resultado útil do processo.**” (grifo nosso)

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, igualmente, não hesita em aceitar a possibilidade de concessão de efeito suspensivo aos Recursos Especial e Extraordinário, desde que preenchidos os requisitos exigíveis para tanto.

Leciona Humberto Theodoro Júnior (*Tutela Jurisdicional de Urgência – Medidas Cautelares e Antecipatórias*, América Jurídica, Rio de Janeiro, 2001, 2ª ed., p. 108), a esse respeito, que:

“O uso da medida cautelar com tal objetivo teve primeira acolhida no STF, mas aos poucos tornou-se expediente comum também no STJ. Ambas as Cortes invocaram dispositivos de seus regimentos internos que estabelecem a possibilidade de concessão de medida liminar.”

A afirmativa do ilustre processualista é corroborada pelo v. aresto do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

**“A Medida Cautelar de competência originária do STJ tem como finalidade dar efeito suspensivo a recurso especial interposto, se caracterizados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.”** (Medida Cautelar n.º 10.575 – RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 09.03.2006). (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal tanto aceita pacificamente o ajuizamento de medida cautelar para o fim ora debatido, que editou, em data recente, duas Súmulas, quais sejam, as de número 634 e 635, disciplinando questões de competência acerca da matéria.

Assente, portanto, o cabimento de medida cautelar para a concessão de efeito suspensivo aos Apelos Extremos, desde que preenchidos os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

Veja-se, de outro lado, que o fato de o Recurso Especial interposto pelo interessado não ter sido admitido pelo E. Tribunal de origem não obsta, de forma alguma, o ajuizamento de medida cautelar com o fim de se conceder efeito suspensivo ao Apelo Extremo.

Ensina, a esse respeito, Humberto Theodoro Júnior:

“A aferição de *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* é matéria interna da própria ação cautelar. E deverá, portanto, ocorrer independentemente de qualquer fator externo ao procedimento preventivo. **Não interferirão, de forma alguma, no julgamento do Tribunal Superior fatos como a ausência de decisão local admitindo o recurso, ou a ocorrência de decisão denegatória do curso do remédio recursal, desde, é claro, que não tenha sido interrompido o procedimento por preclusão da faculdade de recorrer à instância superior.**

Assim, sendo urgente a necessidade de debelar o *periculum in mora*, a parte terá direito de dirigir-se ao STJ e de lá obter o provimento cautelar que o afaste, mesmo antes da decisão local sobre a admissibilidade do recurso especial.

**Da mesma forma, terá direito a igual medida quando denegado o especial, houver tempestiva e adequadamente manifestado o agravo de instrumento**”. (op. Cit., p. 112, grifo nosso)

Outro não é o sentir de Marcelo Ribeiro de Oliveira (*Agravo de Instrumento Contra Despacho Denegatório de Seguimento de Recursos Especial e Extraordinário*, in *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 409) :

“Cremos que, **atendidos os requisitos da urgência e da plausibilidade do direito invocado, deve-se admitir a excepcional concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário/especial, ainda que estes tenham tido seu trânsito negado na origem.** É que, em não raras ocasiões, pode-se notar que o apelo raro é manifestamente procedente, apesar de não ter sido admitido no juízo primeiro de admissibilidade. Se nestes casos, se verificar que a demora no processamento do agravo e,

posteriormente, no julgamento do recurso de início denegado, irá prejudicar o direito do recorrente, deve-se, sempre que possível, admitir providência tendente a assegurar eficácia e utilidade ao futuro julgamento do recurso.” (grifo nosso)

Esse Colendo Superior Tribunal de Justiça admite, em caráter excepcional (como adiante se demonstrará ser o caso presente), o cabimento de medida cautelar em casos em que o Recurso Especial interposto houver sido inadmitido na origem:

“PROCESSUAL CIVIL – MEDIDA CAUTELAR EM AGRAVO DE INSTRUMENTO- RECURSO ESPECIAL INADMITIDO NA ORIGEM – EXECUÇÃO FISCAL – PRECEDENTES – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. A medida cautelar para conferir efeito suspensivo a recurso especial não admitido na origem é excepcional e deve estar acompanhada dos inequívocos requisitos da aparência do bom direito e do perigo da demora, o que não ocorre na espécie. Súmulas 634 e 635 do STF (...).” (STJ – 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 10.04.2007, publicado no DJ em 02.05.2007, p. 210). (grifo nosso)

“PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO INADMITIDO NO JUÍZO DE ORIGEM. PERDA DE OBJETO DA MEDIDA CAUTELAR.

1. A ação cautelar ajuizada perante o STJ com o objetivo de agregar efeito suspensivo a recurso desprovido de tal eficácia é medida de caráter restrito e excepcional, só deferível quando cabalmente satisfeitos os requisitos dos arts. 798 e 799 do Estatuto Processual Civil, cabendo à parte demonstrar a real possibilidade de êxito do recurso interposto.

2. Inadmitido o recurso especial no juízo de origem, e não tendo sido interposto pela parte recorrente o respectivo agravo de instrumento, resta evidenciada a perda de objeto da medida cautelar tendente a agregar-lhe efeito suspensivo.” (STJ – Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, AgRg no AgRg na Medida Cautelar nº 1.145-SP, j. em 19.10.2006, publicado no DJ em 06.02.2007, p. 276). (grifo nosso)

“A competência desta Corte para examinar medida cautelar com objetivo de dar efeito suspensivo a recurso especial só se faz pertinente quando se trata de recurso já admitido. **Excepcionalmente, é possível superar o óbice da admissibilidade quando se tratar de decisão teratológica ou manifestamente ilegal** (STJ – Segunda Turma, MC 10.713-AgRg-EDcl, rel. Min. Eliana Calmon, j. 16.3.06, rejeitaram os embs., v.u., DJU 24.4.06, p. 383)

Ora, do quanto se lê da recentíssima jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça acima apontada, depreende-se a possibilidade de cabimento de Medida Cautelar, com o fito de conceder efeito suspensivo a Recurso Especial, ainda que inadmitido na origem, desde que (i) interposto o pertinente Agravo de Instrumento de Despacho Denegatório de Recurso Especial, bem como (ii) exista circunstância excepcional que autorize o deferimento da medida, o que, sem sombra de dúvida, ocorre no caso presente.

## **ANÁLISE DO CASO CONCRETO**

### **DA COMPETÊNCIA**

Considerando-se que, *in casu*, o Recurso Especial interposto pelo Município de São Paulo não foi admitido pelo E. Tribunal *a quo*, indiscutível a competência dessa C. Corte para a apreciação da presente Medida Cautelar, a teor do entendimento expressado nas Súmulas nº 634 e 635, do E. STF, *a contrario sensu*.

### **DA TEMPESTIVA INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DE DESPACHO DENEGATÓRIO DE RECURSO ESPECIAL PELO MUNICÍPIO-REQUERENTE**

Como se verifica do doc. 02 anexo à presente, o Município-Reqüerente interpôs tempestivamente Agravo de Instrumento do despacho que denegou, na origem, o Recurso Especial interposto.

A questão da admissibilidade do apelo extremo, assim, não restou preclusa, de modo o Município-Requerente tem perfeitamente configurado interesse processual para a presente Medida Cautelar, necessária e útil no caso em comento.

## **DA PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR**

Estão indiscutivelmente presentes, *in casu*, os requisitos autorizadores para a concessão da pretendida medida cautelar, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

No caso de Medida Cautelar ajuizada com o fito de agregar efeito suspensivo a Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, tais requisitos, notadamente o requisito do *fumus boni juris*, devem ser entendidos em sentido particular, nos precisos termos do escólio de Humberto Theodoro Júnior (*op. cit.*, p. 109):

**“O primeiro [*fumus boni juris*] decorre da demonstração da viabilidade do apelo extremo; o segundo [*periculum in mora*], de acordo com cada caso, decorre da situação fática com grande potencialidade de risco criada pelo decisório impugnado”** (grifo e colchetes nossos).

Vejamos, pormenorizadamente, a presença de cada um desses requisitos a ensejar a concessão da Medida Cautelar ora requerida.

### **I - DO FUMUS BONI JURIS**

É certo o provimento do Recurso Especial interposto pelo Município, máxime diante das flagrantes ilegalidades perpetradas pela decisão recorrida.

Explique-se.

O Município interpôs Recurso Especial (fls. 218/244 do doc. 01)

com a finalidade de combater as ilegalidades que pautaram o julgamento do Agravo de Instrumento de n.º 1.315.843-5 (doc. 01), interposto pelo Banco-Recorrido da decisão de primeira instância que indeferiu a antecipação de tutela pretendida na Ação Ordinária n.º 785/053.04.0122986-4, em trâmite perante a 7ª Vara da Fazenda Pública.

Em sede da referida Ação Ordinária, foi formulado pedido de antecipação de tutela para determinar a suspensão de exigibilidade, independentemente de depósito, dos Autos de Infração n.ºs 63.843.820, 63.843.668, 63.844.370, 63.843.854, 63.843.420, 63.843.315, 63.843.757, 63.843.579, 63.844.729, 63.845.008, 63.843.471 e 63.843.293, lavrados tomando por base as receitas de prestação de serviços bancários.

Tais Autos somam, na data de hoje, o estrondoso valor de **R\$ 973 milhões** <sup>1</sup>(doc. 03).

Indeferida a pretendida antecipação de tutela em primeira instância, o Banco-Recorrido interpôs Agravo de Instrumento, obtendo, em segunda instância, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário discutido.

**O Agravo interposto, todavia, foi processado e julgado – é de pasmar - à completa revelia do Município de São Paulo.**

**Veja, Colenda Corte: a despeito de o Município de São Paulo constar como Agravado nos atos do referido Agravo de Instrumento, em nenhum momento lhe foi assegurado o direito constitucional e legal de exercer a sua defesa, seja para recorrer da decisão que concedeu efeito suspensivo ao Recurso, seja para contramitá-lo, seja, finalmente, para recorrer do v. Acórdão que lhe deu provimento.**

Isso porque o Município de São Paulo não foi intimado de nenhum dos atos processuais sucedidos no Recurso de Agravo.

Referidos atos, embora publicados na imprensa oficial, fizeram constar, no campo existente para a indicação do representante legal do Município-Agravado, a singela expressão “nada consta” (fls. 145/146 daqueles autos – cópia integral em anexo – doc. 2), muito embora o representante legal do Município – de qualquer Município – seja aquele indicado

<sup>1</sup> Em valores precisos, o valor da dívida discutida alcança, atualizado até julho de 2007, impressionantes R\$ 973.424.289,06.

pela lei, nos termos do art. 12, I, do Código de Processo Civil (o Prefeito, ou, onde houver, o Procurador Geral do Município).

Assim, em evidente atentado às mais fundamentais normas de direito processual civil, logrou o Banco-Agravante, ora Requerido, suspender a exigibilidade de crédito tributário que monta, na presente data, quase um bilhão de reais!

É bem de se ver que restaram violados, no julgamento do referido Agravo de Instrumento, os seguintes dispositivos legais: art. 12, inc. II, art. 236, §1º, art. 527, inc. V, e art. 535, inc. II, todos do Código de Processo Civil.

São, portanto, **inúmeras e manifestas** as evidentes ilegalidades que impedem o Município de São Paulo de proceder à regular cobrança de crédito tributário de quase UM BILHÃO DE REAIS, ilegalidades estas que certamente serão corrigidas com o julgamento do Recurso Especial interposto pelo Município, ora Requerente.

E a manutenção da eficácia da decisão recorrida, pelo simples fato de o Recurso Especial não dispor, em regra, de efeito suspensivo, é medida injusta, que na prática impede o resultado útil do Apelo Extremo interposto.

Afinal, quanto tempo não passará até o julgamento definitivo do Recurso Especial interposto??

**E durante todo esse tempo poderá permanecer em vigor a ilegal decisão que deferiu a suspensão da exigibilidade de crédito tributário no exorbitante valor de R\$ 973 milhões de reais, em franco prejuízo do interesse público!!!**

As ilegalidades perpetradas, como já observado, são flagrantes.

Vejamos.

**Da efetiva violação aos arts. 12, II, 236, §1º e 527, inc. V, do Código de Processo Civil**

Todo o Agravo de Instrumento impugnado pelo Município com a interposição do Recurso Especial ao qual se objetiva emprestar efeito suspensivo, foi processado e julgado à revelia do Município-Agravado: não foi o Município intimado da decisão que concedeu o efeito ativo pretendido



pelo Agravante. Não foi intimado para oferecer contraminuta. E não foi intimado do Acórdão proferido.

Prescreve o art. 236, §1º, do Código de Processo Civil que:

**“É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação”.** (grifo nosso)

Dispõe, de outro lado, o art. 12, Inc. II, do Código de Processo civil que:

**Serão representados em juízo, ativa e passivamente:**

(...)

**II – o Município, por seu prefeito ou procurador;”**

Da combinação desses dois dispositivos, chega-se a uma só conclusão: sendo um Município parte em processo judicial, e não havendo procurador municipal expressamente designado para o caso, deverá ser intimado, obrigatoriamente, sob pena de nulidade, o Prefeito ou procurador. (No caso do Município de São Paulo, determina a sua Lei Orgânica – art. 87- seja intimado, na ausência de um procurador específico para a defesa de uma causa, o Procurador Geral do Município).

Tais regras, contudo, foram, *concessa maxima venia*, solenemente ignoradas pelo Egrégio Tribunal de origem.

Da decisão de fls. 102 dos autos de Agravo de Instrumento (doc. 01), que concedeu efeito suspensivo ao Agravo interposto pelo Banco ora Recorrido, não foi intimado o Município de São Paulo.

Foi a referida decisão publicada em 21 de junho de 2004. Todavia, no campo destinado à indicação do procurador do Agravado foi aposta a expressão “nada consta” (fls. 145, do doc. 01).

De outro lado, não foi o Município intimado para oferecer contraminuta ao recurso, nos termos do art. 527, inc. V, do Código de Processo Civil, corolário direto do constitucional princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

E, por fim, como é de se observar a fls. 146 do doc. 2, também não foi o Município regularmente intimado do Acórdão proferido em seu desfavor, em nova violação ao art. 12, II, c.c. o art. 236, §1º, do Código de Processo Civil.

**A simples leitura das fls. referidas do doc. 01, anexado, deixam claras as ilegalidades perpetradas.**

Mas não é só.

Como salientado no Recurso Especial interposto pelo Município de São Paulo (fls. 218/244 do doc. 01), a inaplicação dos citados dispositivos pelo E. Tribunal de origem expressa interpretação divergente daquela que lhes é conferida por esse Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Deveras, esse Colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou o irrepreensível entendimento, em sede do Recurso Especial n.º 609.183-AP, de que **"é necessária a indicação do nome do Procurador do Estado, que atua na demanda, nas intimações veiculadas pela Imprensa Oficial, em atendimento à regra inserta no art. 236, §1º, do Código de Processo Civil, sob pena de nulidade"**.

No caso em epígrafe, o E. Tribunal de origem, ao veicular intimações na imprensa Oficial apondo no campo indicativo do representante legal do Município-Agravado a expressão "nada consta", deu ao **art. 236, §1º, do Código de Processo Civil**, interpretação divergente da que lhe foi conferida por essa Colenda Corte no aludido julgado.

Veja-se, ainda, trecho do Acórdão dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 131.900 – RJ, relatado pelo Eminentíssimo Ministro Gilson Dipp, o qual bem evidencia a ilegalidade processual que ora se alega:

**"II - Nos termos do art. 236, §1º do Código de Processo Civil, é indispensável, sob pena de nulidade, que conste na publicação das intimações os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.**

III – Os procuradores são advogados legalmente habilitados para prestar assistência profissional ao Estado, defendendo-lhe os interesses. **Assim, nas publicações de suas intimações deve constar o nome do Procurador atuante no feito**, não podendo ser dado tratamento diverso apenas pelo fato de existir um corpo de Procuradores, sendo inviável fazer distinção onde o legislador não fez.

IV – Na hipótese dos autos, havendo atuação de mais de um procurador e não existindo indicação prévia em nome de qual deve-

ria ocorrer a intimação, correta seria a publicação como nome de qualquer dos Procuradores atuantes, e não da expressão "Procurador do Estado". (grifo nosso)

Ora, se ilegal é a mera indicação da expressão "Procurador do Estado", sem a indicação do Procurador Atual, em ações em que seja parte a Fazenda Estadual, com muito mais razão será ilegal a publicação em que, sendo parte a Fazenda Municipal, conste como advogado a expressão "nada consta".

Mais: a conduta pela qual se pautou o E. Tribunal de origem, julgando Agravo de Instrumento sem abrir vista ao Município-Agravado para o oferecimento resposta, dá, **também ao art. 527, inc. V, do CPC**, interpretação diversa daquela que lhe é conferida por esse Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Não admite esse Colendo STJ seja negada vigência ao referido dispositivo.

A ementa do acórdão proferido em sede do REsp 629441/DF deixa clara a divergência:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 527, V, CPC. INTIMAÇÃO. PARTE AGRAVADA. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA NULIDADE. JULGAMENTO. CONFIGURAÇÃO.

Nos termos do art. 527, inc. V, do Código de Processo Civil, com a redação atribuída pela Lei n.º 10.352/2001, a intimação do agravado para responder ao recurso é indispensável, sendo que, a ausência do ato nulifica o julgamento, em razão da quebra dos princípios do contraditório e do devido processo legal. Precedentes do STJ. Recurso provido (Resp 629441/DF, Rel. Min. Félix Fischer, Quinta Turma, j. Em 17.06.2004, publicado no DJ e, 13.09.2004, p. 285). (grifo nosso)

Irrebatíveis razões, portanto, demonstram o inegável provimento do Apeio Extremo interposto, e, conseqüentemente, a fumaça do bom de direito necessária para a concessão da presente Medida Cautelar.

As violações à lei federal acima explicitadas configuram evidente atentado à ampla defesa do Município, devendo ser notado que, no caso em comento, referidas violações implicaram impressionante prejuízo financeiro ao Município de São Paulo, vulnerando, sobremaneira, o interesse público.

## **II - DO PERICULUM IN MORA**

A questão posta em juízo mediante a presente Medida Cautelar é de vital importância para o Município de São Paulo.

Consoante já repetidas vezes salientado, **o Município, em processo de Agravo de Instrumento pautado por inúmeras ilegalidades (doc. 01), se viu privado de proceder à regular cobrança de crédito tributário que monta quase um bilhão de reais!!!**

O total da dívida ativa tributária do Município de São Paulo alcança R\$ 23.519.798.980,58 (vinte e três bilhões, quinhentos e dezoito milhões, setecentos e noventa e oito mil, novecentos e oitenta reais e cinquenta e oito centavos), nos termos do último resumo informativo do quadro contábil da dívida ativa (07/2007) (fonte: Sistema da Dívida Ativa/ PRODAM - doc. 04).

Em números aproximados, portanto, o Município de São Paulo é titular de créditos tributários, inscritos em sua dívida ativa, no valor de 23,5 bilhões de reais.

É de causar espanto, Egrégio Tribunal: os 973 milhões de reais de cuja cobrança foi indevidamente privado o Município-requerente em processo manifestamente ilegal, representam, aproximadamente, espantosos 4% (quatro por cento) de toda a dívida ativa tributária do Município de São Paulo!!!

A conclusão que disso se tira é assombrosa: **o Município foi privado de proceder à cobrança de 4% (quatro por cento) de toda a sua dívida ativa tributária por decisão proferida em Recurso no qual sequer atuou como parte!!!**

Não resta nenhuma dúvida, assim, dos efeitos deletérios que a privação de tais créditos causa ao Município de São Paulo, aos serviços públicos e à coletividade.

## **DO PEDIDO**

Ante o exposto, requer o Município de São Paulo, seja concedida a **liminar** requerida e, ao final, seja a presente Medida Cautelar julgada **procedente**, para conceder efeito suspensivo ao Recurso Especial interposto pelo Município de São Paulo nos Autos dos Embargos de Declaração de n.º 1.315.843-5/01, preservando-se assim, o direito de o Município Paulistano cobrar o mais significativo de seus créditos tributários.

*Ad cautelam*, protesta-se pela produção de todos os meios de prova admissíveis, sem exceção.

Dá-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 06 de agosto de 2007.

**Contestação em Ação Civil Pública  
promovida pelo Ministério Público  
do Estado de São Paulo – Autos nº  
583.53.2007.102044-8**

Dra. Denise do Carmo Rafael Simões de Oliveira

---

Departamento Judicial

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA  
14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL-SP.**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**Autos nº 583.53.2007.102044-8 (ORDEM 113/2007)**

**A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por sua procuradora ao final assinada, nos autos da **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** que lhe promove, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, vem à presença de V. Exa. apresentar sua

**C O N T E S T A Ç Ã O**

a teor dos artigos 300 e 188 do Código de Processo Civil e do artigo 19, da Lei Federal 7.347/85, consubstanciada nos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos:

**I. DOS FATOS.**

Trata-se da ação proposta pelo Ministério Público, com o fim de condenar a Municipalidade de São Paulo na obrigação de fazer consistente

na regularização do loteamento denominado " JARDIM PARANÁ" e indenização dos prejuízos remanescentes que causou, em especial os danos urbanísticos e ambientais sofridos por toda sociedade, em montante a ser apurado em liquidação, destinado ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

Assim, passa a Municipalidade a contestá-lo e, *a fortiori*, entende que a demanda, tal como restou proposta, não está a merecer qualquer procedência em relação à Municipalidade de São Paulo, como adiante demonstrar-se-á.

## II. PRELIMINARMENTE

### DA INÉPCIA DA INICIAL EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO AOS DANOS URBANÍSTICOS E AMBIENTAIS

O pedido formulado na ação civil pública proposta pelo D. Ministério Público , consistente na condenação da Municipalidade em indenizar os danos urbanísticos e ambientais causados em razão da implantação do loteamento "JARDIM PARANÁ", não guarda relação direta com a causa de pedir, posto que o pedido não se ajusta aos fatos nem aos fundamentos articulados na peça inaugural .

Ora, a ação deveria trazer a lume quais os danos causados, justificando de forma cristalina a lesão aos recursos ambientais, com a conseqüente degradação.

Entre os vários requisitos estabelecidos pela legislação processual, dois apresentam fundamental importância para a fixação dos limites da lide e a identificação de seu objeto, quais sejam, a *exposição dos fatos*, juntamente com os *fundamentos jurídicos do pedido*, e o *pedido*, com suas especificações (artigo 282, incisos III e IV).

Tais requisitos são exigíveis exatamente para a garantia da realização de um justo processo legal, a fim de se possibilitar a plena defesa do réu no processo.

É sabido que no direito brasileiro foi adotada a *teoria da substanciação*, através da qual assume relevância a narrativa dos fatos. É da narrativa dos fatos que o réu se defende.

Da maneira como postulado o pedido, de forma genérica e a partir de fatos vagamente referidos, fica *obstaculizada a própria defesa dos réus*.

Em matéria de responsabilidade, no entanto, não existem presunções.

Em sua longa exposição, o autor só faz referência a normas jurídicas, à fundamentação jurídica do pedido, mas não há relato de *fatos concretos* que conduziram à responsabilidade dos réus.

Também não esclarece o autor quais os *danos causados* pelos réus, a justificarem o pedido de indenização.

E, precisamente em razão da falta de explicitação de fatos concretos, o pedido mostra-se genérico, indeterminado, o que é expressamente vedado pelo estatuto processual em seu artigo 286.

O próprio pedido é indeterminado não somente pela falta de explicitação de fatos concretos atribuíveis à Municipalidade, como também, em razão da falta de especificação dos danos a serem indenizados. O autor pleiteia a condenação da Municipalidade ao pagamento de indenização, mas não especifica quais seriam os danos a serem indenizados, não os demonstra nem os mensura.

Assim, temos que o pedido não guarda coerência com os fatos narrados, uma vez que não se demonstrou qualquer nexo de causalidade da Municipalidade em relação aos danos.

O processo legal é garantia de uma justa aplicação da lei material, sendo necessários para sua validade uma adequada narração dos fatos e os fundamentos do pedido.

Corroborando com essa argumentação, enfatizável se faz jurisprudência nesse mesmo sentido:

***“PEDIDO INICIAL- Requisitos - Falta na espécie - Processo Julgado extinto.***

***O autor é obrigado a narrar na sua inicial, com clareza e precisão, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido. Se da narração feita na inicial e dos documentos que a instruem não houver possibilidade de se saber qual o negócio jurídico existente entre as partes, julga-se extinto o processo por fal-***



*ta de condições, de desenvolvimento válido, eis que seria temerário resolver a lide sem a exata definição da relação de direito material "sub judice" (Apelação Cível n.9227 - RT 508/205).*

Este foi o entendimento dos órgãos julgadores em caso de cabal similitude, (onde a exordial do Ministério público reprisa todos os argumentos trazidos à baila neste processo) e, que ora pedimos vênia para transcrever tópicos das decisões:

*DECISÃO DO MM. Juiz da 8ª VFP, nos autos nº 31/053.03.000444-9, que em sentença proferida em 14 de outubro de 2003, decidiu pela extinção do feito:*

*"Contudo, o autor não descreve de forma clara e precisa a conduta do réu que enseja o pedido de indenização. Como ressaltado pela Municipalidade de São Paulo "A demanda envolve 7 (sete) loteamentos clandestinos, abranje todas as complexas circunstâncias de fato que resultam na ocupação de grandes áreas localizadas em região de mananciais e o autor limita-se a se referir, de forma extremamente genérica, à omissão do Município e do Estado, à falta de fiscalização do Poder Público".*

*DECISÃO DO ÓRGÃO COLEGIADO, que em acórdão proferido em 09 de março de 2006 pela Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº390.411.515-0), negou provimento, por votação unânime ao apelo do Ministério Público(referente aos autos acima):*

*"De fato, o autor enumerou, na inicial, as obrigações legais das rés, no sentido de prevenir e controlar a poluição do meio ambiente, ressaltando sua omissão e desídia relativa à preservação dos mananciais hídricos em questão, bem como na fiscalização do uso do solo e de qualquer providência oportuna que impedisse a ocupação degradante de tais áreas.*

*Todavia, o autor não especificou, em seu pedido, no que consistiria esta indenização a que pleiteia.*

**“Tal omissão, além de prejudicar a defesa da parte contrária também impede o provimento jurisdicional, uma vez que não é possível saber o que o autor pretende”.**

Isto posto, temos que a petição é inepta por estar eivada de defeitos e omissões que impossibilitam o julgador decidir.

### **DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO**

Pretende o representante do *Parque* obter prestação jurisdicional que obrigue à Municipalidade a regularizar o loteamento e indenizar os prejuízos remanescentes que causou, em especial os danos urbanísticos e ambientais sofridos por toda sociedade, em montante a ser apurado em liquidação, destinado ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

O pedido formulado na exordial deve ser considerado juridicamente impossível, uma vez que no caso concreto, ele se apresenta desconforme com as normas jurídicas vigentes.

O loteamento foi executado em propriedades particular. Os danos ambientais e urbanísticos foram causados, assim, pelos responsáveis por esses parcelamentos irregulares, ou seja, pelos proprietários e/ou pelos próprios loteadores.

O Município não é, e não se pode torná-lo, em absoluto, responsável pelos danos ambientais causados, nem tampouco pela regularização do loteamento.

Ademais, como a própria petição inicial demonstra, em área de proteção de mananciais a competência dos Municípios é restrita, não somente em relação à disciplina da ordenação do solo, que é quase que exclusiva do Estado, bem como em relação à fiscalização. A matéria é regida basicamente pela Lei Estadual n. 898/75, Lei Estadual no. 1172/76 e Decreto Estadual no. 9.714/77, que se sobrepõem à legislação municipal.

Nota-se que o Município está adotando providências em relação a essas ocupações e até mesmo tomou a iniciativa de regularizar o loteamento ex-officio, porém para fazê-lo mister se faz o atendimento de vários requisitos, bem como anuência prévia do Estado.

Além disso, a forma, a frequência dos atos fiscalizatórios, são questões que apresentam natureza discricionária, sujeitos, portanto, ao critério da conveniência e oportunidade, não se admitindo, em tal caso, que o Ministério Público ingresse na análise do mérito de tais atos administrativos.

Segundo a melhor doutrina, pedir o impossível é reclamar provimento que não se encontra respaldado no ordenamento jurídico. A propósito, veja-se o que ensina **MOACYR AMARAL SANTOS** : - "*Possibilidade jurídica do pedido é a condição que se diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo*". (Primeiras linhas de direito processual civil, Ed. Saraiva, 5ª edição, p. 145). **LIEBMAN** adverte: "*Por possibilidade jurídica do pedido entendo a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar à espécie de decisão pedida pelo autor*". (Estudos sobre o processo civil brasileiro, Ed. José Bushatsky, 1976, p. 124).

Com efeito, se viesse a ser provida a pretensão, estar-se-ia ofendendo o **Princípio da Separação dos Poderes, positivado no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil e o princípio da repartição das competências entre os entes federados.**

**Pedro da Silva Dinamarco**, na obra *Ação Civil Pública*, ed. Saraiva, editada em 2001, observa que:

**"É bastante freqüente serem ajuizadas ações civis públicas em face de ente estatal que signifiquem, na prática, a imposição de uma destinação específica dos recursos públicos. Assim, muitas vezes os autores dessas demandas coletivas, com pretextos dos mais variados, pretendem invadir o campo da discricionariedade administrativa. Nesses casos, a demanda será juridicamente impossível."** (pág. 190). Grifo nosso.

O pedido inicial, em relação à obrigação da Municipalidade em indenizar os prejuízos aos quais não deu causa e a regularizar o loteamento afeta, diretamente, a sua autonomia e o princípio da repartição de competência das esferas governamentais.

Diante do exposto, requer que seja conhecida a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, à vista do pedido de condenação da

Município, *permissa vênia*, de todo inconsistente. Sendo juridicamente impossível o pedido em relação ao Município, impõe-se a decretação da carência da ação, com conseqüente extinção do processo sem o julgamento do mérito nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

## DA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

O interesse processual deve ser buscado em dados objetivos, ou seja, relevância social e constatação de que o interesse em causa não está sendo tutelado na instância administrativa adequada, bem como na necessidade de se recorrer ao Judiciário.

Como bem elucida o Mestre HELY LOPES MEIRELLES, o “Parquet” está em melhor posição para ajuizamento da Ação Civil Pública, quer por sua independência institucional, quer por suas atribuições funcionais. Todavia, tais vantagens não significam o ajuizamento de lide temerária ou sem base legal, não bastando um juízo objetivo do Ministério Público para a procedência da ação.

O Poder Público Municipal que agiu dentro das possibilidades e dos recursos de que dispõe **apurando, investigando e realizando os atos fiscalizatórios e administrativos dentro de sua competência que serão detalhadamente especificados nas razões do mérito.**

Cristalino se mostra a falta de interesse de agir do Ministério Público, posto que nenhuma necessidade ou utilidade terá a providência jurisdicional pretendida na presente ação, principalmente porque, sendo o Município condenado a realizar obras de responsabilidade do proprietário/ loteador e indenizar os danos urbanísticos e ambientais, será necessário desviar verbas orçamentárias destinadas a outras melhorias do Município, penalizando-se todos os contribuinte/cidadãos, uma vez que os cofres municipais são abastecidos com a arrecadação de impostos e taxas que deveriam ser destinadas para o cumprimento das providências eleitas pela Administração Pública, e prioritárias, para o correto desenvolvimento da cidade e não para realizar obras eleitas, segundo o critério subjetivo do Ministério Público.

Acrescenta-se que, para restar configurado o interesse de agir do

Ministério Público, deveria o autor deixar clara a necessidade ou utilidade da providência jurisdicional pretendida pela presente ação, o que, todavia, não restou demonstrado.

**Urge ressaltar a existência de várias demandas tendo como objeto: o desfazimento loteamento “Jardim Paraná”, outra pedindo indenização dos danos ambientais e outra adoção de medidas em área de risco.**

**Além das ações que nos reportaremos de forma detalhada quando do item “Conexão”, restará demonstrado nas questões de mérito, todas as medidas adotadas pela Municipalidade para regularização do loteamento “ex officio”, e das providências necessárias para tanto.**

Assim é que, dentro de tal posicionamento, não pode o Ministério Público almejar que o Poder Judiciário determine ao administrador a prática de ato discricionário, subtraindo-lhe, ademais, a devida e prévia apreciação da conveniência e oportunidade, sob pena de se verificar expressa ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, consagrado no artigo 2º, da Constituição Federal.

#### **DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA MUNICIPALIDADE**

O autor ao propor a demanda afirma que a “Municipalidade se omitiu durante todo o processo de fracionamento do imóvel, pois não esgotou o rol de atos que deveria ter praticado para repelir o parcelamento da área”.

No entanto, não houve negligência alguma da contestante e nenhuma responsabilidade pode ser atribuída ao Município pela implantação do loteamento.

A inicial discorre genericamente sobre a responsabilidade que atribui à ré sem, contudo, indicar expressamente o que a Administração Municipal teria de fazer – dentro das competências que lhe são atribuídas por lei – que não tenha sido feito, em relação ao loteamento em tela.

Diante, disso, inexistente razão para se pleitear indenização perante a Municipalidade ou que esta regularize o loteamento. A responsabilidade, no caso, cabe a quem efetivamente causou o dano e, qualquer indenização deve reverter em favor dos efetivamente lesados.

Com efeito, a Municipalidade de São Paulo não poderia ter sido eleita para figurar no pólo passivo da presente relação jurídica processual à vista da pretensão requerida pelo autor.

Note-se que a área é particular e não foi o Município que promoveu o loteamento.

Ressalta-se, ainda, que inexistente vínculo algum que venha a unir a Municipalidade aos loteadores, verdadeiros responsáveis pelos danos, e, diante da análise dos atos praticados administrativamente, não há margem para que se diga em responsabilidade pela falta de eficiência do poder de polícia exercido.

O poder de polícia, de natureza discricionária, deve ser encarado como atividade inerente à Administração, jamais como serviço público propriamente dito, que constitui atividade vinculada, obrigatória, cuja falta acarreta a responsabilidade civil do Estado.

Se assim não fosse, o Poder Público teria de se responsabilizar em todas as situações em que deixou potencialmente de atuar, em situações absolutamente impessoais, como num simples assalto sofrido por alguém por falta de policiamento ostensivo no momento em que a vítima foi abordada. Ou, ainda nessa linha de raciocínio, haveria responsabilidade estatal por não ter sido determinada a prisão em flagrante dos loteadores, tão logo o "Parquet" e a autoridade policial tomaram conhecimento dos atos ilícitos de implantação do loteamento clandestino.

A Municipalidade agiu dentro dos parâmetros de sua competência, mas está jungida à obrigação de obediência ao devido processo legal, devendo cumprir todos os trâmites previstos na legislação municipal para o ajuizamento de demanda buscando a regularização ou o desfazimento do parcelamento irregular.

Segundo a melhor doutrina, **"Não basta, portanto, afirmar que a legitimidade corresponde à titularidade na pessoa que propõe a demanda, pois é indispensável que também o réu seja legitimado para a causa"** (Moniz de Aragão, *"Comentários ao Código de Processo Civil"*, vol. II, 1998, Forense, 9ª edição, revista e atualizada, p. 399). Grifo nosso.

Logo, a ora contestante é parte ilegítima para figurar na demanda, impondo-se o reconhecimento da carência de ação e da falta de legitimidade passiva da Municipalidade de São Paulo, com a conseqüente

extinção do processo sem o julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VI do Código de Processo Civil.

### III. DA DENUNCIÇÃO À LIDE

Caso Vossa Excelência entenda pela manutenção da Municipalidade no pólo passivo da presente demanda, o que se admite apenas a título de argumentação, nos reportando ao item de ilegitimidade passiva, devem ser denunciados a lide:

**A) O ESTADO (artigo 23, inciso VI, da Constituição federal c/c artigo 46, inciso IV, artigo 47 e artigo 70, do Código de Processo Civil).**

Dispõe o artigo 23, inciso VI, da Constituição federal:

*“É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*

*VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas*

É curial que a ação tenha sido proposta somente em face da Municipalidade.

Em outros casos o Ministério Público faz questão de que figure no pólo passivo da ação os loteadores e o Estado.

Ora, na linha de raciocínio trazida à colação pelo Ministério Público em matéria de competência o ESTADO deve figurar no pólo passivo da demanda.

Havendo interesse local e outros onde predomina o interesse regional, o uso do solo metropolitano se sujeita à ação do Município e do Estado.

O próprio Ministério Público em outras ações traz farta doutrina e jurisprudência para caracterizar a competência concorrente do Estado-Membro na defesa do interesse metropolitano e das normas sanitárias e ambientais, que ora permitimo-nos trazer na sua íntegra as colocações feitas em várias de suas ações :

***“Embora este controle urbanístico caiba naturalmente ao Município, não se cuida de uma função que lhe possa ou deva desempenhar com exclusividade.***

*De fato, nas regiões metropolitanas, ocorre um entrelaçamento de cidades, que passam a constituir uma única comunidade, com interesses econômicos e sociais comuns, carentes de um tratamento uniforme. Nestas circunstâncias, há uma irradiação dos interesses locais. Que transcendem a esfera de cada Município, para repercutir em um todo maior, circunscrito em uma região.*

*Nessas circunstâncias, algumas funções públicas, dentre as quais as relativas ao uso do solo, ao aproveitamento dos recursos hídricos, ao controle da poluição ambiental e ao saneamento básico (abastecimento de água, rede de esgotos, coleta de lixo) ultrapassam o interesse puramente municipal, e, configurado, assim, um peculiar interesse metropolitano (ou regional), submetem-se ao controle concorrente do governo da metrópole (Cf. Constituição Federal, art. 25, par.3º; Lei Complementar Federal nº 14/73, art.5º; Lei Complementar Estadual nº 94, de 29.5.74, arts.2º e 3º.,VII; ELIANA DONATELLI DE MOURA, "Região Metropolitana, em Revista de Direito Público" 67/261-263; tb:parcer de 12.9.88, elaborado pelo ilustre Juiz de Direito AROLDO MENDES VIOTTI e acolhido pelo Egrégio Conselho Superior da Magistratura de São Paulo no julgamento, em 7.11.88, da Apelação Cível nº 8.705/0-6, da Capital).*

*Como se sabe, o encargo e a competência para estes assuntos, foram atribuídos aos Estados-membros pela Lei Complementar Federal nº 14/73. Esta sufragou a tese de que, em nosso sistema federativo, á falta de um nível de governo específico, o interesse metropolitano é de titularidade estadual, cabendo ao Estado o desenvolvimento das funções governamentais e a administração dos serviços comuns aos municípios nesta região (Cf. EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, "Institucionalização das Regiões Metropolitanas", em "Revista de Direito Administrativo" 119/1-15; SERGIO FERRAZ, "As Regiões Metropolitanas no Direito Brasileiro", em revista de Direito Público", 37-38/23).*

*Desde modo, havendo, nesses casos, aspectos de interesse local e outros onde predomina o interesse regional, o uso do solo metropolitano sujeita-se, simultaneamente, á ação do Município e o Estado (Lei 6766/79, art. 13,II, c.c. Lei Complementar Federal nº 14/73, art.5º).*

*De resto, esse encargo não pode ser cometido exclusivamente, aos Municípios, porque "jamais poderá ser eficientemente provido*



*pela ação restrita e isolada das entidades locais” (HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Municipal Brasileiro, ed. Cit.,p.442).*

*Por fim, há, as normas específicas, relativas à proteção dos mananciais hídricos, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos da Região Metropolitana da Grande São Paulo. A notória escassez dessas reservas particularmente intensa nos locais de grande concentração populacional, criou um interesse especial em sua preservação, que supera, em muito, a conveniência de cada Município, repercutindo em área mais ampla, em que incide a ação estadual.*

*Como se vê, dispondo dos correspondentes poderes – alguns expressos, outros implícitos-, o Estado também está habilitado a interferir na formação de loteamentos e a cumprir, assim, a função que nessa matéria lhe cabe, para garantia dos interesses individuais e coletivos.”*

**Como já dito alhures em área de proteção de mananciais a competência dos Municípios é restrita, não somente em relação à disciplina da ordenação do solo, que é quase que exclusiva do Estado, bem como em relação à fiscalização. A matéria é regida basicamente pela Lei Estadual n. 898/75, Lei Estadual no. 1172/76 e Decreto Estadual no. 9.714/77, que se sobrepõem à legislação municipal.**

Nota-se que o artigo 13, da Lei 6766/79, aos dispor sobre o parcelamento do solo urbano, prevê a anuência prévia do estado nas aprovações, pelos Municípios, de loteamentos e desmembramentos, quando estes estiverem localizados em área de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais, sendo certo que não depende da Municipalidade a regularização do loteamento.

Assim, é a presente para requerer a citação do Estado, na pessoa de seu representante legal, para que querendo, conteste a demanda.

## **B) OS RESPONSÁVEIS PELO LOTEAMENTO E OS CAUSADORES DIREITOS DO DANO AMBIENTAL**

B1) Os loteadores (artigo 927, do Código Civil c/c inciso II, do artigo 70, do Código de Processo Civil).

Aqueles que procederam à concretização do loteamento dito como clandestino, por não se adequar aos padrões determinados pelo Poder Pú-

blico Municipal e constituído a sua revelia, dando causa à superveniência do dano ambiental , deverão responder com exclusividade pela regularização do loteamento e pelos prejuízos decorrentes de sua conduta.

Também é certo que o dever de reparar e regularizar o loteamento, também, deve recair sobre os loteadores, não bastando a ação criminal e a demanda imposta.

Inafastável se mostra, nos termos dos autos, a participação desses litisconsortes no empreendimento.

Nesse sentido, pedimos vênia para trazer à colação ementa de julgado do E. Tribunal de Justiça:

**"AÇÃO CÍVEL PÚBLICA. CONDOMÍNIO IRREGULAR. DANOS AO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.SOLIDARIEDADE.**

"1 – A responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, porque objetiva, independe da existência de culpa (I. 6.938/81, art.14, parágrafo 1º, c/c o art.4º,vii). Aquele que cria risco deve reparar os danos advindos de seu empreendimento. **Basta, assim, a prova do dano, da ação ou omissão do causador e a relação de causalidade.**

"2- Solidária a responsabilidade, pode ser exigida a reparação dos danos de todos os responsáveis ou apenas de um ou mais.

**"3- Realizado o loteamento irregular e demonstrado, por prova técnica, os danos causados ao meio ambiente, surge a responsabilidade solidária dos empreendedores de reparar os danos.**

"4- Apelo provido" (Apelação Cível 52443/99.1ª Turma. Rel.Des. Jair Soares de 11.10.2000. Pág.26, não há grifo no original).

**PERMITIMO-NOS NOS REPORTAR, NESTA OPORTUNIDADE AO DOCUMENTO ENCARTADO ÀS FLS. 1293/1300, ONDE É DETALHADA A CONTUDA DE TODOS OS RESPONSÁVEIS PELO LOTEAMENTO.**

Devem assim, ser citados para os termos da presente demanda , com fulcro no artigo 927, do Código Civil c/c 70, inciso II e seguintes do Código de Processo Civil :

- Associação Democrata dos Sem Terra
- Empresa Extinplucky Comércio e Construtora Ltda, na pessoa de seu representante legal Celso Luízio Salim Freua.

B2) Os legítimos proprietários (artigo 182, § 2º da Constituição federal, artigo 927, do Código de Civil c/c inciso III, do artigo 70 do Código de Processo Civil)

Dispõe a Constituição federal, em seu parágrafo segundo, ao artigo 182, sobre a necessidade de fazer cumprir, a propriedade urbana, igualmente sua função social, tal qual exigido àquela rural (artigo 186).

Ao abandoná-la, deixando de promover os atos que lhe competiam para a sua guarda e proteção, ou destiná-la, em concorrência com os loteadores, à situação vedada por lei, os legítimos proprietários da área em tela furtaram-se à obrigação de dar destinação social correta a sua propriedade, provocando, em consequência, os danos ao meio ambiente aventados na exordial.

É nesse sentido que os proprietários devem integrar a lide, para o fim de indenizarem o dano alegado, fazendo-o exclusivamente ou em solidariedade com os loteadores, devendo, assim, serem citados com fulcro no artigo 182, § 2º da Constituição federal, artigo 927, do Código Civil c/c inciso III do artigo 70, do Código de Processo Civil).

- Espólio de Maria Alves Siqueira de Castro (vide fls. 1306)

#### **IV. DA EXISTÊNCIA DE VÁRIAS DEMANDAS JUDICIAIS TENDO POR OBJETO O LOTEAMENTO JARDIM PARANÁ**

Denota-se da análise dos documentos anexados à exordial as seguintes demandas judiciais:

**a) Autos nº 583.00.2007.109543-5 – 29ª Vara Cível**

**Ação Civil Pública de Liquidação de Sentença penal condenatória**

**MP x Celso Luiz Salim Freua (fls. 1506/1514 – 8ª volume).**

A ação tem por objeto a liquidação da sentença penal da 10ª Vara Criminal da Capital (autos 560/97), de modo a que se determine o exato valor e extensão dos danos à Administração Pública, ambientais e urbanísticos, bem como aos adquirentes de lotes.

A ação está em fase de citação (doc.01)

Ora, parte do pedido desta ação (indenização aos danos ambientais e urbanísticos), coincide com a da acima relatada.

**b) Autos nº 583.00.1995.821597-5 – 3ª Vara Cível da Capital – Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo x Associação Democrata dos Sem Terra.**

Esta ação tem como objeto em caráter principal o cumprimento de liminar deferida para abstenção da prática de atos de parcelamento do solo, bem como a declaração da nulidade dos contratos e condenação dos réus no desfazimento do loteamento e indenização de danos ambientais e urbanísticos e aos adquirentes de lotes (fls. 102/1190- 1ª volume).

A demanda embora proposta em 1995, até a presente data não tem sentença, devido a vários incidentes processuais como mandado de segurança, agravo de instrumento, exceções (incompetência e pré-executividade), consoante se denota da planilha ora anexada (doc.02).

É cristalino que o Ministério Público após todo este tempo, vem agora tentar com a presente demanda **só em face da Municipalidade** ver dirimida questão de outra ação em andamento, apenas mudando o pedido de desfazimento para regularização dado o grau de ocupação do loteamento, em razão do tempo decorrido, ensejando, assim, muita cautela do Judiciário em razão de várias ações sobre o mesmo assunto.

**c) Autos nº 80/053.04.0018115-9 – 4ª Vara da Fazenda Pública  
Ação Civil Pública – MP x Município de São Paulo (fls. 1516/1548- 8º volume).**

A demanda tem por objeto a condenação da Municipalidade na obrigação de fazer consistente na realização efetiva de obras, intervenções e atuações necessárias à integral eliminação de risco em várias áreas da Subprefeitura da Freguesia do Ó, dentre as quais o loteamento “Jardim Paraná”.

**A ação foi julgada extinta pela falta de impossibilidade jurídica do pedido, sob a fundamentação de que por modo indireto o Ministério Público objetiva seja o poder discricionário da Administração substituídos pelos critérios indicados na inicial, o que viola o princípio da separação dos poderes (doc.03).**

A ação encontra-se em fase de recurso de apelação proposto pelo Ministério Público.

**Nota-se, que a assertiva do Ministério Público em sua exordial, de que o objeto desta ação é outro, improcede, posto que a presente ação objetiva a regularização e esta depende de toda a área, que em outro processo, parte está sujeita ao desfazimento .**

**Torna-se, assim, de difícil apreciação qual figura processual ocorre no presente caso.**

**A conexão, sendo um fenômeno processual determinante da reunião de duas ou mais ações, para julgamento em conjunto, a fim de evitar a existência de sentenças conflitantes, se afigura ideal para o caso, posto que a causa de pedir em todos eles se refere à adoção de medidas a serem adotadas no loteamento “Jardim Paraná” – regularização, remoção de área de risco, desfazimento, indenização de danos ambientais.**

**Em que pese ser difícil constatar a conexão pelo critério legal, temos que em se examinando cada caso específico, podemos concluir pela existência da conexão sempre que presente o possível conflito de sentenças.**

**Afinal, por meio da reunião de processos conexos ou continentais a lei pretende que julgamentos envolvendo o mesmo contexto litigioso sejam harmônicos entre si, evitando-se que na prática sejam contraditórios, ou seja, pretende evitar sentenças sujeitas à coisa julgada que possam impor soluções práticas incompatíveis**

**O andamento separado de processos coletivos engendra o risco virtual de decisões de mérito em sentido discrepante.**

**No caso de não ser possível a reunião dos processos para julgamento conjunto, estaremos diante de uma questão prejudicial externa, motivadora da suspensão do presente feito enquanto os demais não forem julgados, evitando, assim, o antagonismo das decisões.**

**No presente caso existindo várias ações tendo por objeto adoção de medidas no loteamento Jardim Paraná, haverá sem dúvida contradições não apenas no plano lógico, mas também no plano prático, criando um ambiente processual caótico e paradoxal.**

## V. DO MÉRITO

No mérito, melhor sorte não está reservada à ação.

Cumpra destacar, *ab initio*, que, por competência que lhe é constitucionalmente atribuída, a Municipalidade exerce regularmente o poder de polícia do qual é titular, nas hipóteses tais como a retratada nos autos.

No exercício desse poder de polícia administrativamente, a Municipalidade, incessantemente, tem implementado todos os meios ao seu alcance no intuito de coibir a evolução física dos loteamentos clandestinos, aplicando multas, embargando obras, interditando as moradias, etc.

Ao contrário do que sustenta o autor, a Municipalidade de São Paulo exerceu, no âmbito administrativo, todos os atos administrativos decorrentes do poder de polícia, nos limites de sua competência, consoante se denota dos documentos anexados às fls.1441/1490), pelo próprio Ministério Público, além dos ora anexados, como multas, embargos e interdições (doc. 04/27).

A *causa petendi* trazida à baila pelo Ministério Público Estadual funda-se meramente na afirmativa de fiscalização não efetiva, deixando, contudo de ser comprovada.

Não é correta, porém, a afirmação de que a Municipalidade teria se omitido e faltado em relação ao seu poder de polícia.

As informações prestadas pelos órgãos técnicos da Municipalidade de São Paulo demonstram, no entanto, que atos fiscalizatórios já haviam sido há muito praticados.

**A Municipalidade de São Paulo exerceu sim seu poder de polícia, tanto é que a presente demanda está calcada somente em documentos emitidos e fornecidos pelo próprio poder público municipal.**

Com efeito, a Municipalidade de São Paulo, por seu Departamento de Regularização de Parcelamento do Solo – RESOLO, no exercício do poder de polícia que lhe é inerente e dentro das funções que lhe compete, ao tomar conhecimento da existência do parcelamento da gleba, o qual estava sendo realizado de forma irregular ou clandestina, faz adotar, imediatamente, as providências tendentes a apurar as denúncias.

**Como podemos verificar de toda a documentação trazida à colação pelo próprio Ministério Público, existem vários incidentes**

para o local, o que levou o “parquet”, ajuizar várias demandas sobre o mesmo loteamento, gerando, dessarte, dúvidas, das reais medidas a serem inseridas no local.

Não podemos deixar de enfatizar a decisão proferida pelo MM.Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública – Autos nº 80/053.04.001815-9, no caso conexo ao presente que corretamente decidiu:

“ O Administrador tem a discricionariedade de determinar quais as verbas e maiôs são utilizados para determinado fim, em dada oportunidade, analisando, desta forma, a prioridade de atuação. Não havendo disposição legal específica e impositiva, tal como no caso em exame, pode ele se valer da conveniência e oportunidade para prática do ato.

Não compete ao poder Judiciário substituir a Administração na escolha das prioridades para solucionar problemas desta, determinando a realização de obras ou ações que entende ser mais urgente, a serem por ela executadas.

Pelos documentos que instruem os autos, depreende-se que a Municipalidade de São Paulo está ciente dos problemas e riscos mencionados na inicial, sendo dela a obrigação e o poder de eleger o que é mais urgente, promovendo a respectiva ação, dentro de seu recurso orçamentário, segundo os critérios administrativos mencionados no parágrafo anterior. Saber se determinada providência é mais urgente ou mais importante do que outra é discricionariedade do Administrador”.

Existe o processo administrativo 1995-0.009.213-1 que está cuidando da regularização do loteamento Jardim Paraná.

Iniciou-se este loteamento por invasão em 1995 e encontra-se completamente ocupado e consolidado. O loteamento apresenta características físicas de favela.

Para o loteamento como já dito exaustivamente , existem várias ações judiciais, havendo a necessidade de verificar qual a real intenção do Ministério Público com a presente demanda, posto que todas as providências para regularização do loteamento estão sendo adotadas.

Por ele se enquadrar na Lei 11.775/95, com as alterações feitas

pela lei 13428/02, foi feita a devida análise, existindo desde 30/06/2004 despacho "ex-officio (doc. )

Observa-se, contudo que para a devida regularização deverão ser atendidos todos os demais artigos da mencionada legislação em sua integridade.

A dificuldade que se encontra presente no caso "sub examen" para regularização é a de que a Municipalidade deverá intervir na área removendo famílias localizadas em área de risco e faixas "non aedificandi", readequação do sistema viário para dar acesso às moradias, remoção e realocação das famílias para execução de obras, obras de recuperação e paisagismo nas áreas de risco em que houve as remoções, parque linear junto às margens do córrego, realização de pontilhão para permitir acesso ao loteamento no córrego Bananal.

É cristalino que todas essas medidas são de difícil execução e envolvem um trabalho conjunto de diversas secretárias ( SEHAB, SVMA, SIURB/SUBPREFEITURA).

Mister, ainda considerar a existência de um CEU em gleba vizinha cujo acesso é por via do loteamento Jardim Paraná, impondo-se, ainda , a oitiva da Secretaria da Educação.

Já existe um projeto junto a Secretaria do verde e Meio Ambiente de parque linear desenvolvido para a área junto ao córrego do Bananal.

**Nota-se, contudo, que todas as providências a serem adotadas para regularização pretendida (prazo para convite/desenvolvimento dos projetos de intervenção técnica e urbanísticas/ licitação para execução das obras, execução das obras/ emissão de Auto de Regularização e outros), estão condicionadas à disponibilidade orçamentária e de anuência estadual, portando não podendo ser fixado prazo para tanto.**

## **VI. DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Cumprir destacar, ademais, que por competência que lhe é constitucionalmente atribuída, a Municipalidade exerce regularmente o poder de polícia do qual é titular, nas hipóteses tais como a retratada nos autos.



Ocorre, em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes, não pode o Poder Judiciário assomar para si deliberação de como e quando devem ser as atividades de fiscalização realizadas, vez que o poder-dever de fiscalização é de competência exclusiva do Poder Executivo.

Dentro dessa vertente, estando a Administração Municipal agindo nos estritos limites da legalidade, não pode o Judiciário determinar ao administrador a prática de ato que se insere no âmbito de sua discricionariedade administrativa, subtraindo-lhe, ademais, a devida e prévia apreciação, conveniência e oportunidade, sob pena de ser verificar, com efeito, expressa ofensa ao PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES DA REPÚBLICA, consagrado expressamente no artigo 2º, da Carta Magna; ferindo inclusive o princípio republicano.

Com muita pertinência, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, lembra que, *"se não é desejável que o juiz aplique seus próprios critérios de valoração do 'interesse público', então é preciso dotar o órgão jurisdicional dos meios de informação e dos recursos técnicos", evitando com isso que o juiz se torne legislador ou administrador.*"(Interesses difusos, p. 195)"

Sabe-se que, por iniciativa da Procuradoria Geral do Município, há muito tempo vem sendo ajuizadas inúmeras ações civis públicas de cunho ambiental e urbanístico, tal como a ora proposta pelo "Parquet" Estadual, fazendo-o, por sua vez, em face dos loteadores e responsáveis pela implementação de loteamentos clandestinos.

## **VII. DO DEVER DE INDENIZAR OS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. DA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

Quanto à obrigação de indenizar os danos ambientais e urbanísticos causados pelos parcelamentos irregulares é de alçada exclusiva dos loteadores

Consoante regra pontificada no art. 37, § 6º da CF, as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, restou consagrado o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados.

Observa-se, assim, que o artigo 37, § 6º da Constituição, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros.

Entretantes, temos que para indenização de atos e fatos estranhos à atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano.

Embora seja usual falar em responsabilidade do Estado, sendo este uma entidade pública, uma pessoa moral, a ação ou inação atribuídas ao Estado, em verdade, corresponde a uma conduta positiva ou omissiva de seus servidores e/ou agentes políticos. Mas não indica o autor qualquer conduta concreta que possa ser atribuída a qualquer servidor público.

Não existe nexo de causalidade entre a atuação da Municipalidade e os atos ilícitos praticados que resultaram em danos ambientais e urbanísticos, **não podendo a Administração Pública ser responsabilizada por atos praticados por terceiros.**

De outro lado, o autor sequer esclarece a natureza do dano que pretende ver indenizado pelo Município. Afirma simplesmente que decorreria da falta de fiscalização. Tais danos, talvez, seriam não decorrentes de lesão ao meio ambiente, mas decorrentes de responsabilidade civil do Estado pela falta do serviço.

No entanto, os danos em questão ambiental devem ser materiais, efetivos. O autor sequer indicou-os e não podem ser presumidos.

A responsabilidade dos réus não pode advir apenas do plano normativo, com base no que a legislação, em tese, prevê. Deve-se verificar, no caso concreto, se há essa responsabilidade.

Não está demonstrada a existência de dano por falta de fiscalização. Sequer a falta de fiscalização está demonstrada.

Na lição de Nelson Nery, para que exista o direito de indenização pelo dano ambiental é preciso haver: a) evento danoso; e, b) nexo causal. O evento danoso é o fato ensejador do prejuízo alegado. Para que se tenha como preenchido o requisito do nexo causal, o dano deve ter advindo da

atividade daquele que se alega ser o causador do dano (in "Responsabilidade Civil por Dano Ecológico e a Ação Civil Pública", *Justitia*, 46: 168-189).

O nexo de causalidade é, portanto, um dos pressupostos para a determinação da responsabilidade. E não há relação direta entre a atividade administrativa e os danos causados pela implantação irregular do loteamento.

Portanto, a inclusão da Municipalidade de São Paulo no pólo passivo da ação foi, certamente, fruto de equívoco do *Parquet*, pois ela nada deve a título de indenização, na medida em que não pode e não deve ser equiparada aos loteadores particulares.

Assim, a responsabilidade só pode emergir da ação ou omissão do réu, evento danoso e relação de causalidade, que no caso *sub examen*, não restou demonstrada em momento algum.

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, assim, a responsabilidade do Município só existiria se demonstrado o nexo de causalidade entre um ato seu e o dano.

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, em seu livro "Da Responsabilidade Civil", Vol. I, ed. Forense, 6ª edição, orienta:

*"Convém esclarecer, aqui, que todos os casos de responsabilidade civil obedecem a quatro séries de exigências comuns:*

*a) o dano, que deve ser certo, podendo, entretanto, ser material ou moral;*

*b) e a relação de causalidade, a "causal connexion", laço ou relação direta de causa a efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano são seus pressupostos indispensáveis;*

*c) a força maior e a exclusiva culpa de vítima tem, sobre a ação de responsabilidade civil, precisamente porque suprirem esse laço de causa a efeito, a mesmo efeito preclusivo;*

*d) as autorizações judiciárias ou administrativas não constituem motivo de exoneração de responsabilidade"*(pág. 120).

*"Das noções expostas, ficou-nos a concepção de culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa, propriamente dita; aquele não é o vício de vontade, mas o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao passo que na culpa, em*

*sentido restrito, a vontade é dirigida ao fato causador da lesão, mas o resultado não é querido pelo agente. A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível. Desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude” (pág. 136)*

*“Da culpa, caracterizada no art. 159 do Código Civil como negligência ou imprudência, decorrem outras noções, que demandam exame. Nesse título, estão, com efeito, compreendidas a negligência, a imprudência e a imperícia, que são todas formas desse elemento essencial: a falta de diligência, falta de cuidado. Negligência é a omissão daquilo que razoavelmente se faz, ajustadas as condições emergentes às considerações que regem a conduta normal dos negócios humanos. É a observância das normas que nos ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Consiste a imprudência na precipitação, no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos.*

*Omissão e abstenção usam-se abusivamente como sinônimos, não obstante sua bem perceptível diferença. Omissão é negligência, o esquecimento das regras de proceder, no desenvolvimento da atividade. A abstenção é a inatividade. Genericamente encarada, a omissão pressupõe a iniciativa. A abstenção a excluir” (pág. 137).*

*“Como quer que seja, o que o nosso Código Civil tem em vista é o ato ilícito. Este acarreta, “de si só e originariamente, o vínculo da obrigação”. Nele concorrem elementos objetivos e subjetivos. São requisitos da primeira categoria: o ato “contra jus, saus droit”, isto é, praticado de maneira ilícita, contra o direito; o resultado danoso; a relação causal entre o ato e o dano. São requisitos subjetivos: a imputabilidade do agente e que tenha agido com culpa” (pág. 139).*

É, pois, importante destacar que, para haver a responsabilidade civil da Municipalidade de São Paulo, indispensável seria que tivesse ela praticado **ato ilícito culposo** e que os danos decorressem **diretamente de tal ato**.

Sustenta o autor que o evento danoso se deve à negligência da Administração Pública. Não procede a alegação, deveria o autor ter demonstrado a culpa das rés, o liame entre sua conduta e o dano.

Contudo, como demonstrado e comprovado, **a Municipalidade de São Paulo não praticou qualquer ato ilícito**, ao contrário, executou os atos legais que lhe competia na tentativa de impedir o loteamento clandestino.

A doutrina aponta para a indispensabilidade também do nexo de causalidade, para viabilizar a ação indenizatória:

JOSÉ DE AGUIAR DIAS, em sua monografia "Responsabilidade Civil em Debate", ed. Forense, 1983, pág. 30, explana que:

*"Tanto no caso de culpa contratual como no da extracontratual, encontramos a exigência de um nexo causal entre a ação ou omissão e o evento danoso. Nas duas, também, encontramos o risco: risco contratual na primeira, e risco evitável pela previsibilidade de dano, na segunda.*

*Assim entendido o risco como inerente a toda culpa, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para a responsabilidade por fato de terceiro, criando a noção da "culpa in eligendo" e de "culpa in vigilando".*

*A teoria objetiva do risco criado surgiria da correlação entre a culpa e o risco previsível e não evitado: quem cria conscientemente um risco é responsável pelas suas conseqüências danosas, mesmo havendo concorrência de caso fortuito, se não exclui totalmente a causalidade".*

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em seu livro "Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1998", ed. Forense, 3ª edição, pág. 75, ao explicar a cerca de nexo de causalidade entre a culpa e o dano, ensina que:

*"Na etimologia da responsabilidade civil, como visto, são presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista, porque sem eles não se configura: a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e o nexo de causalidade entre uma e outro. Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto*

*é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um "erro de conduta", que é o elemento objetivo, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória. É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado, na feliz expressão de Demove, "é preciso, esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo de certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria"(Traité des Obligations em Général, vol. IV, n° 366). O nexu causal se torna assim "indispensável", acrescenta Leonardo A. Colombo, para que a culpa aquiliana possa gerar conseqüências para seus autos (Culpa Aquiliana "Cuasidelitos", n° 56, p. 158). Não basta, esclarece Savatier, que um dano tenha coincido com a existência de uma culpa ou de um risco para estabelecer uma responsabilidade. "Coincidência não implica em causalidade"(La Responsabilité Civile, vol. II, n° 459). Para que se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano "porque" o agente procedeu contra direito (Roné Rodière, Responsabilité Civile, p. 232; Marty e Raymond, Droit Civil, II, vol. 1°; Les Obligations, n° 477). Na relação causal pode estar presente o fator volitivo ou pode não estar. Isto é irrelevante. O que importa é determinar que o dano foi causado pela culpa do sujeito (Plamioi, Ripert e Esmein, Traité Pratique de Droit Civil, vol.VI, n° 538)".*

**Assim sendo, não possui qualquer fundamento o pedido de condenação da Municipalidade para reparar os danos que não foram por ela provocados, em face da ausência do requisito do nexu de causalidade.**

**Não pode o representante do "Parquet" confundir os atos praticados pelo loteador, que efetivamente implantou o loteamento clandestino, com os atos do poder de polícia da Administração Pública Municipal.**

**Ademais, para haver a obrigação de indenizar, é indispensável que haja pronta prova do dano, produzida na ação de conhecimento e não em futura execução de sentença, como inadequadamente requerido pelo Autor.**

É, pois, neste sentido o posicionamento pacífico de nossa Jurisprudência e Doutrina:

*“Somente danos diretos e efetivos, por efeito imediato do ato culposos, encontram no Código Civil suporte de ressarcimento. Se dano não houver, falta matéria para a indenização. Incerto e eventual é o dano quando resultaria de hipotético agravamento da lesão” (RT 612/44).*

*“Indenização - Perdas e Danos - Ausência de comprovação cabal de prejuízos aferíveis economicamente - Dano hipotético que não justifica a reparação - Ação improcedente - Recurso não provido.” (RJTJSP 120/175)*

*“Não basta alegar um pretendido prejuízo; é indispensável sua prova, que deverá ser feita na ação principal, porque do contrário, transformar-se-ia a instância de execução em instância de acerto de direito”(RF 194/258)*

*“Havendo inadimplemento contratual, a existência de prejuízos daí decorrentes deve ser provada na ação de conhecimento, não podendo ser relegada para a fase de execução”(RT 512/112).*

*“Se não se comprovam as perdas e danos durante a ação, não pode esta vingar. Só se apuram em execução quando evidenciados na ação” (RJTJSP 97/225).*

*“A prova do dano, como a relação de causalidade, são os dois pressupostos que nunca podem faltar para confortar o pedido de indenização decorrente de responsabilidade civil, seja a fundada na culpa, seja a amparada no risco.” (JB 01/193)*

*“Em condições tais, a prova do prejuízo seja moral ou seja patrimonial indireto representado pelo abalo de crédito, há de ser feita na fase de conhecimento, só se remetendo para o juízo sucessivo da execução a eventual apuração do respectivo quantum” (Yussef Said Cahali - “Dano e Indenização”).*

No mesmo sentido: Aguiar Dias, “Da responsabilidade Civil”, Forense, I/110; Washington de Barros Monteiro, “Direito das Obrigações”, Saraiva, 1960, I/367, bem como as decisões publicadas pelas seguintes revistas: RT 405/382, 413/133, 423/166, 512/113, 527/89, 568/167 e 575/133;

RJTJSP 2/79; RJTJESP - Lex 110/169; JTJ - Lex 150/30; e Jurisprudência Catarinense 3-4/214.

RUI STOCO, em sua obra "Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial", 2ª. edição, ed. RT, pág. 49, observa que:

*"A doutrina é unânime em afirmar, como não poderia deixar de ser, que não há responsabilidade sem prejuízo.*

*O prejuízo causado pelo agente é o "dano".*

Enfatiza Cretella Jr. Que *'em nenhum caso, a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas pode prescindir do evento danoso. A ilegitimidade ou irregularidade da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para empenhar responsabilidade, mas, tão-só, quando for o caso, a invalidade do ato'*(cf. Guido Zanobini, "Corso di diritto administrativo", 6ª. ed. 1950, v. 1, p. 269.

Diz Silvio Rodrigues: *"Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, em contradição no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é inconcebível, é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de o reparar"* ("Responsabilidade civil", 3ª. ed., 1979, p. 13)."

E o mesmo autor, mais adiante, na página 439, ensina que:

*"O prejuízo deve ser certo, é regra essencial da reparação.*

*Com isto se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação. Por isso que não há que distinguir, para efeito de responsabilidade, entre dano atual e dano futuro. Todos os autores concordam em que a distinção a fazer, nesse sentido, é tão-somente se o dano é ou não certo (Mazeaud et Mazeaud, cit., n. 216, p. 268; Soudart, ob. Cit. N. 448, p. 576)."*

E em relação à questão da prova do dano na própria ação de conhecimento, faz o mencionado autor a seguinte nota (págs. 441/442, da citada obra):

*"Como afirmado no Item 9.08, do Capítulo I, já asseverava Mazeaud e Mazeaud que a questão da prova se apresenta em termos*



*muito simples, quando se trata de demonstrar o prejuízo. Torna-se até escusado dizer que ao prejudicado é que cumpre provar o dano. ("Traité théorique et pratique de la responsabilité, délictuelle et contractuelle", 3ª. ed., Paris, 1938, vol. 2, n. 1.681, p. 623).*

Segundo Aguiar Dias "o que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao seu "quantum", que é matéria da liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante" ("Da responsabilidade civil", 6ª. ed., 1.979, v. I, pp. 93-94).

As perdas e danos constituem matéria de prova, inclusive envolvendo assessoria técnica consubstanciada em sede pericial, não bastando meras alegações. Claro que as circunstâncias podem até indicar, como indícios, que tenha ocorrido possíveis prejuízos. Mas isso não basta. Para que subsista a obrigação indenizatória há que existir o dano comprovado, que constitui a condição essencial para aquela.

Na precisa lição do sempre lembrado Aguiar Dias, "o prejuízo deve ser certo. É a regra essencial da reparação. Com isso, se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação" ("Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 14/221 - Carvalho Santos e colaboradores).

Portanto, sem a comprovação cabal dos prejuízos aferíveis economicamente, inaceitáveis a pretensão indenizatória (cf. Arnaldo Medeiros de Fonseca, "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 14/268; Cunha Gonçalves, "Tratado", vol. IV, tomo II, p. 726).

Ensina Liebman, em obra que se tornou clássica, que "a execução só se justifica quando houver realmente aquele direito em estado de insatisfação. Aquele estado de fato é a razão de ser, a causa da execução. Para evitar qualquer abuso ou arbítrio por parte do credor, a lei exige, pois, que a execução seja em regra procedida pelo devido processo de cognição, capaz de fornecer a certeza da existência daquela causa. A execução será justa só enquanto feita para satisfazer direito legalmente adquirido, ao qual, sem motivo legítimo, o devedor deixa de dar a devida satisfação" ("Processo de Execução", p. 23)."

Rogamos vênias, para transcrever trechos da decisão proferida

nos autos 817/93 da 12ª Vara da Fazenda Pública, onde se julgou improcedente a pretensão do "Parquet" em face da Municipalidade:

*"Não se recusa a competência da Municipalidade para fiscalização e ações conseqüentes, no âmbito do poder de polícia administrativa, relativamente ao uso e ocupação do solo urbano. Tal competência lhe advém nítida da Lei nº 6.766/79.*

*Todavia, questão muito diversa é a responsabilidade civil, de caráter objetivo, invocada pelo autor, decorrente da existência dos loteamentos clandestinos, contra a co-ré. Para que apontada omissão seja hábil a gerar responsabilidade civil, nos termos pretendidos pelo autor, necessário se faz que esteja na linha de evolução do evento danoso, compondo o imprescindível nexo de causalidade.*

*Porém, não se pode perder de vista a realidade social subjacente, em uma sociedade com as dificuldades culturais crônicas como a que todos experimentamos em âmbito local e nacional. Não se pode exigir do Poder Público a rigorosa onipresença, nos moldes a impedir a ação criminosa dos loteadores clandestinos, que agem nas quatro zonas desta metrópole*

*Levado a rigor os princípios administrativos defendidos na exordial, ter-se-á que a Municipalidade seria condenada a ressarcir os prejuízos causados pelo ato criminoso, sob acusação de não tê-lo evitado. Desdobrando-se o raciocínio, resultará em ser condenado o Estado por roubos, furtos, homicídios, estupros, extorsões, seqüestros, etc, também porque não os evitou. Ora, apenas pelo enunciado a hipótese já se revela absurda". (grifo nosso)*

#### **VIII. DA IMPROPRIEDADE DA REPARAÇÃO PECUNIÁRIA EM MATÉRIA DE DANOS AMBIENTAIS**

O pedido é juridicamente impossível, posto que o dano ambiental é de difícil reparação, sendo a mera reparação pecuniária claramente impossível ou de utilidade efetiva duvidosa, posto que nem sempre é possível, no estágio atual, verificar qual o cálculo da totalidade do dano ambiental.

A modalidade ideal de reparação de dano ambiental é a reconsti-

tuição ou recuperação do meio ambiente lesado, cessando-se a atividade lesiva e revertendo-se a degradação ambiental.

Assim, não basta indenizar (promover o pagamento em pecúnia), mas fazer cessar a causa do mal, o que vem sendo feito pela Municipalidade com seus projetos de intervenção nestas áreas.

A regra, pois, é buscar-se, por todos os meios razoáveis, ir além da ressarcibilidade (indenização) em seqüência ao dano, garantindo-se, ao contrário a fruição do bem ambiental.

O valor econômico não tem o condão – sequer por aproximação – de substituir a existência e fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O influxo desses princípios no instituto da responsabilidade civil conduzirá, a um maior protagonismo, em matéria ambiental, dos mecanismos de tutela preventiva e ao reforço do primado da reintegração ou da reconstituição natural do dano e, não a indenização pecuniária.

Todavia, isso não significa que a reparação pode, indiferentemente, ser feita por um modo ou outro. Pelo contrário, primeiramente, deve-se verificar se é possível o retorno ao “*statu quo*” ante por via da específica reparação, e só depois de infrutífera tal possibilidade é que deve recair a condenação sobre o quantum pecuniário, até mesmo porque, por vezes, “é difícil a determinação do quantum a ser ressarcido pelo causador do ato feito, sendo sempre preferível a reparação natural, pela recomposição efetiva e direta do ambiente prejudicado.

Assim, se nota que não há porque ser discutido nestes autos reparação de danos em pecúnia, quando nas ações acima descritas e nas medidas administrativas adotadas, a intenção é de reparação dos danos ambientais com a reconstituição, adequação e se necessário revertendo-se a degradação ambiental.

**Na primorosa lição de Edis Milaré, in Ação Civil Pública – RT, “A regra, pois, é buscar-se, por todos os meios razoáveis, ir além da ressarcibilidade (indenização) em seqüência ao dano, garantindo-se, ao contrário, a fruição do bem ambiental. O valor econômico não tem o condão – sequer por aproximação ou ficção – de substituir a existência e fruição do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O trabalho do legislador, por conseguinte, visa garantir essa possibilidade de fruição e, só excepcionalmente, o ressarcimento monetário da lesão”.**

Por derradeiro, diga-se que curiosa é a posição assumida pelo Ministério Público nesta demanda. Em ação civil pública promovida pela Municipalidade de São Paulo contra Jorge Galdino da Silva e outros, perante a 10ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, Autos no. 48/99, objetivando a paralisação de loteamento denominado "Jardim Panorama", bem como seu desfazimento e o pagamento de indenização por danos ambientais, que também está localizado na área de proteção de mananciais da Represa Guarapiranga, o Ministério Público atuou como "*custos legis*" e assumiu posição diametralmente oposta a aqui adotada. Sustentou o Ministério Público a falta de interesse de agir do Município. No entendimento então manifestado pelo "Parquet", não teria cabimento o pagamento de indenização por danos ambientais e deveria o Município esgotar todos os mecanismos administrativos de que dispõe, enfim, exaurir todos os meios para buscar a regularização do empreendimento pela via administrativa e não transferir ao Poder Judiciário encargo inserido em suas atribuições. O Município, assim, teria o poder-dever de agir no sentido de regularizar loteamento urbano ocorrido de modo clandestino. A tese foi acolhida pelo Juízo na sentença prolatada, mantida no parecer da Procuradoria de Justiça e no acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (doc. ).

## IX. DO PEDIDO

*Não há dúvida de que a Municipalidade pautou sua conduta dentro dos estritos limites legais e com rigorosa observância dos preceitos urbanísticos pertinentes, procedendo dentro da órbita de sua regular competência e parâmetros de organização interna de seus órgãos afetos a essa atribuição, inexistindo qualquer razão para a propositura da presente demandada.*

Inexiste, também, por parte da Municipalidade de São Paulo, obrigação de indenizar, uma vez que não estão presentes qualquer dos elementos da responsabilidade civil, já que não agiu ilicitamente, não provocou diretamente qualquer dano, em suma, não teve qualquer culpa quanto aos danos decorrentes da implantação do loteamento clandestino.

Existem outras ações tratando do mesmo loteamento, o que poderá gerar antagonismo das decisões.

Assim, com fundamento nas preliminares argüidas, requer-se a decretação de carência da ação, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos da lei processual civil, ou, em não sendo esse o entendimento de Vossa Excelência, requer-se a improcedência da ação, com a condenação do autor ao ônus da sucumbência.

Protesta-se pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 14 de maio de 2007.

**Agravo de Instrumento com  
pedido de efeito ativo nos autos  
da Reintegração de Posse nº  
1221/053.07.121.056-4.**

Dr. Sérgio Barbosa Junior

Departamento Patrimonial

**EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO - SP:**

O **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, por seu procurador, vem, respeitosamente, uma vez inconformado, *data venia*, com a r. decisão exarada pelo D. Juízo da 12ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, nos autos da REINTEGRAÇÃO DE POSSE nº 1221/053.07.121.056-4, QUE INDEFERIU A LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE REQUERIDA PELA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO (DOC. ANEXO Nº 05), interpor o presente **AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE EFEITO ATIVO**, consubstanciado nas razões de fato e de direito articuladas nas inclusas razões.

A exposição dos fatos e do direito, bem como as razões do pedido de reforma da decisão estão elencadas nas inclusas razões, restando atendidas as exigências contidas nos incisos I e II do art. 524 do CPC.

O Agravante, a teor do contido no inc. III do art. 524 do CPC, declina o nome e endereço de seu procurador oficiante no feito, em nome do qual devem ser feitas as intimações relativas ao presente: **SÉRGIO BARBOSA JÚNIOR, OAB/SP 202.025, lotado na Av. da Liberdade, 103, 9º andar, CEP 01503-000, SP.**

Deixa o AGRAVANTE de juntar cópia de procuração outorgada aos seus representantes, já que sua atuação em Juízo se dá por força de dispositivo legal (art. 12, II, CPC).

OUTROSSIM, COMO AINDA NÃO FOI REALIZADA A CITAÇÃO E AINDA NÃO EXISTE RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL ESTABILIZADA, NÃO HÁ NOS AUTOS PRINCIPAIS O NOME E O ENDEREÇO COMPLETO DOS PATRONOS DO AGRAVADO, CONSOANTE DISPÕE O ART. 524, III, CPC.

TODAVIA, *AD CAUTELAM*, JUNTA-SE, POR OPORTUNO E PARA OS DEVIDOS FINS, O INSTRUMENTO DE PROCURAÇÃO OUTORGADO NO PROCESSO PRINCIPAL ENTRE AS MESMAS PARTES, QUE DEU ENSEJO À CONEXÃO (DOC. ANEXO Nº 10).

O agravante, tendo em vista o determinado pelos incs. I e II, art. 525, CPC, destaca que compõem o instrumento do presente recurso as seguintes peças, todas declaradas autênticas pelo subscritor desta:

**- PEÇAS FACULTATIVAS:**

- DOC. ANEXO Nº 01 – AGRAVO DE INSTRUMENTO 551.649-5/3-00
- DOC. ANEXO Nº 02 – NOTIFICAÇÃO
- DOC. ANEXO Nº 03 – AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA
- DOC. ANEXO Nº 04 – INICIAL DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE
- DOC. ANEXO Nº 06 – INSTRUMENTOS DO TOMBAMENTO
- DOC. ANEXO Nº 07 – CONTRATO E ESCRITURA DE CONCESSÃO DE DIREITO DE SUPERFÍCIE
- DOC. ANEXO Nº 08 – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 592.187.5/4

**- PEÇAS OBRIGATÓRIAS:**

- DOC. ANEXO Nº 05 – CÓPIA DA DECISÃO AGRAVADA

- DOC. ANEXO Nº 09 – CERTIDÃO DA RESPECTIVA INTIMAÇÃO

- DOC. ANEXO Nº 10 – PROCURAÇÃO

Posto isso, requer o conhecimento e regular processamento do presente recurso, nos termos do artigo 527 do CPC, com seu final provimento, e a concessão de EFEITO ATIVO, nos termos do artigo 527, III, CPC.

Nestes Termos.

Pede deferimento.

São Paulo, 10 de agosto de 2007.

**SÉRGIO BARBOSA JÚNIOR**

**PROCURADOR DO MUNICÍPIO – PATR 22**

**OAB/SP 202.025**

#### **AGRAVO DE INSTRUMENTO**

#### **RAZÕES DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

**AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

**AGRAVADO: GRÊMIO DESPORTIVO CANTO DO RIO ITAIM.**

**PROCESSO ORIGINAL Nº 1221/053.07.121.056-4**

**VARA ORIGEM: 12ª Vara da Fazenda Pública**

**NATUREZA DA DEMANDA ORIGINAL: Reintegração de posse, com pedido liminar, cumulada com perdas e danos**

**EGRÉGIO TRIBUNAL**

**COLETA CÂMARA**

**EMÉRITOS DESEMBARGADORES**

**D. DESEMBARGADOR RELATOR**

O **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, por seu procurador, vem, respeitosamente, expôr e requerer o que adiante segue:



## **- DOS FATOS**

1. O AGRAVADO ajuizou em face do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO um INTERDITO PROIBITÓRIO com o fim de impedir qualquer atuação desta MUNICIPALIDADE AGRAVANTE em área ocupada por aquele no denominado PARQUE DO POVO, vez que o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO passou a praticar algumas atividades administrativas no local com o fim de implantar referido parque.

2. Inicialmente deferida a liminar pelo D. juízo a quo, foi ela revogada, por votação unânime, em julgamento do agravo de instrumento interposto por esta Municipalidade (DOC. ANEXO Nº 01), consoante se infere de parte daquele julgamento proferido no AI 551.649-5/3-00, 7º Câmara de Direito Público, Relator Desembargador MOACIR PERES:

“(…)

No caso, entretanto, não estão presentes os requisitos do artigo 932 do Código de Processo Civil, a justificar a concessão da liminar.

Como é cediço, a Municipalidade, nos limites do Poder de Polícia da Administração Pública, pode e deve instaurar processo administrativo para a apuração de eventual irregularidade quanto à utilização do solo urbano, visando seu melhor aproveitamento para o interesse da coletividade, não comprovando os documentos trazidos aos autos, de início, a alegada turbação.

De outra parte, na qualidade de cessionária do direito de superfície da área em questão, a Prefeitura do Município de São Paulo esta investida nos direitos inerentes à defesa da área.

Neste sentido, já assentou este Egrégio Tribunal de Justiça:

‘Possessória – Decisão que defere liminar em ação de manutenção de posse contra a Municipalidade de São Paulo – Parte do Parque do povo ocupado pela autora – posse da ré oriunda de contrato de concessão de direito de superfície celebrado com a Caixa Econômica Federal e o INSS, proprietários do imóvel – Recurso provido para indeferir a liminar’ (Agr. Inst. Nº 592.187.5/4-00, Oitava Câmara de Direito Público, rel. Des. Toledo Silva, v.u, j. aos 01.11.06)

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para reformar a r. decisão atacada.”

3. Com a revogação da liminar concedida naquele interdito, e sua conseqüente preclusão, tentou-se reiniciar as atividades administrativas tendentes à instalação do PARQUE DO POVO com a interpelação administrativa do GRÊMIO AGRAVADO (DOC. ANEXO Nº 02), que restou, todavia, infrutífera.

4. Diante da resistência encontrada em sua pretensão de desocupar administrativamente o local, entendeu por bem esta Municipalidade (DOC. ANEXO Nº 03) ajuizar uma ação de reintegração de posse em face do GRÊMIO AGRAVADO, com pedido de liminar e perdas e danos, conforme cópia da exordial em anexo (DOC. ANEXO Nº 04).

5. Distribuída por conexão ao D. Juízo da 12ª Vara da Fazenda, vez que estavam presentes todos os fundamentos dos artigos 130, 105 e 106 do CPC, considerou de bom alvitre aquele r. Juízo indeferir a liminar pleiteada (DOC. ANEXO Nº 05), *in verbis*, e que através deste instrumento se impugna:

**“Vistos. Não se justifica a concessão de liminar. Para obtenção desta, nos termos do art. 927, III, do CPC, deve o requerente comprovar a data da turbação ou esbulho. Ora, à vista do processo nº 053.06.103.170-0, que tramita entre as mesmas partes e aguarda os memoriais da Municipalidade para prolação de sentença, verifica-se que o requerido se encontra instalado na área em litígio há mais de 65 anos, ou seja, muito antes de aquele local tornar-se propriedade da Caixa Econômica Federal e do INSS. Destarte, a palavra “invasão”, empregada na inicial, é no mínimo inadequada para descrever o motivo da permanência do requerido lá. Por outro lado, a questão se encontra sub judice, pois o processo acima mencionado é uma cautelar de interdito proibitório movida pelo requerido contra a requerente, que deve ter sua sentença prolatada nos próximos dias, de modo que eventual concessão de liminar neste processo tumultuaria o andamento daquele. Cite-se, pois, sem a liminar...”**

#### **- DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO PARQUE DO POVO**

1. *Ab initio*, cabe destacar que o bem objeto dos autos, de forma incontroversa, é de propriedade PÚBLICA FEDERAL, em condomínio *pro indiviso* entre a CAIXA ECONOMICA FEDERAL (70%) e o INSS (30%).

2. Ademais, tal área está na posse desta Municipalidade e é classificada como espaço especialmente protegido pelo Município, conforme Lei Municipal nº 11.534, de 23.05.1994, um vez que integra o espaço tombado pelo CONDEPHAAT, como bem cultural de interesse ecológico (histórico, artístico e ambiental) e turístico, denominado **Parque do Povo** (DOC. ANEXO Nº06).

3. Além disso, a escritura de concessão de direito de superfície a título oneroso e prazo determinado (DOC. ANEXO Nº 07) expressamente transfere à Municipalidade a posse do imóvel em litígio, bem como é condição dessa concessão a retomada dessas áreas tombadas, mormente a ocupada pelo grêmio agravado.

4. No mesmo sentido, assevera a Constituição de Estado de São Paulo que cabe ao Município a fiscalização e proteção dos bens tombados.

5. Destarte, a atuação dos agentes da Prefeitura no local está amparada pela Constituição Estadual, pelo ato administrativo que determinou o tombamento, e mesmo pela Constituição Federal, de onde decorre o Poder de Polícia da Administração Pública.

Ademais, a lei orgânica do Município de São Paulo, art. 148, I e III, dispõe que a política urbana do Município procurará assegurar, respectivamente, o uso **socialmente justo** e *ecologicamente equilibrado de seu território e a segurança e a proteção do patrimônio paisagístico, arquitetônico, cultural e histórico.*

E para cumprir o disposto acima, dispõe o art. 149, IV, da mesma L.O.M.S.P, que caberá ao Município promover *a criação e manutenção de áreas de especial interesse histórico, urbanístico, social, ambiental, arquitetônico, paisagístico, cultural, turístico, esportivo, e de utilização pública, de acordo com sua localização e características.*

Em razão disso, dispõe o art. 185 da L.O.M.S.P. que os Parques Municipais, o **Parque do Povo**, *a Serra da Cantareira, o Pico do Jaraguá, a Mata do Carmo, as Represas Billings e Guarapiranga, a Área da proteção Ambiental do Capivari-Monos, a Fazenda Santa Maria, outros mananciais, os reis Tietê e Pinheiros e suas margens, nos segmentos pertencentes a este Município, constituem espaços especialmente protegidos.*

6. Assim, mister aferir que a posse pública municipal sobre a área dos autos sucede e subsidia a posse que ali há dos concedentes, sendo a Municipalidade de São Paulo a possuidora direta e os concedentes indiretos.

Como direito real previsto expressamente no art. 1225, II, do Código Civil, a superfície é oponível *erga omnes*, ainda mais quando já houve o registro da concessão, lavrado perante o 1º Cartório de Notas da Comarca de São Paulo, a fim de que não parem dúvidas acerca da titularidade da posse da Municipalidade.

7. Assim, inegável que a URBE exerce posse direta sobre a área chamada PARQUE DO POVO. Isto porque, em função da resolução do Secretário Estadual de Cultura SC-24/1995, o imóvel dos autos pertence a um parque público tombado (*v.doc nº 06*), cuja administração e fiscalização incumbem à MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, consoante compromisso de concessão de direito de superfície e respectiva escritura.

8. Aliás, neste mesmo sentido, o julgamento do agravo de instrumento acima referido (AI 551.649-5/3-00, 7º Câmara de Direito Público, Relator Desembargador MOACIR PERES), e outro proferido pela 8ª Câmara de Direito Público deste E.Tribunal (DOC.ANEXO Nº 08).

9. Assim, não se pode negar que o Poder Público Municipal exerça a posse direta sobre o bem em tela, permanecendo a indireta, em condomínio, com a CEF e o INSS.

Inequívoca, neste diapasão, a vontade dos proprietários da área em ceder o uso de seu solo, do subsolo e do espaço aéreo correspondente ao MUNICIPIO DE SÃO PAULO, configurando isso, pois, o justo título possessório em favor desta Municipalidade, tratando-se de posse *ius possidendi*, ou seja, titulada, ademais de constituir, como é cediço na doutrina, a denominada posse civil ou jurídica.

10. Neste caso concreto, por sua vez, a situação é ainda mais grave, já que o decreto de tombamento, em seu art. 3º, veda expressamente que pessoas privadas administrem o local, verificando-se assim, que o vício que assola a posse do AGRAVADO está assentado em ato de turbação originário, insanável, vedado expressamente no ato legislativo supra referido.

#### **- DA INEXISTÊNCIA DE POSSE SOBRE BENS PÚBLICOS**

1. Diante da inequívoca natureza pública do bem em voga, de necessário alvitre esclarecer que, como vem reiteradamente decidindo os Tribunais pátrios, NÃO HÁ POSSE SOBRE BEM PÚBLICO.

Com efeito, em se tratando de domínio estatal, o particular tem mera DETENÇÃO, que não enseja os efeitos da posse regulada pelo Código Civil.

2. Assim, trata-se o AGRAVADO de mero detentor, não se beneficiando de nenhum dos poderes oriundos de uma posse regular, quicã do domínio.

3. A relação de mera detenção não se purifica jamais unilateralmente, donde não se transforma em posse protegida pelo direito. Assim, uma vez que o bem seja reclamado pelo Poder Público, volta ele imediatamente para sua esfera imediata de poder.

Tal ocorre, pois, devido ao fato de que os bens públicos estão submetidos a um regime jurídico especial, que os distingue dos bens privados, conforme ensina, entre outros, Celso Ribeiro Bastos, em seu "Curso de Direito Administrativo" (editora Saraiva, 1994, pág. 309).

Assim, além de imprescritíveis, impenhoráveis, e não sujeitos a oneração, os bens públicos não podem ser objeto de posse, já que estão fora do comércio. A jurisprudência e a doutrina há muito consignam que:

**"Reconhecido o domínio da área questionada, só o ente público e a ninguém mais é lícito invocar a posse. A noção de posse não é isolada. Está condicionada ao critério da lei, que fixa seus efeitos e alcance, sobrepondo-se à vontade dos particulares. Isto é, a ordem jurídica, não a vontade do sujeito, diz o que é simples detenção e o que é posse".** (JTA Civ/SP 79/106).

**"Bem público não pode ser objeto de posse, porque há obstáculo legal. Porque a destinação das coisas públicas é servir ao público, não pode a vontade privada desafetar a sua destinação, reduzi-la a fim privado. O que não pode ser objeto de propriedade (súmula 340 STF) não pode ser objeto de posse."** (JTACiv/SP 79/106)

4. Se o bem público não pode pertencer ao particular, se não pode ocorrer sua desafetação de sua destinação de servir ao público, também não se pode discutir se é possível ao particular ali permanecer durante o curso da ação possessória.

5. É o que ficou já decidido em caso semelhante em nosso Tribunal Paulista, em julgamento da Egrégia Quinta Câmara (RT 601/127), e agora através dos agravos de instrumentos noticiados acima, sendo rela-

tores os Exmos. Desembargadores Toledo Silva, Presidente da 8ª Câmara de Direito Público, e MOACIR PERES, componente da 7ª Câmara de Direito Público do TJ/SP.

Assim, ainda que autorizada, a ocupação de bem público por particular é mera detenção, nunca posse.

**6. ADEMAIS, DIANTE DESSA INEQUÍVOCA VERDADE, COM MUITO MAIS RAZÃO DEVE SE APLICAR ESSE ENTENDIMENTO AO CASO VERTENTE DIANTE DA DECISÃO DO E. TJ/SP QUE RECONHECEU A OCUPAÇÃO ILÍCITA DO ORA AGRAVADO, AFIRMANDO, EM CONSEQUÊNCIA, A POSSE DO MUNICÍPIO, EM DECISÃO ORIUNDA DO PROCESSO ORIGINÁRIO QUE NESTA SEARA BUSCA SUA REAL EFETIVIDADE.**

#### **- DO DESVIRTUAMENTO DO USO DA ÁREA PELO AGRAVADO**

1. Relevante dizer que o AGRAVADO visa, em verdade, o impedimento de que se leve a efeito o procedimento administrativo de fiscalização, controle e reformulação do PARQUE DO POVO, com sua entrega à coletividade, segundo sua destinação.

2. Todavia, se apresenta evidente que no presente caso a intenção dos proprietários, como anteriormente visto, é a de transferir a superfície da área à MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO para que ela implante o PARQUE DO POVO a TODOS os paulistanos, e não apenas a uma pequena parcela de privilegiados, como sói ocorrer atualmente.

3. Em razão disso, e ao afirmar o contrato de concessão de direito de superfície, a Municipalidade Paulistana aceitou expressamente a incumbência de implantar um **VERDADEIRO PARQUE DO POVO**, motivo pelo qual passou a ser legítima e única possuidora.

**EM UMA CIDADE COM CARÊNCIA DE ÁREAS VERDES, NÃO SE PODE PERMITIR QUE PARTICULARES CONTINUEM UTILIZANDO ÁREA PÚBLICA DESTINADA A PARQUE DE FORMA INDIVIDUALISTA, CONDUTA, ALIÁS, EXPRESSAMENTE VEDADA PELO ARTIGO 180 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.**

4. Nesse diapasão, o instrumento de tombamento determina que a Municipalidade de São Paulo seja co-responsável pela manutenção das

instalações e equipamentos (art. 4º, 3, 'd'), adequando-os às finalidades do tombamento (art. 5º, 'c'), dentre as quais a preservação de atividades de lazer público, atividades culturais e preservação ambiental.

5. Repise-se que a própria constituição Estadual, em diversos dispositivos, como, por exemplo, o art. 261, atribuiu ao Município o dever de proteger e valorizar os bens da natureza dos tratados nos autos, e nesse sentido vem atuando a Municipalidade, através do procedimento destinado à readaptação do parque às finalidades do tombamento.

6. Isto porque, como se apresenta público e notório, tanto o ora AGRAVADO quanto os demais clubes que ocupam irregularmente a área do PARQUE DO POVO desvirtuam, claramente, a finalidade de seu uso.

De fato, segregam o uso da área pública a uma pequena parcela privilegiada da população, descuidando de providenciar o acesso a TODOS os paulistanos, já que se trata de área de bem de uso comum do povo.

Auferem lucros com o uso da área e com a exploração de uma atividade mercantil, malgrado a finalidade social que insistem em expôr, mas que, em verdade, não passa de mera camuflagem no intuito de legitimar a sua ocupação ilegal.

Exploram o local, enfim, **sem possuir licença de funcionamento** para lá exercer atividades, evidentemente irregulares.

#### **- DO ESBULHO POSSESSÓRIO**

1. Assim, inequívoco o esbulho possessório que está sendo levado a efeito pelo grêmio AGRAVADO, já que, embora seja mesmo DETENTOR, impede e desvirtua o uso legítimo da área, obstruindo o seu regular acesso a todos os paulistanos, e, principalmente, à Administração Pública Municipal.

**2. OUTROSSIM, PEMANECE NA ÁREA MESMO DEPOIS DE RECONHECIDO POR ESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA A ILEGALIDADE DE SUA OCUPAÇÃO (v.doc. nº 01).**

3. Ademais, como se não bastasse, mesmo notificado administrativamente a desocupar o PARQUE DO POVO (v. doc nº 02), insiste em sua ocupação irregular, motivo pela qual o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

não encontrou outra solução se não ajuizamento da demanda possessória originária, cuja despacho denegatório da liminar por ora se ataca.

4. Assim, muito embora tenha a Municipalidade tentando resolver a invasão irregular administrativamente, sem que fosse necessário se socorrer da tutela jurisdicional, tal como se percebe através da notificação administrativa em anexo (v. doc. nº 02), há resistência por parte do agravado, que insiste em permanecer no imóvel público, caracterizando o chamado esbulho possessório.

5. A esse respeito vejamos os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro, "Curso de Direito Civil", Ed. Saraiva, 1989, pg. 46:

*"Esbulho é o ato pelo qual o possuidor se vê privado da posse, violenta ou clandestinamente, e ainda por abuso de confiança. (...) Quer a perda da posse resulte de violência, quer decorra de qualquer outro vício, caberá sempre a reintegratoria. (...) A regra, portanto, é esta: Caracteriza-se o esbulho não só por atos de violência, como também por toda e qualquer moléstia aos direitos do possuidor, como quando ocorra recusa de restituir a coisa que deva ser restituída."*  
(grifo nosso)

De fato, é pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência que "a recusa de ré em desocupar o imóvel, apesar de notificada, caracteriza esbulho, dando ensejo à reclamada proteção possessória." (RT 556/108).

6. Desse modo, seja por força do caráter público da área, seja pela localização e importância ambiental, ou pelo esbulho praticado pelo agravado, que continua ocupando ilicitamente imóvel público, mostra-se a clara pertinência da pretensão processual no sentido de se liberar imediatamente a área pública ocupada indevidamente.

#### **- DO EFEITO ATIVO**

1. Caso persista a negativa da liminar em desfavor desta URBE até o julgamento final do agravo, a Municipalidade de São Paulo se verá impossibilitada de implantar efetivamente o PARQUE DO POVO, entregando à Cidade uma área verde de grande porte, para o uso da população em geral, em cumprimento ao decreto de tombamento.

2. Tal situação implica prejuízo de difícil reparação, porquanto não



se pode compensar a privação da coletividade ao uso do parque por eventual utilização a *posteriori*. A natureza da fruição de tal uso é garantida constitucionalmente não só as gerações futuras, como às presentes.

3. Por outro lado, o AGRAVADO particular poderá utilizar a área pública de acordo com a sua individualista vontade, modificando estruturalmente o local tombado, promovendo atividades sem alvará de funcionamento e praticando comércio com intuito lucrativo.

4. Assim, *periculun in mora* é evidente.

5. O *fumus boni iuris* também está configurado, haja vista ser a Municipalidade a única entidade a possuir justo título para manter-se na posse da área pública da propriedade da CEF e do INSS, como antes expôs.

6. Aliás, após a recente intervenção da Municipalidade no PARQUE DO POVO, o MUNICIPIO DE SÃO PAULO já possui diversos provimentos jurisdicionais favoráveis em ações idênticas propostas por pessoas jurídicas de direito privado que ocupam a mesma área em situação similar, como, *v.g.*, os agravos colacionados através dos documentos nºs 01 e 08.

Além disso, o Desembargador Relator Pires da Araújo, nos autos do agravo de instrumento 535.119-5/8-00 interposto contra decisão de primeira instância que indeferiu liminar de manutenção de posse, indeferiu pedido de efeito suspensivo formulado pelo Grêmio Esportivo União da Vila Olímpia, nos seguintes termos:

***“Aduz o AGRAVANTE, em síntese, que ajuizou ação de manutenção de posse em face da Municipalidade de São Paulo, objetivando a manutenção de posse de área inserida no complexo “Parque do Povo”, cuja propriedade, na forma de condomínio proindiviso, remanesce à Caixa Econômica Federal e ao Instituto Nacional de Seguro Social, já que exerce a posse direta sob a referida área há mais de vinte anos.***

***A princípio, note-se que, como ressaltado pelo Magistrado de primeira instância, a área em questão é de natureza pública e como não tem direito a eventual processo de usucapião contra o Poder Público não lhe cabe a pretensão possessória.***

***Ora, a jurisprudência é no sentido de que o bem público não pode ser objeto de posse, mas de mera detenção; sendo assim, os bens públicos não são passíveis de posse por particulares.***

*Ausente, pois, a relevância dos fundamentos invocados, indefiro o efeito suspensivo ativo."*

**- DOS PEDIDOS**

Deste modo, requer se digne esta Colenda Câmara e este D. Desembargador Relator conhecer e processar este recurso de Agravo de Instrumento, nos termos dos artigos 527 e ss. do CPC, tendo em vista que a manutenção da decisão ora hostilizada é suscetível de causar à AGRAVANTE lesão grave e de difícil reparação, o que, de fato, já vem ocorrendo, mormente diante dos fundamentos expendidos acima, e, no mérito::

**1 - CONCEDER, EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL, EFEITO ATIVO** total ao presente meio de impugnação, nos termos dos artigos 527, III, e 558, *caput*, todos do CPC, DEFERINDO A LIMINAR DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE REQUERIDA INICIAL, com auxílio de força policial e ordem de arrombamento, se necessário;

**2 -** No final, confirmar o efeito ativo concedido em antecipação de tutela recursal, dar provimento a este agravo de instrumento e, em consequência, reformular a decisão ora guerreada, deferindo a liminar de reintegração de posse requerida na inicial.

Nestes Termos.

Pede provimento.

São Paulo, 10 de agosto de 2007.



***Relatório no Processo  
Administrativo nº 2007-0.195.894-0  
– Inquérito Administrativo Especial.  
Comprovação de exigência e  
recebimento de vantagem indevida  
pelo indiciado. Proposta de demissão  
a bem do serviço público.***

Dr. Daniel Gaspar de Carvalho

---

Departamento de Procedimentos Disciplinares

**INDICIADO: N. K.**

**ASSUNTO: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL.  
COMPROVAÇÃO DE EXIGÊNCIA E RECEBIMENTO DE VANTAGEM  
INDEVIDA PELO INDICIADO. PROPOSTA DE DEMISSÃO A BEM DO  
SERVIÇO PÚBLICO.**

PROCED 111

SENHORES COMISSÁRIOS

Em cumprimento ao despacho de fl. 36, do Excelentíssimo Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos, instaurou-se **INQUÉRITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL** (fls. 48/53 e 104), com fundamento nos artigos 207 e 209, §2º, da Lei n. 8.989/79, em face do servidor **N. K.**, imputando-lhe a autoria das seguintes condutas:

*No dia 30 de maio de 2007, por volta das 15h, na Avenida Enge-*

nheiro Caetano Álvares, n. 1896, Casa Verde, nesta Capital, local em que se encontra estabelecida a empresa F. (R. R. C. A. ME), o indiciado, no exercício de sua função de agente vistor da Subprefeitura da Casa Verde, exigiu a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) do munícipe M. R. C., para deixar de aplicar a multa devida, em razão de placa em desacordo com a legislação vigente, exposta na fachada daquele estabelecimento empresarial.

O indiciado, no dia seguinte, retornou ao estabelecimento empresarial supramencionado, oportunidade em que foi ajustado o valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), o qual deveria ser pago em 1º de junho de 2007, com a finalidade de que não se aplicasse a multa.

Em 1º de junho de 2007, às 16h50, no estabelecimento da F., o indiciado recebeu do munícipe M. R. C. a importância de R\$ 300,00 (trezentos reais), para não aplicar a multa, que lhe competia.

Por tal fato, foi preso em flagrante delito por crime de concussão.

Diante de sua conduta funcional irregular, notícias prejudiciais à imagem da Administração Pública Municipal foram divulgadas pela imprensa.

Os comportamentos descritos constituem infração aos artigos 178, incisos III e XII, e 179, *caput* e inciso III, da Lei 8.989/79, sujeitando o indiciado à pena de DEMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO ou de DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO, conforme prescrevem, respectivamente, os artigos 188, inciso III, e 189, inciso VI, do mesmo diploma legal.

Juntou-se cópia do pedido de exoneração subscrito pelo indiciado. Com fulcro no artigo 194, do Estatuto, uma vez submetido a inquérito administrativo, o funcionário só poderá ser exonerado a pedido, depois de ocorrida absolvição ou após o cumprimento de penalidade que lhe houver sido imposta (fl. 43).

O indiciado foi citado (fl. 80), interrogado (fls. 60/67) e constituiu defensor (fls. 68).

Encontram-se encartadas nos autos cópias do inquérito policial (fls. 03/25 e 173/222) e da denúncia criminal (fls. 170/172).

Ordem de ação fiscal, com relação aos outdoors e cadam's, na Avenida Engenheiro Álvares, pode ser consultada à fl. 83.

Documentos de solicitação de veículos, subscritos pelo indiciado, para efetivação de fiscalização, nos dias 30/05/2007 e 31/05/2007, seguem às fls. 86/88.

Prestaram depoimento as seguintes testemunhas da comissão: E. P. S. (fls. 92/95); A. S. M. (fls. 96/98); M. C. P. (fls. 99/101).

A cópia do prontuário médico do indiciado foi devidamente juntada (fls. 106/109).

Ainda, obteve-se a oitiva de: M. G. (fls. 116/119); J. J. B. S. (fls. 120/122); O. B. T. (fls. 123/125); M. R. C. (fls. 126/130); R. R. C. (fls. 131/133).

Na fase do tríduo probatório, a defesa requereu a produção de prova testemunhal (fls. 137/139).

As testemunhas de defesa depuseram: A. S. R. (fls. 142/146); M. O. (fls. 147/150).

O prazo de conclusão deste inquérito administrativo especial foi prorrogado pelo Excelentíssimo Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos (fls. 155/167).

Diante do não encaminhamento de cópia da gravação de imagens e áudio, relativa à prisão em flagrante do indiciado, desistiu-se da produção dessa prova (fl. 223).

Em triagem final, certificou-se a regularidade formal do procedimento (fl. 224).

Cumpriram-se as ordens internas n. 01/2005 (fls. 225/229) e 03/2006 (fl. 230), de PROCED.G.A defesa ofereceu razões finais, requerendo a absolvição do indiciado por insuficiência de provas (fls. 231/239).

É a síntese do necessário.

Opino.

Conforme se depreende do exame do termo de instauração de inquérito administrativo especial, o indiciado é acusado de exigir do munícipe M. R. C, no dia 30 de maio de 2007, no estabelecimento da F., propina, no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), para deixar de aplicar a multa devida, em razão de placa em desacordo com a Lei Cidade Limpa. No dia seguinte, houve outra negociação, de que resultou a redução da quantia anteriormente exigida, a ser paga no dia 1º de junho de 2007. Nessa data, o indiciado foi preso em flagrante, após o recebimento de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Inquirido sobre a imputação que lhe foi desferida, o indiciado, em

seu interrogatório (fls. 60/67), negou a prática do ilícito administrativo. Alegou: *que disse a M. que a placa foi retirada e, diante disso, não estaria mais sujeito a multa; que a Lei Cidade Limpa tinha sido cumprida; que o munícipe M. disse então que tudo estava bem; que, imediatamente, M. se virou, pegou certa quantia em dinheiro e a colocou na frente do indiciado, sobre a mesa; que o indiciado levou um susto; que por uma reação instintiva colocou a sua prancheta sobre o dinheiro; que no momento em que M. jogou o dinheiro solicitou ao indiciado que encerrasse a multa; que a frase proferida por M. foi "dá um jeito de acabar com essa multa"; que ficou assustado e não disse nada* (fls. 63/64).

Essa é a versão do indiciado, a qual não ostenta traços mínimos de verossimilhança e se encontra em dissonância com os demais elementos de prova constantes dos autos.

Segundo relatado pelo munícipe M. R. C. (fls. 11 e 126/127), o indiciado, no dia 30 de maio de 2007, compareceu no estabelecimento empresarial da F., identificou-se como fiscal da Prefeitura de São Paulo e afirmou que o painel de publicidade instalado estava em desacordo com a legislação vigente, o que acarretaria a multa de R\$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais).

A realização de vistoria pelo indiciado, no dia 30 de maio de 2007, no estabelecimento da empresa F., é incontroversa: o indiciado assim reconheceu (fl. 61) e o motorista M. G. afirmou que o transportou até o local (fl. 117).

No entanto, apesar da constatação da desconformidade do painel de identificação do título do estabelecimento empresarial, o indiciado deixou de lavrar os autos de intimação e de multa.

O motivo para a omissão da medida fiscal é revelado por M. R. C (fl. 127): para deixar de aplicar a multa, o indiciado solicitou uma quantia de aproximadamente 20% do valor da multa; que isso correspondia a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ou R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

No mesmo dia, 30 de maio de 2007, M. R. C comunicou o fato à Polícia Civil do Estado de São Paulo, como se nota do Boletim de Ocorrência n. 3688/2007 (fls. 23/25).

Com a finalidade de justificar a ausência de aplicação da multa, o indiciado sustentou: *que concedeu o prazo de dois dias para que o munícipe M. procedesse a retirada da placa; que a concessão do prazo não foi*

*formalizada em termo próprio; que, em reunião realizada antes da vistoria, no prédio da Subprefeitura, os agentes vistorios foram orientados a agir com cautela; que a profissão é perigosa e oferece riscos à integridade física dos funcionários públicos incumbidos da fiscalização; (...) que, diante do nervosismo apresentado pelo empresário M., resolveu voltar noutro dia (fl. 62).*

Eis mais uma declaração inverídica. O depoimento da Supervisora de Fiscalização, M. C. P., rechaçou, de maneira implacável, as assertivas do indiciado: *que, como já havia sido constatada a irregularidade, o indiciado, assim que comparecesse no estabelecimento da F, deveria ter lavrado os autos de intimação e de multa; que o auto de multa é lavrado concomitantemente com o auto de intimação; que essa deveria ter sido a postura do indiciado na primeira vez em que compareceu ao local; que, na época dos fatos, houve uma reunião na Secretaria de Coordenação a fim de que as vistorias sobre cadam`s teriam que ser determinadas pelo superior; que isso ocorreu com relação a vistoria na Av. Engenheiro Caetano Álvares; que os agentes vistorios não podem conceder um prazo informal de 02 (dois) dias para a regularização (fl. 100).*

Ainda, sobre a suposta periculosidade da função desempenhada pelos agentes vistorios, verifique-se o esclarecimento da Supervisora M. C. P.: *que faz 18 anos que é agente vistoria e não entende ser perigosa a função; que sempre vistoriou, intimou e multou sem qualquer tipo de problema (fl. 101).* Não se olvide que, na hipótese remota (fl. 149) de empecilhos à concretização da ação fiscal, é possível solicitar apoio policial.

Portanto, resta demonstrado inexoravelmente que o indiciado, no dia 30 de maio de 2007, exigiu vantagem indevida do munícipe M. R. C. Nada obstante, uma observação é necessária. As provas são tão contundentes e harmônicas que o próprio indiciado, ao negar a existência de solicitação de propina, acaba por reconhecer outro ilícito administrativo – concessão de prazo informal para regularização.

Em continuidade. No dia 31 de maio de 2007, o indiciado retornou ao estabelecimento da F. (fls. 12, 63, 121 e 127).

Nesse dia, de acordo com M. R. C.: *falou ao indiciado que estava levantando o dinheiro; que não sabia ainda qual seria o montante a ser entregue; que o indiciado concordou; que o indiciado falou ainda que parte poderia ser no dia 1º e outra parte na semana seguinte (fl.127).* O indiciado nega. *In verbis: que no dia 31 de maio M. já estava mais calmo; que,*



*novamente, o indiciado o advertiu da necessidade da retirada da placa sob pena de multa; que o empresário M. se comprometeu a retirar a placa até sexta-feira, dia 01 de junho de 2007 (fl. 63).*

Diante das razões apresentadas, para uma nova visita ao estabelecimento, os argutos comissários quiseram saber do indiciado o porquê de ter retornado, se, afinal, tinha concedido dois dias. À repergunta, o indiciado, incoerentemente, respondeu: *para assegurar se a placa tinha sido retirada ou não.*

Contudo, outro motivo o impeliu – a promessa de que voltaria a falar com M. R. C. sobre a propina exigida. Consta do Boletim de Ocorrência n. 3688/2007, lavrado em 30 de maio de 2007, o registro das declarações do munícipe supracitado: *que essa conversa custaria à vítima cerca de 20% (vinte por cento) do valor da multa, ou seja, algo em torno de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e que essa quantia deveria ser paga até a próxima sexta-feira (1º/06/2007) e nesse ínterim, lhe disseram que até a referida data fariam novo contato (fl. 24).*

Logo, confirmou-se a presença do indiciado no estabelecimento da F., no dia 31 de maio de 2007, para tratar do recebimento da vantagem indevida.

No dia 1º de junho de 2007, o indiciado mais uma vez esteve no local em que a empresa F. se encontra instalada, onde já se encontravam os policiais civis, os quais esperavam o flagrante.

O indiciado foi recebido pelo munícipe M. R. C., entrou no estabelecimento e, numa sala, conversaram.

M. R. C. relatou: *que falou ao indiciado que a situação não estava boa e que tinha arrumado uma parte do dinheiro; que antes disso o indiciado solicitou QSJ; que isso é gíria de rádio; que o dinheiro foi entregue na mão do indiciado; que o indiciado não contou o dinheiro e o colocou sob a sua prancheta (fl. 128).*

No mesmo sentido, o depoimento do policial E. P. S.: *que o indiciado entrou na sala da vítima M. R.; que o depoente estava na sala ao lado; que as salas são separadas apenas por vidro; que o vidro é transparente; que o indiciado perguntou à vítima se estava tudo certo; que, além disso, solicitou QSJ, significa dinheiro; que o depoente escutou o indiciado proferir as frases supramencionadas; que a vítima M. R. abriu a gaveta, pegou determinada quantia em dinheiro e entregou na mão do indiciado; que a*

*quantia entregue foi de R\$ 300,00 (trezentos reais); que as imagens foram gravadas, porque a vítima possui monitoramento de segurança em sua firma; que o indiciado colocou o dinheiro debaixo da prancheta (fl. 93).*

Desse modo, o dinheiro foi solicitado pelo indiciado e entregue em sua mão, diferentemente do que aquele sustentou, quando inquirido - *que, imediatamente, M. se virou, pegou certa quantia em dinheiro e a colocou na frente do indiciado, sobre a mesa; que o indiciado levou um susto; que por uma reação instintiva colocou a sua prancheta sobre o dinheiro; que no momento em que M. jogou o dinheiro solicitou ao indiciado que encerrasse a multa; que a frase proferida por M. foi "dá um jeito de acabar com essa multa"; que ficou assustado e não disse nada (fls. 63/64).*

Colocou a prancheta, *instintivamente*, sobre o dinheiro? De forma nenhuma, o livre arbítrio do indiciado permaneceu incólume durante todo o comportamento ilícito. Tinha plena consciência da exigência e do recebimento da vantagem indevida, os quais foram devidamente premeditados.

Aliás, a palavra *instintivamente*, se tomada no sentido de uma tendência natural ou aptidão inata, serviria para demonstrar a necessidade da sanção. Idéia própria da Escola Positiva, e, destarte, não aceitável, com base no princípio da autodeterminação.

A alegação da defesa, veiculada em razões finais, de que o indiciado não entendia bem o que acontecia, em razão da deficiência auditiva, não procede. O motorista M. G. *nunca percebeu deficiência alguma no indiciado, especialmente auditiva (fl. 118).*

Em uníssono, J. J. B. S.: *que o indiciado ouvia o que o depoente falava (fl. 121).* Também, M. O.: *que apenas soube que o indiciado tinha problemas no tímpano, após esse caso fatídico (fl. 149).*

Convém salientar que o indiciado se submete a tratamento em otorrinolaringologista, desde 2004 (fl. 106), o que demonstra que tinha capacidade laborativa.

Além disso, totalmente descabida a tentativa da defesa de desqualificar as declarações do munícipe M. R. C., pelo fato de ter antecedentes criminais. Ora, essas circunstâncias, por não se referirem à imputação constante do termo de instauração de inquérito administrativo especial, não contaminam a credibilidade de suas palavras. E mais, o cumprimento da pena (fl. 129) significa ressocialização.

A tese defendida pelo indiciado de que M. R. C. era informante da Polícia, além de fantasiosa, não foi comprovada.

A testemunha A. S. R. limitou-se a afirmar: *que, após a prisão do indiciado, soube através de comerciantes que o proprietário da F. era informante da polícia; que não sabe ao certo quem seria o informante, M. R. ou R. M. ou R. R.; que, no período da manhã, por volta das 10h30, notava alguns carros da polícia estacionados em frente ao estacionamento da F.; que nunca viu mais de um carro* (fls. 143/144).

Porém, M. O., que, pelo menos, uma vez por semana ou uma vez a cada duas semanas, passa em frente à F., nunca reparou viaturas da polícia no local (fl. 148).

O indiciado se restringiu a afirmar um eventual conluio da Polícia Civil com o empresário M. R. C., sem produzir as provas correspondentes.

Por fim, impende salientar que o pedido de fornecimento da gravação da prisão em flagrante foi endereçada ao Departamento de Inquéritos Policiais, e não à empresa F. A ausência de atendimento ao pedido é justificável, porquanto nem sempre o Poder Público dispõe de equipamentos de informática modernos, que possibilitem a gravação em *compact disc*.

Assim sendo, com base nos elementos de convicção constantes dos autos, em especial as provas pessoais, pode concluir-se, de forma incontrastável, pela culpabilidade do indiciado.

No dia 30 de maio de 2007, por volta das 15h, na Avenida Engenheiro Caetano Álvares, n. 1896, Casa Verde, nesta Capital, local em que se encontra estabelecida a empresa F., o indiciado, no exercício de sua função de agente vistor da Subprefeitura da Casa Verde, exigiu a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) do munícipe M. R. C., para deixar de aplicar a multa devida, em razão de placa em desacordo com a legislação vigente, exposta na fachada daquele estabelecimento empresarial.

Ainda, no dia seguinte, retornou ao estabelecimento empresarial supramencionado, oportunidade em que novamente tratou da propina exigida, a qual deveria ser paga em 1º de junho de 2007.

Em 1º de junho de 2007, às 16h50, no estabelecimento da F., o indiciado, após exigir a vantagem indevida – QSJ – recebeu do munícipe M. R. C. a importância de R\$ 300,00 (trezentos reais), para não aplicar a multa, que lhe competia.

Por tal fato, foi preso em flagrante delito por crime de concussão.

Diante de sua conduta funcional irregular, notícias prejudiciais à imagem da Administração Pública Municipal foram divulgadas pela imprensa, comprometendo a preservação da dignidade e do decoro da função pública.

A corrupção nos setores públicos é um dos males que assolam as nações contemporâneas, mas que no Brasil tem assumido conotações surpreendentes e desalentadoras.

Do exposto, é incontestável que o indiciado solicitou e recebeu vantagem indevida, diretamente, em razão de sua função de agente vistor da Municipalidade de São Paulo. Enfim, valeu-se de sua qualidade de servidor público para obter proveito pessoal.

E mais. Violou os deveres de desempenhar com zelo e presteza os trabalhos de que foi incumbido e de proceder, pública e particularmente, de forma que dignifique a função pública.

A demissão a bem do serviço público é a única capaz de reparar o prejuízo à imagem da Municipalidade, ante a corrupção perpetrada pelo indiciado, um de seus agentes públicos.

Outrossim, tão-somente a demissão a bem do serviço público pode concretizar a missão de prevenção geral negativa da sanção administrativa disciplinar.

Nunca será demais repetir que a impunidade é fator por excelência da corrupção. Na lição de Régis Fernandes de Oliveira: *se nada acontece com o servidor que recebe vantagem indevida, estando ciente seu colega, fica este estimulado a ter o mesmo comportamento, vendo o 'sucesso' financeiro do outro. De outro lado, se a convivência continua e o corrupto aproxima-se do centro do poder, dele tornando-se íntimo, sem qualquer reprovação, há o estímulo para que o colega também se corrompa. Multiplicam-se as hipóteses, os seres humanos e os interesses nada nobres.*<sup>1</sup>

Ante todo o exposto, sugiro a **DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO** do indiciado N. K., por violação das normas proibitivas dos artigos 178, incisos XI e XII, 179, *caput* e inciso III, e 189, inciso VI, da Lei 8.989/79.

<sup>1</sup> Oliveira, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro, 2000, p. 226.

Por derradeiro, importante consignar que não se comprovou o envolvimento de outros servidores no ilícito praticado pelo indiciado (fls. 34, 116/119, 128). É o que penso. É como voto. São Paulo, 26 de outubro de 2007.