

## **CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS**

Pátio do Colégio, nº 5 – 4º, 5º e 6º andares  
01016-040 São Paulo - SP - Brasil  
Telefones: (11) 3241-4525 / 3241-3194

## **COMISSÃO EDITORIAL**

Procuradores: Dr. Celso Augusto Coccaro Filho, Dr. Carlos Eduardo Garcez Marins

Bibliotecária : Maria Emília da Silva Salles Pantalena

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

Capa

Foto de Militão de Azevedo

Arquivo Histórico do Município de São Paulo

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

### Catálogo na Fonte

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO  
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. São Paulo: CEJUR -  
Centro de Estudos Jurídicos, 2011.

CDD 340.05

CDU 34(05)

ISSN 2175-649X

São Paulo, setembro de 2011

# 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 Coccaro Filho

**COORDENADOR DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS**  
Carlos Eduardo Garcez Marins

# APRESENTAÇÃO

É com renovada honra que a Procuradoria-Geral do Município de São Paulo, por meio de seu Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, neste festivo exercício em que se comemora o quarto-de-século de criação desta Procuradoria-Geral, traz a lume mais uma edição da **REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO** para fruição dos cultores do Direito. Este novo volume traz contributos que constituem assinalável amostragem da produção doutrinária da lavra dos senhores procuradores do Município de São Paulo, assim como consigna trabalhos que foram distinguidos com premiações municipais, em razão de seus expressivos predicados técnicos, a par de seus préstimos para o resguardo do Interesse Público.

A messe de artigos científicos que segue colacionada, como é natural, foca privilegiadamente no amplo espectro da Ciência do Direito o Direito Público. Destarte, a principiologia e o regramento constitucionais, o regime jurídico estatutário e o processo administrativo disciplinar, a exação da dívida ativa, as prerrogativas fazendárias em Juízo e as questões urbanísticas, são temas sobremodo abordados por essa produção doutrinária.

Vêm ainda colacionados neste periódico os atos dos senhores procuradores laureados com: o “Prêmio Oswaldo Aranha Bandeira de Mello” afeito ao ano civil de 2009, conferido à Contestação formulada pelo senhor Procurador José Roberto Strang Filho e apresentada nos autos do Processo n.º 053.09.025315-1, que tramitou pela 11.ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo; os prêmios: “Trabalho Relevante do Ano”, atribuídos a atos dos senhores procuradores lotados em cada um dos departamentos desta Procuradoria-Geral no exercício 2009.

A elevada qualidade das contribuições aqui declinadas à apreciação dos senhores leitores decorre de *continuum* na busca da excelência

na prestação deste Serviço Público colimada pela Procuradoria-Geral, com o concurso de seu Centro de Estudos Jurídicos, que vem de contar nesse mister com o prestimoso incentivo de Sua Excelência o Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos.

**Celso Augusto Coccaro Filho**

Procurador-Geral do Município de São Paulo

**Carlos Eduardo Garcez Marins**

Procurador-Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos  
da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo

# SUMÁRIO

## DOCTRINA

### *O processo administrativo disciplinar e a ampla defesa – uma visão crítica da súmula vinculante nº 5*

Dr. Carlos Figueiredo Mourão ..... 13

### *O protesto extrajudicial da dívida ativa*

Dr. Edgard Padula ..... 37

### *Serviço público municipal: temas controversos envolvendo a incidência do código de defesa do consumidor*

Dr. Fabrício Bolzan e Dra. Cássia Hoshino ..... 47

### *Introdução ao direito urbanístico*

Dra. Helita Barreira Custódio ..... 85

### *O princípio constitucional da moralidade*

Dr. Izaías José de Santana ..... 131

### *Uma fundamentação filosófica do direito à paisagem*

Dra. Maria Aparecida dos Anjos Carvalho ..... 165

### *Prerrogativas da fazenda pública nos juizados especiais da fazenda pública*

Dra. Nathaly Campitelli Roque ..... 173

### *Regime estatutário e estado de direito*

Dr. Ricardo Marcondes Martins ..... 181

### *Notas sobre a chamada execução fiscal “administrativa”*

Dr. William Alexandre Calado ..... 201

## PRÊMIOS

### “OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO” - 2009

#### *Contestação apresentada no processo nº 053.09.025315-1 – 11ª VFP*

Dr. José Roberto Strang Xavier Filho ..... 217

### “TRABALHO RELEVANTE DO ANO” – 2009

#### *Contraminuta de agravo de instrumento nº 920.052.5/3 – TJSP*

Dr. Sérgio Barbosa Junior – Departamento de Defesa do Meio Ambiente e Patrimônio ..... 243

**Contraminuta de agravo de instrumento nº 971.0985/0-00 - TJSP**

Dr. Humberto Masayoshi Yamaki – Departamento de Desapropriações ..... 269

**Agravo de instrumento apresentado no processo nº 2009.03.00.040485-9 – TRF.3**

Dr. Paulo Marcos Rodrigues de Almeida – Departamento Fiscal..... 283

**Agravo de instrumento apresentado no processo nº 053.09.17112-0 – 10ª VFP**

Dra. Gláucia Savin - Departamento Judicial..... 307

**Relatório apresentado no inquérito administrativo especial no processo nº 2008-0.222.993-5**

Dr. Daniel Gaspar de Carvalho – Departamento de Procedimentos Disciplinares ..... 333

CARLOS FIGUEIREDO MOURÃO

O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E A AMPLA DEFESA  
UM VISÃO CRÍTICA DA SÚMULA VINCULANTE N° 5

SÃO PAULO

2010

## RESUMO

Os princípios constitucionais aplicáveis ao processo administrativo denotam que na persecução disciplinar a realização da defesa, que deve ser ampla, só poderá ser realizada por intermédio de profissional devidamente habilitado, ou seja, o advogado.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Processo; Devido Processo Legal; Ampla Defesa; Advogado.

## ABSTRACT

The constitutional principles applicable to the administrative procedure demand that defense be as ample as possible and performed by a duly skilled professional i.e., the lawyer.

Key Words: Administrative law; Process; due process of law; ample defense; Lawyer.

## SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO; 2 – O SERVIÇO PÚBLICO E O SERVIDOR; 3 – PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR; 4 – A SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; 5 - CONCLUSÃO; 6 – BIBLIOGRAFIA.

## 1. INTRODUÇÃO

Qualquer interpretação jurídica que o cultor do direito venha a fazer, para trazer a norma à sua concretude, deve se utilizar de signos pacificados, dentro da moldura da norma, nas várias possibilidades que esta moldura oferece como solução, atribuindo ao caso a norma de decisão ou nas palavras de Kelsen, a norma individual.

Na interpretação jurídica não é possível se estabelecer um resultado prévio, posto que o interprete não deve pretender um resultado e ir buscar no sistema jurídico todas as normas que possam lhe dar sustentação, sob pena de sair do sistema ou de construir uma interpretação fora dos alicerces que dão base, com risco desse edifício ruir.

Nesse contexto, a Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal foi erigida fora do sistema jurídico, posto que tem como finalidade casuística evitar que todos os processos administrativos disciplinares já formados em todo o território nacional sejam declarados nulos pela falta da presença do advogado.

O Supremo Tribunal Federal expediu a referida súmula vinculante nº 5 com a seguinte redação:

*“falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.*

No enfrentamento de qualquer tema há que se fazer algumas observações preliminares, para que não haja dúvida sobre o alcance da questão e, principalmente, sobre qual o seu contexto.

Nesta busca há que se analisar o entendimento de alguns conceitos jurídicos como ampla defesa, defesa técnica, e principalmente, o entendimento do que se entende por devido processo legal ao longo da História e nas diversas doutrinas filosóficas. Mas antes devemos fazer uma alerta, trazendo a lição de David Hume:

“Seria razoável esperar, em questões que têm sido examinadas e discutidas com grande ardor desde os primórdios da ciência e da filosofia, que os debatedores já se tivesse posto de acordo pelo menos quanto ao significado de todos os termos e que nossas

indagações, no curso destes dois mil anos tivessem sido capazes de passar das palavras para o verdadeiro e real assunto da controvérsia. Parece efetivamente bastante simples prover definições exatas dos termos empregados no raciocínio, e fazer dessas definições, e não do mero som das palavras, o objeto de futuros exames e análises. Se considerarmos, porém, o assunto mais perto, tendemos a extrair uma conclusão diametralmente oposto. O mero fato de que uma controvérsia tenha se estendido por tanto tempo, sem chegar a nenhuma decisão, torna lícito presumir que há aí alguma ambigüidade d expressão, e que os debatedores associam diferentes idéias aos termos em uso na discussão. Pois, como as faculdades da mente são supostas naturalmente iguais em cada indivíduo (caso contrário, nada mais inútil que argumentarmos ou debatermos com os outros), seria impossível, se as pessoas associassem as mesmas idéias e seus termos, que pudessem entreter por tanto tempo diferentes opiniões sobre o mesmo assunto, especialmente quando comunicam uns aos outros essas opiniões, e cada uma das partes volta-se para todos os lados em busca de argumentos que possam dar-lhes vitória sobre seus antagonistas.”<sup>1</sup>

Assim, os conceitos jurídicos devem ser pesquisados para que a construção de uma interpretação tenha como base signos unívocos e pertinentes à matéria, objetivando exercitar um processo interpretativo objetivo e racional, evitando-se conclusões precipitadas ou carregadas de subjetividades.

---

<sup>1</sup> HUME, David. *Investigação Sobre o Entendimento Humano e Sobre os Princípios da Moral* – Editora UNESP, 2004, pág. 119/120.

## 2. O SERVIÇO PÚBLICO E O SERVIDOR

### 2.1 O TRABALHO

Antes de se adentrar propriamente no tema em questão, necessário fazer uma advertência prévia, para o melhor enquadramento da proposição a ser desenvolvida.

Por incrível que possa parecer quando falamos de processo administrativo disciplinar, estamos falando do homem, do trabalho e do interesse público.

Desde os primórdios o homem trabalha para a sua sobrevivência em primeiro plano, mas, também, para o desenvolvimento de uma coletividade, ou seja, toda a sociedade humana é organizada em função do trabalho.

Hannah Arendt, na sua obra *A Condição Humana*, aponta como sendo *vita activa* as três atividades humanas fundamentais, o labor, considerando como o processo biológico do corpo humano; o trabalho que é a atividade de produção de coisas artificiais; e, finalmente a ação, como atividade exercida diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou matéria.

Aponta a autora, para demonstrar a importância das três atividades da “Condição Humana”:

“As três atividades e suas respectivas condições têm íntima relação com as condições mais gerais da existência humana: o nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade. O labor assegura não apenas a sobrevivência do indivíduo, mas a vida da espécie. O trabalho e seu produto, o artefato humano, emprestam certa permanência e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano. A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, cria a condição para a lembrança, ou seja, para a história. O labor e o trabalho, bem como a ação, têm raízes na natalidade, na medida em que sua tarefa é produzir e preservar o mundo para o constante influxo de recém-chegados que vêm a este mundo na qualidade de estranhos além de prevê-los e levá-los em conta.”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10ª edição, Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004. Pág. 16/17.

Quando se enfrenta o tema “Processo Administrativo Disciplinar” toda a processualística deve ter em conta a busca da proteção ao trabalho, não somente ao trabalhador individualmente considerado, mas o labor como uma função humana fundamental. Não podemos, também, nos afastarmos do interesse público e de sua proteção, ou seja, na proteção ao trabalho executado em respeito ao interesse público,

A partir da Constituição Mexicana e posteriormente com a Constituição de Weimar, a ordem social passou a ser posicionada à categoria constitucional, ou seja, esta elevação trouxe um tratamento à matéria em face da constatação de que o homem fundamentalmente trabalha, e o Estado é composto pela força desse trabalho.

O Brasil em 1988 fez uma nova leitura dos Direitos Sociais e minuciosamente inseriu uma série de temas relacionados à proteção ao trabalho, inaugurando uma democracia social, que não considerou apenas como um bem a ser protegido, mas, também, considerou o trabalho como um elemento fundamental na organização do Estado.

Canotilho explica com precisão a justaposição agora fixada na Constituição Portuguesa, da mesma forma que se deu na Constituição Federal Brasileira:

“A Constituição não dedica qualquer capítulo especial a uma Constituição do trabalho. Isto compreende-se por dois motivos fundamentais: (1) dado os preceitos constitucionais do trabalho se reconduzirem a normas de garantia do direito ao trabalho, do direito do trabalho e dos direitos dos trabalhadores, a Constituição vincou a sua inequívoca dimensão subjetiva e o seu caráter de <<direitos fundamentais>>, deslocando esses preceitos para o capítulo referente a direitos fundamentais; (2) superando a tendência clássica (com justificação histórica) para caracterizar o direito do trabalho como simples direito de proteção(<<orientação protetiva>> no direito do trabalho), a Constituição erigiu o <<trabalho>>, o <<emprego>>, os <<direitos dos trabalhadores>> e a intervenção democrática dos trabalhadores>> em elemento constitutivo da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia econômica e social (cfr. Arts. 53º e ss.)”<sup>3</sup>

O próprio preâmbulo da Constituição de 1988 aponta que a Assembleia Constituinte foi reunida para instituir um Estado Democrático de Direito que assegure o exercício dos direitos sociais, sendo que no artigo 1º expressamente assevera que o Brasil tem como fundamento os valores sociais do trabalho.

---

<sup>3</sup>CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra. Portugal. Almedina. 1993. 6ª edição revista. Pág. 347

Assim, um processo administrativo disciplinar, que visa verificar o respeito ao interesse público na execução de um trabalho, traz em seu bojo, uma importância secular onde o Estado formado pela força desse trabalho deve analisar com cuidado redobrado todas as circunstâncias apresentadas no processo administrativo que tem como possibilidade final o afastamento de um trabalhador na continuidade da prestação desse labor.

## 2.2 O SERVIÇO PÚBLICO

O Serviço Público se enquadra dentro do regime jurídico-administrativo, ou situa-se no contexto da disciplina jurídica autônoma denominada de Direito Administrativo que, por sua vez, se delinea em função da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela administração, desses mesmos interesses.

Assim, interesse público é a base de estudo do Direito Administrativo que traz em seqüência uma classe de trabalhador totalmente diferenciada do Direito Privado, posto que a assunção à categoria de servidor público e o exercício deste labor especial tem um regime jurídico próprio.

Como acentua Cármen Lúcia Antunes Rocha, o “trabalhador público, vale dizer, aquele cujo trabalho é desenvolvido mediante uma relação empregatícia havida com uma pessoa jurídica pública, tem uma qualificação específica, quer quanto aos fins de sua atividade e à vocação pública da prestação na qual se empenha, quer quanto à qualificação constitucional da pessoa pública empregadora, da qual se faz uma peça a desempenhar cargo voltado ao atendimento de uma demanda pública.”<sup>4</sup>

Continua a autora:

“Todavia, deve-se anotar que o trabalhador público submete-se a uma contingência que o afasta dos demais trabalhadores: os fins de sua prestação voltam-se ao atendimento dos interesses públicos, e a sua condição é de parte da pessoa jurídica pública empregadora, pelo que a ética que o submete não é a particular, mas aquela ditada por essa condição, e sua relação é fundamentada no conjunto de normas diretoras dos direitos, deveres e responsabilidades que formam o estatuto jurídico a defini-la.

---

<sup>4</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo. Editora Saraiva. 1999. Pág. 56.

O próprio título do trabalhador público – servidor – denota bem que ele exerce um trabalho vocacionado a servir o interesse público, o qual é o fato determinante de sua condição jurídica. ”<sup>5</sup>

Então, esse servidor que persegue em seu labor o interesse público tem no exercício dessa função estatal uma série especial de prerrogativas e deveres, para que exerça com eficiência e eficácia a função pública.

As normas constitucionais que fixam os contornos desse exercício trazem uma dupla característica cunhada na mesma moeda, a de que este trabalhador deve ser extremamente protegido para que possa perseguir o interesse público e, no outro lado, o interesse público faz com que o exercício da função no serviço público seja devidamente fiscalizado para que qualquer desvio seja exemplarmente penalizado.

Assim, além da proteção ao trabalho, como bem social constitucionalmente considerado, busca-se proteger a atividade para que esta seja realizada mediante o balizamento do Estado Democrático de Direito.

Constatada a importância do que se busca regular, verifica-se que o processo administrativo disciplinar tem uma relevância especial na apuração dos fatos e, assim, deve observar todos os princípios constitucionais para que o resultado desta apuração seja a melhor proteção ao interesse público possível

---

<sup>5</sup> Ob. cit. pág. 56/57

### 3. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

#### 3.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO COMO FENÔMENO JURÍDICO

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o “Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o Direito Administrativo não é um direito criado a subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do poder Estatal.”<sup>6</sup>

Direito Administrativo é um ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como as pessoas e órgãos que a desempenham. Mas quais são os princípios norteadores de certa disciplina e qual o critério para se saber quais são os princípios e quais são as regras de um determinado regime jurídico?

A Ciência do Direito denomina Princípio as normas fundamentais encontradas dentro do próprio sistema jurídico positivado. Não é um conceito existente prioristicamente à lei, mas é a síntese encontrada nas próprias normas positivadas.

Canotilho estabelece os critérios que distinguem as regras dos princípios. São eles:

“a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado: de modo diverso, *as regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta.

c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes do direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais)

---

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª edição. 2ª Tiragem. Malheiros Editores. 2008. Pág. 47.

ou a sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

*d) «Proximidade» da idéia de direito:* os *princípios* são «standards» juridicamente vinculantes radicados na exigência de «justiça» (Dworkin) ou na «idéia de direito» (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

*e) Natureza normogénica:* os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.”<sup>7</sup>

Na lição de Bandeira de Mello, princípio é o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.<sup>8</sup>

O autor chega a afirmar que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma regra, pois a desatenção a um princípio implica ofensa a todo o sistema de comandos.

Há a necessidade de se fazer uma diferenciação entre os princípios hermenêuticos e princípios jurídicos, posto que enquanto os primeiros funcionam como instrumental para a realização do processo interpretativo, o segundo são verdadeiras normas, distintas quanto a sua importância e alcance na concretização do Direito posto.

Dessa maneira, os princípios do processo administrativo disciplinar são as suas fundações sobre as quais devem ser erguidas as normas de decisão.

### 3.2 PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Outro ponto importante, para o entendimento do tema, é o conceito do ESTADO DE DIREITO, e para tanto, trazemos o ensinamento de J. J. Gomes Canotilho<sup>9</sup>:

“DO Estado é jusracionalisticamente entendido. Afastam-se idéias transpessoais do Estado como instituição ou ordem divina, para se considerar apenas a existência de uma res publica no interesse dos indivíduos. Ponto de partida e de referência é o indivíduo

---

<sup>7</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra. Portugal. Almedina. 2003. pág. 1260.

<sup>8</sup> Ob. cit. pág. 53.

<sup>9</sup> Ob. cit. Pág. 353.

autodeterminado, igual, livre e isolado; II) Limitação dos fins e tarefas do Estado à garantia da liberdade e segurança da pessoa e da propriedade individual; III) Organização e regulamentação da actividade estadual segundo princípios racionais de modo a construir uma ordem estadual justa: reconhecimento dos direitos individuais, garantias dos direitos adquiridos, independência dos juízes, responsabilidade do governo, prevalência da representação política e participação desta no poder legislativo; IV) Conceito de lei como eixo de concretização constitucional do Estado de direito... V) Esta lei é juridicamente vinculante para a administração (princípio da legalidade da administração).”

O Estado Democrático de Direito pressupõe que a administração pública manuseie a sua competência, ou melhor, exerça o seu poder-dever mediante um sistema processual de atos concatenados, em observância da garantia da segurança jurídica.

Então, a administração age mediante o processo administrativo, e, assim, será possível verificar: a) se os atos imputados ao agente realmente ocorreram; b) se estes atos são positivados como ilícito administrativo; c) graduá-los; e, e) aplicar a penalização proporcional ao fato praticado pelo servidor público.

O processo exerce função preliminar e inafastável na verificação se alguma ação cometida pelo servidor merece a imposição de pena, pois sem processo, ou ainda, sem o devido processo legal, instituto nascido com a Magna Carta<sup>10</sup> na Inglaterra, não há que se falar em aplicação de qualquer tipo de sanção.

---

<sup>10</sup> A Magna Carta surgiu de uma conseqüência histórica peculiar. Na época da denominada segunda Cruzada, com a queda de Edessa, capital do condado franco em Dezembro de 1144, o Papa Eugénio III, por meio de uma Bula dirigida à nobreza francesa, seguindo a inspiração do que pregava São Bernardo, fez com que o rei da França Luis VII e Conrado III da Alemanha partissem em direção a Turquia.

Assim, o Rei da Inglaterra partiu para a Palestina e deixou em seu lugar João, cognominado Sem Terra, por não ter direito ao Trono Inglês. A política de João sem terra provocou a ira dos saxões, que queriam a volta do rei Ricardo Coração de Leão, o que não aconteceu, pois em seu retorno foi feito prisioneiro pelo Arquiduque Leopoldo da Áustria, que pediu resgate para a sua libertação. João desconheceu o pedido e continuou a reinar na Inglaterra como se Ricardo estivesse morto. O povo inglês, sabendo da verdade, resgatou o Rei Ricardo que acabou morrendo envenenado. O Rei João em reprimenda ao povo inglês baixou pesados impostos e passou a prender os seus súditos discricionariamente.

Em 1215, sob a liderança do arcebispo de Cantebury, Stephen Langton, o clero e a nobreza se coligaram para limitar o poder do Rei, fazendo surgir a Magna Carta. Magna Carta (significa "Grande Carta" em latim), cujo nome completo é *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês), é um documento de 1215 que limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do Rei João, que o assinou, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Segundo os termos da Magna Carta, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinado procedimento legal, bem como reconhecer que a vontade do rei estaria sujeita à lei. Considera-se a Magna Carta o primeiro capítulo de um longo processo histórico que levaria ao surgimento do constitucionalismo. (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. 4ª edição. Editora Forense. 2008. Págs. 5/7)

Mas não basta a simples existência de um processo para que se tenha observada a segurança jurídica das pessoas, há a necessidade de que sejam considerados parâmetros prévios fixados pelo Direito.

Como aponta os autores Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi:

“O processo administrativo disciplinar tem por finalidade apurar as ações ou omissões de funcionários, ocorridas no seio da Administração Pública, desde que essas condutas sejam consideradas ilícitas e acarretem a aplicação de penas disciplinares. Entretanto, o processo disciplinar somente visa a apuração do ilícito, sendo uma garantia para o servidor público, o qual deve presumir-se inocente até prova em contrário e até que as instâncias administrativas sejam exauridas, o que evita a prática de atos arbitrários pro parte das autoridades administrativas.”<sup>11</sup>

A Constituição de 1988 trouxe para o seu campo de atuação alguns princípios processuais, precisamente em seu artigo 5º, no Título específico dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Assim, se pode apontar como princípios do Processo Administrativo Disciplinar: a) devido processo legal; b) contraditório; c) ampla defesa; d) publicidade; e) motivação.

### 3.2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Canotilho indaga como poderíamos qualificar que um processo, seja judicial ou administrativo, possa ser considerado justo?

Para responder tal questão, traz a doutrina americana para afirmar que há duas concepções fundamentais sobre o devido processo legal, uma concepção denominada de processual e outra concepção denominada de substancial ou material.

A teoria processual, também designada por Canotilho como “teoria do processo devido por qualificação legal” aponta que uma pessoa que tenha a possibilidade de ser privada dos seus direitos fundamentais como direito à vida, liberdade, propriedade e, acrescentamos “trabalho”, tem a faculdade de exigir que essa possibilidade de privação seja precedida de um processo devidamente previsto em Lei.

---

<sup>11</sup> CAMBI, Eduardo e CAMBI, Gustavo S. Revista de Processo 131. Editora Revista dos Tribunais. Pág. 68.

A outra concepção denominada de teoria substantiva pretende justificar a obrigatoriedade de existência de um processo justo, pois, na visão de Canotilho, “uma pessoa tem direito não apenas a um *processo legal*, mas, sobretudo a um *processo legal, justo e adequado*, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade” e, acrescentando novamente, o trabalho “dos particulares..., pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça”<sup>12</sup> que deve já iniciar, inclusive, a partir da criação das normas processuais.

### 3.2.2 PRINCÍPIO DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO

O contraditório, na visão de Odete Medauar, é a possibilidade concedida ao indivíduo de lançar mão de suas manifestações diante de fatos, documentos ou assertivas apresentadas no curso do processo, facultando à parte que contradiga as opiniões apresentadas em seu desfavor, “em um binômio *informação-reação*, com ressalva de que, embora a primeira seja absolutamente necessária sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade dos seus atos, a segunda é somente *possível*, pois o sujeito pode escolher entre reagir ou deixar de reagir”<sup>13</sup>.

No âmbito deste princípio assecuratório se insere a garantia de que o acusado seja devidamente chamado para participar do processo, como acentua Cármen Lúcia Antunes Rocha, “a fim de que se estabeleça o elo entre o quanto alegado contra ela e o que ela venha sobre isso ponderar. Somente na dialética processual é que se afirma o Direito, de tal modo que uma assertiva e a sua contradita combinam os elementos donde o julgador extrai, sem vínculo prévio com qualquer das partes, a sua decisão jurídica.”<sup>14</sup>

### 3.2.3 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal de 1988 inovou em relação às Constituições anteriores ao inserir a aplicação do Princípio da Ampla Defesa também para todos os processos judiciais, não só na esfera criminal, e, ainda, agregou a proteção constitucional, também, aos processos administrativos.

Em seu bojo o Princípio da Ampla Defesa engloba várias garantias, como afirma Cármen Rocha:

---

<sup>12</sup> Ob. cit. 2003, pág. 494/495.

<sup>13</sup> MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 2008. Pág. 101/102.

<sup>14</sup> Ob. cit. pág. 481.

“O interessado tem o direito de conhecer o quanto se afirma contra os seus interesses e de ser ouvido, diretamente e/ou com patrocínio de profissionais sobre as afirmações, de tal maneira que as suas razões sejam coerentes com o quanto previsto no Direito.... Assim, não apenas no início, mas no seguimento de todos os atos e fases processuais, o interessado deve ser intimado de tudo que concerne a seus interesses cogitados ou tangenciados no processo. *Tem o direito de argumentar e arrazoar (ou contra-arrazoar), oportuna e tempestivamente (a dizer, antes e depois da apresentação de dados sobre a sua situação jurídica cuidada na espécie), sobre o quanto ele se alega e de ter levado em considerações as suas razões.*”<sup>15</sup>

O que foi até aqui explanado não tem grande distinção do fora apresentado como Princípio do contraditório: A diferenciação para a caracterização de um princípio autônomo é a amplitude do exercício da ampla defesa.

Nelson e Rosa Nery afirmam que a defesa realizada por leigo, sem a presença de um advogado, não é ampla defesa, mas defesa restrita.

Assim propugnam:

“Em processos sancionadores como ocorre com o processo penal e com o processo administrativo sancionador (disciplinar ou não), que visa a imposição de penalidade ao servidor ou administrado, ressalta a importância de observar-se a garantia constitucional da ampla defesa, motivo por que nesses processos é imprescindível que a defesa do acusado seja *técnica*, isto é, feita por advogado. Por essa razão não se pode ter como atendido o princípio constitucional da ampla defesa, se não se der advogado ao acusado, no processo penal e no processo administrativo sancionador.”<sup>16</sup>

A ampla defesa, quando se fala em processo administrativo, não é só o exercício do direito de defesa, mas abrange os instrumentos necessários para a realização da melhor defesa possível.

Há a afirmação da necessidade de defesa técnica, como critério diferenciador entre a ampla defesa e a defesa “simples”, posto que se na Lei não há palavras inúteis, mormente na Constituição, qual o critério que distingue os conceitos de ampla defesa e defesa, sem o adjetivo.

---

<sup>15</sup> Ob. cit. pág. 482/483.

<sup>16</sup> NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. 2ª edição. 2009. Editora Revista dos Tribunais. Pág. 185.

Quando não há conceito jurídico expresso, o intérprete deverá realizar uma construção semântica, mediante a análise dos instrumentos disponíveis dentro do próprio sistema positivo.

A Constituição não estabeleceu expressamente o critério para encontramos a dimensão que se pretende ao utilizar-se o adjetivo “amplo<sup>17</sup>”.

Assim, nessa busca o interprete deve primeiro verificar se no próprio ordenamento constitucional há a utilização do mesmo termo, em qual acepção. Após esse processo preliminar, deve-se pesquisar, ainda, em quais situações analogicamente foram utilizados esse mesmo tema.

A Constituição Federal utiliza o adjetivo “amplo” nos seguintes momentos:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e **ampla** defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 41 - São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo:

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada **ampla** defesa;

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

Art. 55 - Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva

---

<sup>17</sup> Dicionário Houaiss - “amplo adj. ... 8. que não tem limites; sem restrições <a. poderes>

Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada **ampla** defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada **ampla** defesa.

Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

VIII - o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada **ampla** defesa;

Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

I - as seguintes garantias:

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada **ampla** defesa;

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

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

Na análise da Constituição quando da utilização do termo verifica-se que em todas as hipóteses normativas o adjetivo precede o substantivo “defesa”. A maior parte da utilização da “ampla defesa” relaciona-se diretamente com o servidor público, nas hipóteses em que é sujeito passivo de medidas administrativas que possam resultar em exoneração, remoção, movimentação, e, até, aposentadoria por interesse público, medidas estas que só poderão surtir efeito após a abertura da possibilidade de realização do exercício da ampla defesa.

Por esse critério se chega a conclusão que há uma atenção especial com os servidores públicos, em decorrência da necessária segurança jurídica no exercício da função pública, e a possibilidade de modificação de seu “status” não poderá chegar ao seu final senão em virtude do devido processo legal, com a efetiva realização da ampla defesa

Não obstante o já explanado, será que pode o interprete, para realizar uma interpretação integrativa da norma Constitucional, buscar lições do direito infraconstitucional? Pode se socorrer de legislação infraconstitucional? Há campo para uma interpretação sistemática com base em Leis inferiores?

Canotilho<sup>18</sup> assim traz a lição da “interpretação da constituição conforme as leis”:

**“Como a própria expressão indica, estamos a encarar a hipótese da interpretação da constituição em conformidade com as leis e não as leis em conformidade com a constituição. A expressão deve-se a Leisner e com ela insinua-se que o problema da concretização da constituição poderia ser auxiliado pelo recurso a leis ordinárias. Nestas leis encontraríamos, algumas vezes, sugestões para a interpretação das fórmulas condensadas e indeterminadas, utilizadas nos textos constitucionais.**

**A utilidade da interpretação constitucional conforme as leis seria particularmente visível quando se tratasse de leis mais um menos antigas, cujos princípios orientadores lograram posteriormente dignidade constitucional.”**

Então, definições consolidadas na legislação e pacificadas pela doutrina, como se pode verificar no presente neste caso, teriam a força de fornecer os liames necessários no processo de interpretação da norma constitucional.

Por outro lado, Canotilho alerta para os problemas de tal metodologia, para que não se verifique que leis infraconstitucionais inconstitucionais tenham o poder de transmutar o sentido e a pretensão constitucional.

Necessário ressaltar que as leis devem dar concretude à Constituição, nunca para estabelecer limites ou, ainda, serem utilizadas como camisa de força, mas para fornecer as ferramentas já consolidadas pelos anos na tradição jurídica.

Julgado do Supremo Tribunal Federal utilizou de tal sistemática para encontrar a solução do caso concreto:

---

<sup>18</sup> obra. Cit. p. 1233/1234.

“Processo penal — Interrogatório — Assistência técnica. A exigência de defesa técnica para observância do devido processo legal impõe a presença do profissional da advocacia na audiência de interrogatório do acusado. Não bastasse o disposto no artigo 261 do Código de Processo Penal, a lei 10.792/2003 explicitou a formalidade de cunho nitidamente constitucional - Artigo 5º, inciso LV, da Carta Federal.” (RE 459.131, Rel. Min. Marco Aurelio, julgamento em 12-8-08, DJE de 12-9-08)

Neste julgamento o Ministro Marco Aurélio assim manifestou:

“Princípio básico revela que ninguém pode ser processado sem a assistência técnica. Ora, o interrogatório é fase do próprio processo. Cumpre, então, ter presente a imposição constitucional – artigo 5º, inciso LV -, como também a legal – artigo 261 do Código de Processo Penal. Nem se diga que a exigência de estar presente profissional de advocacia somente veio à baila com a edição da Lei nº 10.792/2003, que alterou a explicitação de algo que já decorria do próprio sistema legal.”

No referido julgado apontou que sem a presença de advogado no interrogatório, vicia todo o procedimento, que na fase policial, é eminentemente administrativo.

Estabelece o Estatuto dos Advogados a abrangência da atividade do advogado:

“Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de habeas corpus em qualquer instância ou tribunal.

§ 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados.

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.”

Ora, então somente o advogado pode lançar entendimentos sobre questões jurídicas, posto que somente o advogado possui habilitação legal para a execução de tal labor. A realização da defesa em processo disciplinar administrativo só pode ser aceita com a presença de um advogado, posto que a defesa, que deve ser ampla, tem como corolário o fato de que na sua formulação as questões fáticas decorrem da subsunção ou não às normas vigentes.

Não é possível que o leigo, mesmo que letrado, possa realizar a defesa em favor de servidor no processo disciplinar administrativo, mormente em face do impedimento normatizado do exercício ilegal da profissão, e, ainda, sem as prerrogativas inerentes ao exercício desse verdadeiro “múnus público”.

Assim, ampla defesa é aquela que formulada por advogado devidamente habilitado que possa utilizar todos os meios e recursos previamente fixados em lei para que a final se encontre a pertinente Justiça aplicável ao fato em discussão.

#### 3.2.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Um dos princípios fundamentais do processo administrativo é o da publicidade, posto que no Estado Democrático de Direito não se admite que administração possa realizar atos secretos na gestão da coisa pública.

A Constituição Federal em seu preâmbulo estabelece que o Estatuto Máximo deve assegurar a liberdade, a segurança, a igualdade e a justiça, e, em seu artigo 1º, garante que todo o poder emana do povo.

O Princípio da Publicidade se configura na obrigatoriedade de que na atuação da administração pública todas as informações devam ser franqueadas a toda a coletividade, para que, em nome da segurança jurídica, não haja surpresa para o cidadão, impondo, portanto, a ampla divulgação dos atos administrativos, o que permitirá a realização de um controle direto da administração pública.

Expressamente, o art. 37 da Constituição determina que a administração pública obedecerá ao princípio da publicidade, não podendo haver, segundo as palavras de Bandeira de Mello, “ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.”<sup>19</sup>

### 3.2.5 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

Todo ato administrativo deve ser consequência de certa formalidade previamente fixada em lei, sendo pressuposto de sua existência, sendo que sem motivação não há o devido processo legal.

Motivar um ato administrativo significa que na sua expedição há a obrigatoriedade de mencionar o dispositivo legal aplicável ao caso concreto, relacionar os fatos que concretamente levaram à aplicação daquele dispositivo legal, as partes envolvidas e a relação dialética entre a hipótese e o fato.

A motivação atende às duas faces do “due process of law”, a primeira em decorrência da oficialidade dos atos administrativos, ou seja, sob o aspecto formal, e a segunda, sob o aspecto substancial, posto que só será possível aquilatar a legalidade ou ilegalidade, a justiça ou a injustiça, mediante a análise de uma decisão administrativa devidamente fundamentada.

---

<sup>19</sup> Ob. cit. pág. 114.

#### 4. A SÚMULA VINCULANTE Nº 5 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal expediu um entendimento, na categoria de “Súmula Vinculante” no sentido de que *“falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”*.

Tal Súmula foi erigida em face da existência da Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça, que, expressamente, afirmava em sentido contrário, com a seguinte redação:

*“É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.”*

Os fundamentos do Supremo Tribunal Federal para dar sustentação ao entendimento sumulado, mormente na forma vinculante, com toda a sua força irradiante para toda a sociedade, foram no seguinte sentido:

1. Uma vez garantido o direito à informação, à manifestação, à consideração dos argumentos, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, sendo que a disposição do artigo 133 da Constituição Federal não é absoluta; (Ministro Gilmar Mendes)
2. O próprio servidor pode realizar a sua defesa; (Ministro Menezes Direito)
3. O direito a apresentar defesa é uma faculdade que deve ser colocada à disposição do acusado para que não haja nulidade; (Ministro Ricardo Lewandowski)
4. O termo “Justiça” inserido no artigo 133 da Constituição Federal tem relação única e exclusivamente com a função Jurisdicional, e a obrigatoriedade de realização de defesa por advogado implicaria em mais do que ampla defesa, sim em amplíssima defesa, uma defesa transbordante; (Ministro Carlos Britto)
5. A diferenciação com o processo penal é que neste está em jogo direito indisponível; (Ministro Cezar Peluso)
6. Uma vez garantido que o servidor possa ser defendido por dativo, sem ser advogado, do mesmo nível do servidor, está garantida a ampla defesa; (Ministra Ellen Gracie)
7. O procurador não precisa ser, necessariamente, advogado, para não haver reserva de mercado para a Advocacia, podendo a defesa ser exercida por um terceiro que possua habilidade suficiente; (Ministro Marco Aurélio)

São essas as argumentações proferidas no julgado RE434.059 que deu azo à súmula vinculante nº 5.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, no MS 10.837 exarou a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DEFESA TÉCNICA CONSTITUÍDA APENAS NA FASE FINAL DO PROCEDIMENTO. INSTRUÇÃO REALIZADA SEM A PRESENÇA DO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INOBSERVADOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.

1. Apesar de não haver qualquer disposição legal que determine a nomeação de defensor dativo para o acompanhamento das oitivas de testemunhas e demais diligências, no caso de o acusado não comparecer aos respectivos atos, tampouco seu advogado constituído – como existe no âmbito do processo penal –, não se pode vislumbrar a formação de uma relação jurídica válida sem a presença, ainda que meramente potencial, da defesa técnica.

2. A constituição de advogado ou de defensor dativo é, também no âmbito do processo disciplinar, elementar à essência da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

3. O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunização ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Precedentes.

4. Mandado de segurança concedido para declarar a nulidade do processo administrativo desde o início da fase instrutória e, por consequência, da penalidade aplicada.”

Nesse Mandado de Segurança que suscitou a edição da súmula 343, foram expostos os seguintes argumentos:

1. O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a **oportunização** ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva **constituição** de defensor durante todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental; (Ministra Laurita Vaz)
2. Em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, é indispensável a presença de advogado ou de defensor dativo inclusive na fase instrutória em processo administrativo disciplinar. Esse posicionamento decorre

da circunstância de que é exatamente na fase probatória que se colhem os elementos que servirão de suporte para a futura aplicação da penalidade administrativa. A Constituição Federal de 1988 equiparou os processos administrativos aos processos judiciais, como se observa na clara redação do art. 5º, LV. Por conseguinte, não há diferença entre funcionário e réu. As mesmas garantias que tem o réu no processo penal, tem o funcionário no processo disciplinar; (Ministro Arnaldo Esteves Lima)

Na dialética das argumentações dos Tribunais, verifica-se que há uma distinção sobre os limites do artigo 133 da Constituição Federal, bem como o que seria ampla defesa na análise desta questão.

A ampla defesa já foi anteriormente enfrentada, onde se concluiu que: a) somente o advogado pode lançar entendimentos sobre questões jurídicas, posto que somente o advogado possui habilitação legal para a execução de tal labor; b) a realização da defesa em processo disciplinar administrativo só pode ser aceita com a presença de um advogado, posto que a defesa, que deve ser ampla, tem como corolário o fato de que na sua formulação as questões fáticas decorrem da subsunção ou não às normas vigentes; c) Não é possível que o leigo, mesmo que letrado, possa realizar a defesa em favor de servidor no processo disciplinar administrativo, mormente em face do impedimento normatizado do exercício ilegal da profissão; d) ampla defesa é aquela que formulada por advogado devidamente habilitado que possa utilizar todos os meios e recursos previamente fixados em lei para que a final se encontre a pertinente Justiça aplicável ao fato em discussão.

O inciso LV do artigo 5º da Constituição federal bastaria para induzir a conclusão da indispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar. Não é crível que uma defesa seja considerada ampla sem a necessária participação de um advogado.

Uma última questão relevante é se a indispensabilidade criada pelo artigo 133 da Constituição Federal teria somente alcance no processo judicial, em face de sua redação.

O referido artigo enuncia que o advogado é indispensável à administração da Justiça. Ora, qual o conceito e a dimensão pretendida pela Constituição quando circunscreve a palavra Justiça?

O Ministro Carlos Britto afirma que Justiça é utilizada nesse artigo referido no âmbito estritamente jurisdicional.

Mas qual é o conceito de Justiça plenamente aceito em um país jus positivista como nosso?

Justiça é a qualidade do que está em conformidade com o que é direito, como afirma Alf Ross:

“... a idéia de justiça se resolve na exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação de uma regra geral: A justiça é a aplicação correta de uma norma, como coisa oposta à arbitrariedade”<sup>20</sup>

Nesta acepção, a Justiça não se faz somente na decisão proferida pelo poder Judiciário, em face da amplitude jurídica de sua concepção, abarca, também, as decisões proferidas em várias instancias administrativas para a aplicação da norma positivada.

A própria Constituição Federal em seu artigo 170 utiliza o termo Justiça precedente do termo Social, demonstrando que a “justiça” sob a ótica constitucional tem uma abrangência maior daquela limitação imposta pelo Ministro Carlos Brito.

Não bastasse tal interpretação, o artigo 133 supra mencionado esta justaposto no Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, denominado “Das Funções Essenciais da Justiça”.

Ora, em diversas passagens desse capítulo constitucional, quando se apresenta as funções do Ministério Público e da Advocacia Pública, estão inseridos uma série de atribuições que não são realizadas perante o Poder Judiciário, mas no âmbito administrativo, como o inquérito civil, notificação em procedimentos administrativos, controle externo da atividade policial, inquérito policial, consultoria jurídica, por exemplo.

Para finalizar, Justiça na acepção filosófica de Platão constitui em dar a cada um aquilo que lhe é próprio, ou aquilo que lhe pertence, partindo da predisposição de que todos têm algumas habilidades e direitos e esses direitos pertencentes a estas pessoas e devem ser preservados.

Então, a justiça inserida no artigo 133 da Constituição não é somente àquela praticada pelo poder Judiciário, mas “Justiça”, na acepção constitucional, é a concessão do direito a quem lhe pertence.

---

<sup>20</sup> ROSS, Alf. Direito e justiça. EDIPRO. 1ª reimpressão. 2003. Bauru. Pág. 326.

## 5. CONCLUSÃO

O conhecimento mais puro e é a fonte de toda a verdade, e para a formação de um estado Justo é necessário que todos os cidadãos sejam justos, consigo e com os outros. Assim, a interpretação jurídica, na procura do justo, inapelavelmente agregada à Segurança Jurídica, não deve partir de objetivos pragmáticos ou econômicos, mas deve agir dentro da sistemática jurídica, que garante a todos algum grau de previsibilidade na vida.

Assim, segurança jurídica é a garantia da presença de um defensor devidamente habilitado ao servidor acusado, para que seja possível proteger uma gama de direitos fundamentais, como a vida, liberdade, segurança jurídica, liberdade, igualdade, e no nosso campo de pesquisa, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório.

Somente o advogado pode exercer, em nome do servidor processado, a ampla defesa, posto que é ele que tem condições técnicas necessárias à execução com a habilidade que decorre de sua formação profissional.

## 6. BIBLIOGRAFIA

ARENDR, Hannah. A Condição Humana. 10ª edição, Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004.

CAMBI, Eduardo e CAMBI, Gustavo S. Revista de Processo 131. Revista dos Tribunais.

CANOTILHO, J.J.Gomes.

Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra. Portugal. Almedina. 1993. 6ª edição revista.

Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra. Portugal. Almedina. 2003.

HUME, David. Investigação Sobre o Entendimento Humano e Sobre os Princípios da Moral – UNESP, 2004.

MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. 2ª edição. Revista dos Tribunais. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª edição. 2ª Tiragem. Malheiros Editores. 2008.

NERY Junior, Nelson e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. 2ª edição. 2009. Revista dos Tribunais.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo. Saraiva. 1999.

ROSS, Alf. Direito e justiça. EDIPRO. Bauru. 2003.

## O Protesto extrajudicial da Dívida Ativa

### 1. Sobre a viabilidade jurídica e econômica

A obediência às leis e aos contratos, bem assim a existência de mecanismos ágeis que levem ao cumprimento das obrigações é ingrediente necessário à modernização do Brasil. Observa-se a necessidade de instrumentos adicionais à tutela do Poder Judiciário para solucionar os conflitos. Um deles, por exemplo, é a arbitragem.

Outro é o protesto extrajudicial que pode estar a disposição não só das empresas privadas mas também dos entes públicos. Pois a arrecadação tributária é essencial para a consecução das obrigações sociais constitucionalmente estabelecidas, e também como forma de cumprir as exigências impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101/2000.

A viabilidade jurídica de se levar a protesto débitos tributários e não tributários inscritos em Dívida Ativa encontra guarida no artigo 1º da Lei 9.492/97, o qual ampliou as hipóteses de títulos hábeis para protesto, entre eles a Certidão de Dívida Ativa (CDA). Vejamos.

*Art. 1º. Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.*

O protesto extrajudicial das Certidões de Dívida Ativa (CDA's) referentes a débitos tributários e não tributários encontra respaldo legal, no âmbito da Municipalidade de São Paulo, no Decreto 50.512/09, art. 28, § 1º, o qual dispõe, *verbis*:

*Art. 28. O sujeito passivo será excluído do PPI, sem notificação prévia, na ocorrência de uma das seguintes hipóteses:*

*[...]*

*§ 1º. A exclusão do sujeito passivo do PPI implica a perda de todos os benefícios concedidos, acarretando a exigibilidade dos débitos originais, com os acréscimos legais previstos na legislação municipal à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores, descontados os valores pagos, e a imediata inscrição dos valores remanescentes na Dívida Ativa, ajuizamento ou prosseguimento da execução fiscal ou protesto extrajudicial, conforme o caso.*

*[...]*

A Certidão de Dívida Ativa é título executivo extrajudicial investido de certeza, liquidez e exigibilidade, prevista no inciso VII do artigo 585 do Código de Processo Civil e artigo 3º da Lei de Execuções Fiscais, n. 6.830/80. Vejamos:

*Art. 3º. A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.*

*Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.*

O protesto extrajudicial é, enfim, forma de se levar a conhecimento público que determinada pessoa, física ou jurídica, está inadimplente para com o Poder Público. Informação essa de suma importância para se decidir por entabular ou não um negócio jurídico pois esse conhecimento pode configurar - ou desmentir - a boa-fé.

Afora o amparo legal o protesto das CDA's vai ao encontro do Princípio da Eficiência pois é um mecanismo menos oneroso de cobrança e que possibilita o incremento da arrecadação, favorecendo assim a concretização das atividades-fim do poder público.

A eficiência do mecanismo dos protestos traz benefícios, também, ao Poder Judiciário, eis que reduz a litigiosidade que se impõe a essa esfera, já tão sobrecarregada de execuções fiscais. Se uma das bandeiras do Judiciário é reduzir a litigiosidade dos conflitos, temos que atualmente só o Município de São Paulo possui mais de dois milhões de execuções fiscais para cobrança judicial de débitos tributários e não tributários. Montante esse que poderá ser reduzido com o recurso do protesto extrajudicial.

A eficácia do protesto revela-se muito superior à alcançada no retorno dos créditos públicos cobrados através das execuções fiscais. Tome-se como exemplo os créditos do Instituto Nacional de Metrologia - Inmetro<sup>1</sup>, autarquia federal que levou seus créditos a protesto em 2007, o que obstruiu o acesso dos devedores a qualquer tipo de crédito, elevando sua arrecadação de 4 milhões de reais em 2004 para 23,5 milhões em 2008, com um retorno de 42%. Já o índice de recuperação da Fazenda Nacional, através das execuções fiscais, é de cerca de 2% ao ano.

Além disso, vale destacar aquilo que podemos chamar *efeitos positivos indiretos* do protesto: pode-se esperar uma significativa melhora na adimplência dos contribuintes ao se tornar público através da mídia que a Administração (Federal, Estadual, Municipal e Indireta) está levando a protesto os débitos inscritos em Dívida Ativa.

Essa assertiva é válida não apenas dos contribuintes cujos débitos foram objeto de protesto, mas também dos demais, pelo temor de vir a ser protestado. E não apenas aqueles cujos débitos já foram inscritos em Dívida Ativa, mas também daqueles que ainda não foram. Mesmo aqueles contribuintes que sequer devem à Municipalidade, sabendo desse novo expediente, terão reforçada sua convicção de não enveredar pelo caminho da inadimplência.

## **2. Sobre o posicionamento dos tribunais**

Observamos que a jurisprudência do TJSP ainda é vacilante com relação a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (enquanto título executivo), havendo tendência para a aceitação. Há Câmaras que aceitam tal procedimento (10<sup>a</sup>, 15<sup>a</sup> e 12<sup>a</sup> de direito privado), outras não (3<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup>). Vários julgados não são tirados por unanimidade, mas por maioria, seja pela aceitação, seja pela recusa.

Os argumentos dos magistrados que repudiam essa prática são:

---

<sup>1</sup> Jornal *Valor Econômico*, edição de 27 de janeiro de 2009.

**a]** Que levar a protesto títulos não cambiários seria um abusivo desvirtuamento do instituto do protesto cambiário e que o Poder Público já está munido de enormes poderes, a fim de exigir seus débitos (apelação cível 761.967-5/0-00, de Campinas).

**b]** Que seria desnecessário o protesto da CDA para execução da dívida, pois a presunção de liquidez e certeza do título inviabiliza o protesto, o qual destina-se fundamentalmente a provar a inadimplência. Citou duas jurisprudências pelo descabimento (apelação cível com revisão 714.681-5/6-00, de São Paulo).

**c]** Já há a Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80) que regulamenta a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa dos entes públicos.

Ademais, a Fazenda Pública não cobra título executivo extrajudicial emitido e não pago pelo devedor, mas sim título por ela própria emitido de forma unilateral e sem a manifestação de vontade do devedor. Consoante argumentação corrente a função do protesto seria caracterizar a impontualidade e o inadimplemento do devedor, constituindo-o em mora e tomando pública tal situação.

Como basta a ausência de recolhimento da exação tributária aos cofres públicos para constituir o contribuinte em mora seria dispensável a necessidade de protesto para este fim específico. Pelo que faltaria interesse ao ente público para protestar a Certidão de Dívida Ativa para satisfazer o crédito tributário que o título representa (agravo de instrumento 508.300-5/1-00, da comarca de São Paulo).

Os argumentos dos juízes que aceitam o protesto extrajudicial das Certidões da Dívida Ativa são, basicamente, os descritos nos julgados abaixo:

#### **I]** Julgado favorável ao protesto

*Tributário. Certidão da dívida ativa. Protesto.*

1. O protesto da certidão da dívida ativa não constitui requisito essencial e obrigatório para o ajuizamento da execução fiscal. No entanto, o fato de se entender desnecessário o protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública, não quer dizer que o mesmo seja ilegal.

2. É sabido que os devedores temem mais o protesto do título no Cartório do que o próprio ajuizamento da execução.

*Recurso improviso.*

*Voto vencido na Apelação Cível 761.967-5/0-00 de Campinas, já citada acima.*

#### **II]** Esse julgado foi especialmente favorável, contendo fortes argumentos

*Apelação. Ação Anulatória. IPTU. Protesto. Possibilidade de protesto. Inteligência do art. 1º da Lei 9.492/97, que amplia a competência dos cartórios para protestarem outros títulos de dívida que não sejam apenas cambiais.*

*Existência de Lei Municipal autorizando a Fazenda Pública a enviar a protesto certidões de dívida ativa. Lei Municipal n. 5.324/99. Competência do Município para regular os mecanismos extrajudiciais para satisfação do crédito.*

*Sentença reformada. Recurso provido.*

*Apelação Cível n. 610.125-5/1-00, da comarca de Araraquara.*

Consoante o aresto acima o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Por isso, para que o ato administrativo tenha validade torna-se imprescindível a existência de norma pois vige a máxima segundo a qual o administrador público somente pode (e deve) fazer o que a lei determina.

Assim, como existe tanto lei federal autorizando os cartórios a protestar certidão de dívida ativa (citou o art. 1º da Lei 9.492/97), quanto lei municipal autorizando a Fazenda Pública a enviar a protesto certidões de seus créditos tributários, lícito o protesto das CDA's da comarca de Araraquara.

E prosseguiu o magistrado:

[...]

*De sorte que, se por um lado existe lei federal que amplia o poder dos cartórios dando margem a protesto de documentos que não sejam apenas títulos cambiais, por outro, deve a Fazenda Pública Municipal estar devidamente autorizada por lei a fazer uso deste instrumento com o fim de receber seus créditos, e, para isso, conta o ente federativo municipal com o forte apoio do inciso II do art. 30 da CF, que lhe atribui competência para legislar de forma suplementar à legislação federal e estadual, no que couber.*

*Com efeito, inscrito o débito na forma do art. 202 do Código Tributário Nacional, nada impede que a Fazenda Pública utilize meios judiciais e extrajudiciais para obter a satisfação do seu crédito, podendo, para tanto, notificar o devedor, efetivar cobrança amigável, promover acordos extrajudiciais e até o protesto do título, **bastando que exista lei do ente federativo tributante para assim proceder.***

*No caso em tela, **verifica-se que a Municipalidade de Araraquara está autorizada pela Lei Municipal n. 5.314, de 05 de novembro de 1999, a apontar títulos para protesto, dispondo em seu artigo 2º, parágrafo único, que "as Instituições Financeiras, na qualidade de agentes contratadas do Município, ficam autorizadas a tomar as medidas cabíveis e legais para o recebimento dos créditos tributários, e inclusive, proceder o encaminhamento do débito fiscal para protesto extrajudicial".***

*Não há que se objetar, ainda, da falta de competência do ente municipal para legislar sobre o assunto, pois não existe nenhum dispositivo constitucional ou infraconstitucional que proíba o ente federativo, seja estadual ou municipal, de legislar sobre a forma extrajudicial de buscar o seu crédito.*

*É sabido que na esfera judicial a regra a ser seguida é a que consta da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80), mas, extrajudicialmente, não há dispositivo próprio, tendo o legislador constituinte deixado ao livre arbítrio do legislador infraconstitucional a regulamentação da matéria.*

*Também não poderia existir qualquer lei, seja estadual ou federal, que proibisse o Município de legislar sobre a forma extrajudicial que entende legítima para a satisfação do seu crédito, pois, para isso, como já destacado, tem competência para propor acordo com devedores, parcelar dívidas, conceder descontos, eximir o contribuinte devedor de pagamentos de multas ou eventuais acréscimos, enfim, tudo pode, desde que haja permissão de lei local.*

*Os incisos I e II do artigo 30 da Constituição Federal atribuem ao Município o direito de legislar sobre assuntos de interesse local, bem como instituir e arrecadar tributos de sua competência, não havendo nada que impeça o uso de mecanismos extrajudiciais para arrecadação de valores devidos e não pagos.*

**Sobre isso a Corregedoria Geral esclareceu, em parecer exarado no processo CGJ n. 1.522/99, que a certidão de dívida ativa referente a tributos municipais pode ser objeto de protesto, desde que autorizado por norma local.**

O ex-Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Luiz Elias Tâmbara, em outubro de 2005, suspendeu liminar a pedido da Procuradoria Geral da Justiça do Estado, que impedia o protesto de certidões de dívidas ativas não pagas à Fazenda Estadual. Sustentou o eminente Desembargador a existência de plausibilidade na tese sustentada pela Fazenda Pública, especialmente porque este ato visa estimular o pagamento, proporcionando "maior arrecadação tributária" e, ao mesmo tempo, evitar a propositura de execução fiscal (processo n. 126.917.0/4-00).

A liminar concedida foi objeto de agravo regimental, ao qual foi negado provimento em plenária do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ocorrida no dia 22 de março de 2006.

**De forma que o uso de meios extrajudiciais para que o Município obtenha a satisfação do seu crédito encontra-se em simetria com o moderno processo administrativo, que tem autorizado, com certos limites, o uso de meios céleres para a perseguição de valores diversos antes mesmo do ajuizamento de ação, bem como o uso de mecanismos que garantam maior segurança à Fazenda Pública, tais como o arrolamento de bens previsto na Lei n. 10.522/2002, a quebra do sigilo bancário autorizada pela Lei Complementar 105/01, além de outros procedimentos admitidos quando do processo fiscal.**

Senão por isso, recentemente foi promulgada a Lei n. 11.232/05, que objetiva dar maior celeridade às execuções, sendo certo, ainda, **que a lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar n. 101/01) dispôs no art. 11 que constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a efetiva arrecadação de todos os tributos de competência do ente da Federação, devendo, com isto, o gestor da coisa pública utilizar mecanismos não só para lançar o tributo, que é ato vinculado, mas também para exigir o seu pagamento.**

Com efeito, a possibilidade de protesto da certidão de dívida ativa da Fazenda Pública, se por um lado é uma medida legal, por outro **não deixa de contribuir para o princípio da economia processual, pois não raro diversas execuções de valor antieconômico são ajuizadas, acabando por abarrotar o Judiciário de processos, cujo gasto para a execução acaba sendo maior do que o próprio débito perseguido, mas que deve o Judiciário absorver a demanda quando proposta, em cumprimento ao princípio do devido processo legal, e, ademais, não se pode proibir que a Fazenda Pública utilize outros meios que visam acelerar o recebimento de seu crédito.**

Há, ainda, informação que a medida tem surtido efeitos concretos, pois a Fazenda Pública estadual promoveu o protesto de algumas certidões de dívida ativa, **tendo recuperado, com isso, cerca de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), ou seja, 36% dos contribuintes protestados pagaram ou parcelaram seus débitos, havendo ainda informação que igual medida foi adotada com sucesso no Município de Campinas.**

Por derradeiro, é de se observar que não há qualquer vilipêndio ao direito do cidadão, de sua intimidade, vida privada e honra, com o envio de seu nome ao cartório de protesto, quando verificada a existência de débito, pois, tal medida, antes de ser contra o contribuinte, que não cumpre seu compromisso com a Fazenda Pública, é a favor da sociedade.

[...]

Negritos por nossa conta.

**III]** Apelação cível com revisão n. 438.735-5/1-00, da comarca de Araquara. Negrito nosso. Aresto semelhante ao n. 2, mas válido para o Depto. Judicial

*Apelação cível. Ação Anulatória. Nulidade de multas e sustação de protesto.*

1) *Queimada de mato no terreno. Imposição de três multas, por tratar-se de três lotes, com matrículas distintas. Trata-se de um único fato ilícito, devendo, por isso, ser imposta apenas uma penalidade. Sentença mantida nesse aspecto.*

2) *Sustação de protesto. CDA. Possibilidade de protesto. Inteligência do art. 1º, da Lei 9.492/97, que amplia a competência dos cartórios para protestarem outros títulos de dívida que não sejam apenas cambiais. **Existência de Lei Municipal autorizando a Fazenda Pública a enviar a protesto certidões de dívida ativa.***

*Sentença parcialmente reformada, apenas quanto ao protesto. Recurso parcialmente provido.*

**IV]** Por fim, pelo cabimento da cobrança dos honorários advocatícios no protesto do título:

*Ementa*

*Falência. Protesto especial. Sentença. Parcela correspondente aos honorários de advogado. Oferecimento de certidão, acompanhada da planilha de cálculo. Admissibilidade. Legitimidade para o apontamento.*

*R.Especial 153026/RS (1997/0076318-8); Relator Ministro Barros Monteiro; Órgão Julgador 4ª Turma; Data do Julgamento: 26/11/2002.*

### **3. Sobre o Parecer Normativo 76/05 da Corregedoria Geral do TJSP e sobre o Provimento 31/09 da Corregedoria do TJRJ**

A Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo emitiu o Parecer Normativo n. 76/2005-E (publicado na p. 3 do Diário da Justiça do Estado (DJE) de 02/06/2005) cujo teor é:

*Ementa*

*Protesto de títulos e outros documentos de dívida. Alcance desta terminologia. Inteligência da Lei n. 9492/1997 à luz do hodierno ordenamento jurídico. Possibilidade de protesto dos títulos executivos judiciais e extrajudiciais. Atributos de liquidez, certeza e exigibilidade. Caráter normativo. Inclusão do contrato de locação de veículo desde que ajustado ao inciso II do artigo 585 do Código de Processo Civil.*

Ora, o artigo 585 do Código de Processo Civil arrola a CDA como título executivo extrajudicial, pelo que poderia ser incluída na norma retro. Vejamos:

**Art. 585.** São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. [...]

Pelo que por analogia podemos supor a tendência de aceitação do protesto da Dívida Ativa pela corte paulista.

Por outro lado, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro exarou recentemente o Provimento CGJ n. 31/2009 (anexo, doc. 2) em que, com cativante arrazoado, admitiu e regulamentou o protesto extrajudicial das Certidões de Dívida Ativa.

Em seguida esse Tribunal (TJRJ) encaminhou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ, <http://www.cnj.jus.br/>) o ofício CGJ/GAB 584/2009 solicitando regulamentar o protesto extrajudicial das CDA's.

Esse *Pedido de Providências* recebeu o número 2009.10.00.004537-6 sendo relatora a conselheira Morgana de Almeida Richa e ao final julgado procedente no sentido da possibilidade dos tribunais regionais regulamentarem esse procedimento.

Na 102ª sessão plenária do CNJ, realizada no dia 06 de abril de 2010, ficou decidido por oito votos a seis que os Tribunais de Justiça deverão editar ato normativo que regulamente a possibilidade de protesto extrajudicial de Certidão de Dívida Ativa por parte da Fazenda Pública.

O Poder Executivo do estado de São Paulo editou a Lei 12.677/07, que prevê o protesto extrajudicial das Certidões da Dívida Ativa. Também a Lei Estadual 11.331/02 prevê o protesto das CDA's na nota explicativa n. 7 à Tabela IV anexa à Lei.

Também como demonstração de uma tendência, outros estados já tomaram esse mesmo caminho: Rio de Janeiro (Lei n. 5.351/08); Pernambuco (Lei Complementar 74/05); Rio Grande do Norte (Lei 8.612/04); Piauí (Lei 5.533/05); Ceará (13.376/03) e Bahia (Lei 9.159/04).

Todos esses fatos nos dá a certeza de que é uma tendência inexorável a adoção do protesto extrajudicial da Dívida Ativa como procedimento regular dos entes públicos, federais, estaduais e municipais, tanto na Administração Direta como na Indireta, enquanto legítimo mecanismo de arrecadação, e mais eficaz, rápido e barato que o caminho ordinário da cobrança judicial, via processo de execução fiscal.

São Paulo, segunda-feira, 24 de abril de 2017.

---

Edgard Padula    Procurador do Município  
RF 731.259.8.00    Fisc.12 OAB/SP 206.141

## **SERVICO PÚBLICO MUNICIPAL:**

### **Temas controversos envolvendo a incidência do Código de Defesa do Consumidor**

**Fabício Bolzan<sup>1</sup>**  
**Cássia Hoshino<sup>2</sup>**

#### **1 - Introdução.**

O tema Serviço Público Municipal é de grande importância no contexto do novo modelo de Administração Pública, em boa parte descentralizada, após a reforma administrativa do Estado. Este, em razão da insuficiência de recursos, assume o papel de orientador, deixando até para os particulares a função de executar certas atividades estatais.

Em razão da vastidão dos serviços cuja titularidade pertence aos Municípios, faremos um corte metodológico para enfrentarmos as principais controvérsias envolvendo os **serviços de saneamento básico e de transporte coletivo**, no que tange à incidência do Código de Defesa do Consumidor.

De fato, enfrentaremos questões polêmicas, dentre as quais: o serviço público é ou não objeto de relação de consumo? Incide ou não o Código de Defesa do Consumidor? O conceito de consumidor é ou não sinônimo de usuário? Há a necessidade de lei regulamentadora dos direitos dos usuários do serviço público ou o CDC é suficiente? É possível interromper serviço público essencial? A interrupção deste serviço viola o princípio da continuidade? Qual o posicionamento da jurisprudência pátria sobre o assunto? Qual natureza da contraprestação pecuniária dos serviços de saneamento básico à luz da legislação e da jurisprudência pátrias? Quais as consequências do enquadramento dessa contraprestação nas modalidades taxa ou tarifa? É possível o terceiro não usuário do serviço de transporte coletivo invocar a responsabilidade objetiva em face do concessionário?

Com efeito, o propósito deste trabalho é de tentar trazer respostas aos questionamentos levantados à luz do Direito Administrativo e do Direito do Consumidor, conformando as duas disciplinas e tendo por enfoque principal os **serviços municipais citados**.

A última observação introdutória a esse artigo consiste em aclarar nossa proposta de enfrentarmos temas polêmicos nesse contexto de Estado pós reforma, deixando de lado as críticas ufanistas para, de forma lúcida, trazer soluções aos beneficiários do serviço público, muitas vezes ineficiente, enquadrando-os na relação jurídica de consumo como a única forma eficaz de proteger o vulnerável dessa relação.

#### **2 - Aproximações e distinções entre as noções de consumidor e usuário do serviço público**

---

<sup>1</sup> Advogado, Especialista em Direito do Consumidor – ESA/SP, Especialista em Direito Administrativo PUC/SP e Professor da Rede de Ensino LFG

<sup>2</sup> Procuradora Federal e Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP

Muitos foram os administrativistas e consumeristas que estudaram as semelhanças e distinções entre os conceitos de usuário do serviço público e de consumidor. Constatamos em nossas pesquisas que a maior parte dos estudiosos do Direito Público tem uma tendência para ressaltar as diferenças entre os institutos, enquanto os doutrinadores especializados no Direito Privado possuem, em sua maioria, mais capacidade de enxergar a existência de pontos comuns. Na qualidade de entusiasta em ambas disciplinas – direito administrativo e direito do consumidor – tentaremos passar um posicionamento imparcial e à luz das principais repercussões que envolvem esses ramos do direito. Mas, antes, passemos ao entendimento de alguns doutrinadores sobre a matéria.

Antônio Carlos Cintra do Amaral, no artigo “Distinção entre Usuário do Serviço Público e Consumidor”, encontra semelhanças entre as definições de usuário do serviço público e de consumidor apenas no aspecto econômico, “*in verbis*”:

(...) parece-me que se está incorrendo em um equívoco generalizado quando se afirma que o usuário de serviço público é um consumidor. Considerar-se o usuário como consumidor do serviço público a ele prestado pela concessionária talvez seja possível sob a ótica econômica. Mas sob a ótica jurídica o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações distintas. Uma coisa é a relação jurídica de serviço público. Outra, a de consumo. (...) <sup>3</sup>

Outro argumento utilizado pelo autor para fundamentar a diferença existente é que a Constituição Federal ao tratar dos dois institutos valeu-se de dispositivos diferentes: (i) a proteção ao usuário do serviço público está prevista no artigo 175, parágrafo único, inciso II; (ii) a defesa do consumidor nos artigos 5º, XXXII e 170, V. Ademais, continua Cintra do Amaral, teria o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 determinado ao Congresso Nacional a elaboração de lei de defesa do usuário de serviços públicos, fato que demonstra o reconhecimento implícito de que a defesa deste usuário é juridicamente diversa da defesa do consumidor, já regulada pela Lei nº 8.078/90<sup>4</sup>.

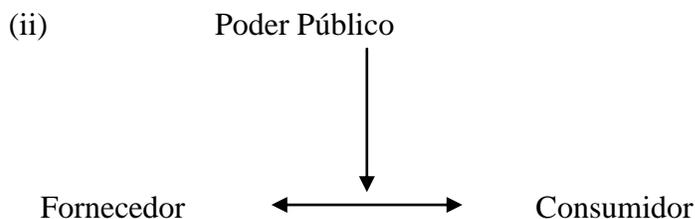
Diante dessa distinção, fundamenta o citado administrativista pela impossibilidade da incidência do Diploma Consumerista ao serviço público em dois gráficos: o primeiro destacando a visão do Poder Concedente diante da prestação do serviço público e o segundo demonstrando como estaria posicionado o Poder Público à luz da relação jurídica de consumo:

(i) Poder Concedente	Concessionária	Usuário
----------------------	----------------	---------

---

<sup>3</sup> CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Distinção entre Usuário do Serviço Público e Consumidor*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006, p. 02. Acesso em 31/03/2010. Disponível na Internet em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-CARLOS%20CINTRA.pdf>

<sup>4</sup> Ibidem. p. 04. Acesso em 31/03/2010. Disponível na Internet em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-CARLOS%20CINTRA.pdf>



Na situação inicialmente apresentada, conclui Cintra do Amaral que a concessionária é obrigada a prestar o serviço cujo exercício lhe foi atribuído, mas o poder concedente continua com o dever constitucional de prestá-lo, embora escolha a opção de fazê-lo indiretamente sob regime de concessão ou permissão, como lhe é autorizado pelo art. 175 da Constituição. O inadimplemento pela concessionária gera sua responsabilidade perante o usuário, mas também é responsável, solidariamente, o poder concedente na medida em que mantém a titularidade do serviço concedido.

No segundo gráfico, entende o autor que o fornecedor é a pessoa obrigada a prestar o serviço ao consumidor, cabendo ao Poder Público apenas o dever de regular a relação contratual entre eles, protegendo a parte considerada mais fraca. Dessa forma, o inadimplemento por parte do fornecedor gera sua responsabilidade perante o consumidor, não respondendo o Poder Público pelo cumprimento das obrigações nas relações de consumo<sup>5</sup>.

Com a devida vênia, por mais que existam particularidades no conceito de usuário de serviço público, fundadas basicamente na natureza do regime jurídico que alberga essa prestação – o de direito público – entendemos não existirem óbices no seu enquadramento no conceito de consumidor, principalmente, quando figurar na posição de destinatário final de um serviço público remunerado por tarifa, conforme pontuado anteriormente.

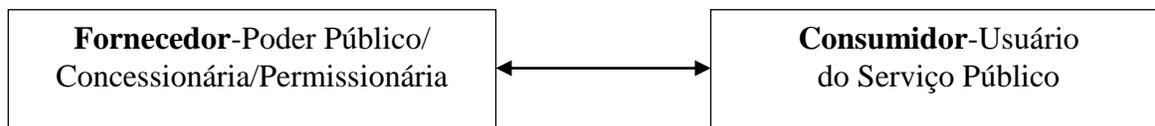
Ademais, Antônio Carlos Cintra do Amaral chegou a essa conclusão porque partiu da premissa de que o Poder Público ou seus delegados jamais poderiam figurar na condição de fornecedores da relação de consumo. Entretanto, concluir desta forma significa ignorar as previsões expressas sobre o tema no CDC. E, desconsiderar as previsões da Lei nº 8.078/90, consiste em renunciar a um direito constitucional fundamental (artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição da República).

Nesse contexto, defendemos em outra oportunidade que nos termos da legislação vigente em nosso ordenamento jurídico é perfeitamente possível o seguinte gráfico<sup>6</sup>:

---

<sup>5</sup> CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Distinção entre Usuário do Serviço Público e Consumidor*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006, p. 03. Acesso em 31/03/2010. Disponível na Internet em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-6-MAIO-2006-CARLOS%20CINTRA.pdf>

<sup>6</sup> BOLZAN, Fabrício. *Serviço público e a incidência do Código de Defesa do Consumidor*. Marinela, Fernanda; Bolzan, Fabrício (orgs.). *Leituras complementares de direito administrativo: advocacia pública*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 239.



Com efeito, posicionando-se também pela impossibilidade de aplicação da legislação consumerista à prestação dos serviços públicos, encontramos os ensinamentos de Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini:

Quando o prestador do serviço ingressa no mercado, sua finalidade é a obtenção do lucro, através do serviço, cuja remuneração dará a exata medida desse lucro. Ao prestar o serviço, seja de forma direta, seja indireta, o Estado, no exercício de sua competência, colima atender a determinada necessidade coletiva; o lucro é um componente relevante para o concessionário, para a garantia do equilíbrio de seu contrato, mas não o é para o Estado.

O Estado pode ser equiparado a fornecedor, muito embora com ele não se identifique, tão-somente para fins de responsabilização; a relação jurídica, contudo, instituída com a prestação do serviço não se reveste das características e da natureza de uma relação de consumo.<sup>7</sup>

Realmente, quando o Estado presta um serviço público diretamente, seu objetivo não é o lucro, mas sim concretizar necessidades coletivas. Contudo, o mesmo raciocínio não poderá ser feito quando a prestação do serviço público é delegada a particular. Em nossa opinião, o lucro não consiste apenas num “componente relevante para o concessionário, para a garantia do equilíbrio de seu contrato”<sup>8</sup>, mas sim elemento a ser considerado no momento da formulação da proposta quando da participação na respectiva licitação. “*Data venia*”; pensar de modo diverso ou defender que não há lucro na prestação do serviço público, mas sim superávit, é interpretar o instituto com excesso de romantismo, incompatível com a nossa atual realidade.

Em consonância com nosso pensamento, Joana Paula Batista expõe que:

“não se pode esquecer que na prestação de serviços públicos por particulares, mediante concessão ou permissão, o elemento lucro é considerado no oferecimento da proposta e garantido ao longo do ajuste pela regra de intangibilidade da equação econômico-financeira inicialmente pactuada, nos termos do art. 37, XXI, da CF.

A tarifa que remunera o concessionário, portanto, é o resultado da soma de pelo menos dois elementos, quais sejam, o custo da atividade e a margem de efetivo ganho, o lucro.<sup>9</sup>”

Assim, fazendo um paralelo com as empresas estatais prestadoras de serviços públicos que devem aplicar na própria prestação do serviço o excedente alcançado, conclui Joana Paula Batista que “os concessionários, por sua vez, podem dispor livremente do lucro auferido na prestação do serviço público, inclusive na aplicação em investimentos totalmente estranhos

<sup>7</sup>SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 98.

<sup>8</sup>Ibidem. p. 98.

<sup>9</sup>BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.76.

à atividade que exercem.<sup>10</sup>”

Ademais, essa discussão foi atenuada pelo CDC quando tratou da definição de serviço objeto na relação de consumo, na medida em que exigiu como requisito para a sua caracterização apenas a remuneração (direta ou indireta), dispensando a obtenção de lucro.

Nessa linha de pesquisa, autor que muito bem estudou as semelhanças e distinções existentes entre os conceitos de consumidor e de usuário do serviço público foi Cesar A. Guimarães Pereira que ressalta a proximidade dos dois conceitos, na medida em que ambos são destinatários de prestações realizadas por outrem no âmbito de uma relação de conteúdo econômico de caráter massificado<sup>11</sup>. Destaca, ainda, que nos casos das prestações executadas por “concessionários de serviço público – e mediante uma contrapartida pecuniária (tarifa), a semelhança é tão intensa que a distinção se torna difícil.<sup>12</sup>” Entretanto, conclui o autor que as diferenças existem e sintetiza suas idéias acerca do cotejo entre usuário do serviço público e consumidor da seguinte forma:

- “(a) usuário, ao contrário do consumidor, não é necessariamente o destinatário final do serviço público;
- (b) o usuário, ao contrário do consumidor, não está necessariamente envolvido em uma prestação onerosa do serviço público;
- (c) o usuário, ao contrário do consumidor, detém direitos relativos à organização e à gestão do serviço público, delas podendo participar de modo ativo, independentemente até da efetiva fruição do serviço;
- (d) a vulnerabilidade, que integra o conceito jurídico de consumidor, não é característica essencial do usuário;
- (e) a vulnerabilidade, especialmente a técnica, está frequentemente (ou praticamente sempre) presente nas relações de serviço público e deve ser levada em conta na aplicação das normas de direito público, conduzindo ao reconhecimento do dever do prestador de, sendo o principal detentor das informações pertinentes, comprovar a regularidade de sua conduta em certos casos;
- (f) a relação de serviço público, por envolver o desempenho de função administrativa, é protegida pelo regime jurídico de direito público, que assegura deveres-poderes ao Poder Público e, se houver, ao delegatário da prestação do serviço (embora os *poderes de autoridade* estejam reservados ao Poder Público, atribuindo-se ao prestador privado apenas prerrogativas limitadas e compatíveis com a sua natureza);
- (g) o usuário não é um agente da economia de mercado porquanto o serviço público está, por definição, fora do mercado da economia privada (art. 173 da Constituição); o usuário está ligado a uma atividade econômica apenas em sentido amplo, uma vez que o serviço público submete-se ao regramento especial do art. 175 da Constituição;
- (h) o CDC contém disciplina específica para o serviço público em geral (arts. 22 e 59, §1º), cuja aplicação independe da parte remanescente do CDC e não pressupõe nem acarreta a caracterização de uma relação de consumo;

---

<sup>10</sup> Ibidem. p. 77.

<sup>11</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 134.

<sup>12</sup> Ibidem. p. 134.

(i) *o modo de pensar* consagrado no CDC é fundamental para a evolução nas relações administrativas atinentes ao serviço público, proporcionando novas perspectivas de interpretação e aplicação do regime de direito público em face da similaridade das situações de *consumidores e usuários*;

(j) a aplicação do CDC nos espaços de liberdade deixados pela regulação pública, especialmente nos serviços públicos prestados em regime competitivo (p. ex., alguns serviços de telecomunicações, transportes e operações portuárias), não transforma *usuário* em *consumidor*, pois mesmo nestes campos prevalece a disciplina de direito público em caso de conflito – o que reafirma a distinção original entre essas figuras.<sup>13</sup>

Em que pese a propriedade com que fundamentou cada um dos argumentos citados, permitimo-nos discordar de alguns pontos da posição em comento, levando em consideração o raciocínio já esposado nesse trabalho de que o conceito de usuário do serviço público pode sim enquadrar-se na definição de consumidor e de que o Diploma Consumerista incide sobre os serviços “*uti singuli*” remunerados por tarifas, desde que não haja conflito com o regime de direito público. Senão vejamos:

Entendemos inicialmente que o usuário pode ser destinatário final de um serviço público, situação corriqueira e facilmente constatada nos serviços de transporte coletivo, de energia elétrica, de telefonia, de saneamento básico, dentre outros, quer na condição de destinatário fático do produto – ao retirar o serviço do mercado de consumo – na visão da Teoria Maximalista, quer na qualidade de destinatário econômico, que utiliza o serviço público diretamente ou por meio de seus familiares, segundo posicionam-se os seguidores da Teoria Finalista.

Ademais, a Lei 8.078/90 considera consumidor por equiparação pessoas ou grupo de pessoas que não são destinatários finais de produtos ou serviços (no art. 2º, parágrafo único, a coletividade de pessoas que haja intervindo na relação de consumo; no art. 17, as vítimas do evento danoso; e, no art. 29, as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais abusivas). Desta forma, ser ou não destinatário final não é requisito imprescindível para a definição de consumidor, podendo, portanto, enquadrar-se em seu alcance a figura do usuário.

Igualmente, não nos convence a alegação de que o usuário não está necessariamente envolvido em uma prestação onerosa como critério que diferencie o consumidor. Conforme cediço, o serviço público é remunerado por tributos ou preços públicos, sendo que somente na última modalidade de remuneração citada - tarifa, em razão de seu caráter negocial, admite-se a incidência do CDC. Nesse sentido, cabe recordar que a remuneração exigida pela lei para caracterizar o serviço na relação de consumo pode ser a direta e a indireta. Assim, mesmo na hipótese de serviço de transporte coletivo “gratuito” para idosos, cabíveis as regras da Lei 8.078/90 ante a evidente remuneração indireta, “pelo preço pago por toda a coletividade e pelo benefício da manutenção da concessão pública daquele fornecedor de

---

<sup>13</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 202-203.

serviços.<sup>14</sup>»

Outrossim, ressalta-se que a vulnerabilidade (fragilidade) do consumidor pode ser configurada nos aspectos: (i) técnico (fornecedor é o detentor do monopólio dos meios de produção e das informações na prestação de um serviço); (ii) econômico (fornecedor, em regra, é a parte mais forte no quesito financeiro); (iii) jurídico/científico (consumidor, em regra, é a parte mais frágil na análise de questões jurídicas da contratação ou de qualquer outro ramo da ciência). Neste contexto, concordamos com a tese de que a vulnerabilidade não é uma característica essencial do usuário, mas subsiste nas relações de serviços públicos, especialmente na modalidade técnica, cabendo ao respectivo prestador o dever de comprovar a regularidade de sua conduta em certos casos. Tal posicionamento reforça nosso entendimento de que o usuário pode enquadrar-se perfeitamente no alcance do conceito de consumidor, mesmo porque a característica maior deste está presente, qual seja: a vulnerabilidade.

Com efeito, corroboramos com Cesar A. Guimarães Pereira ao levantar a questão do regime jurídico de direito público para fundamentar os direitos dos usuários relativos à organização e à gestão do serviço público, bem como os deveres-poderes assegurados ao Poder Público e aos seus delegatários quando da sua prestação. Mas dissentimos que tal regime seja capaz de obstar a incidência do CDC. Condicionar sim, impedir jamais. O condicionamento é inevitável em razão da natureza dessa comodidade, além da importância que representa para a coletividade. Portanto, em caso de conflito entre norma de direito administrativo e lei do consumidor, aquela prevalecerá. Como exemplo do prevalecimento do regime de direito público, citamos a responsabilidade *subsidiária* do Poder Concedente em face da responsabilidade *solidária* prevista no CDC (arts. 7º, parágrafo único e 25, §1º).

Sobre o tema, coadunamos com o pensamento de Sergio Cavalieri Filho de que as “entidades de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, *respondem em nome próprio, com o seu patrimônio*, e não o Estado por elas e nem com elas.<sup>15</sup>”, fazendo uma alusão à responsabilidade *subsidiária* do Poder Concedente. O autor fundamenta sua tese em três aspectos a seguir resumidos: (i) trata-se de objetivo da norma constitucional e, quem tem o ônus, deve suportar o ônus; (ii) as prestadoras de serviços públicos têm personalidade jurídica, patrimônios e capacidade próprios, atuam por sua conta e risco e, conseqüentemente, devem responder por suas obrigações; (iii) no caso, não há falar em responsabilidade *solidária*, pois a solidariedade decorre de lei ou de contrato, inexistindo norma legal capaz de fundamentar tal teoria. Ressalta ainda a existência da Lei 8.987/95 que, em seu artigo 25, dispõe exatamente o contrário, pois fixa a responsabilidade direta e pessoal da concessionária por todos os prejuízos causados ao Poder Concedente, aos usuários ou a terceiros. Conclui o autor que se poderia falar no máximo em responsabilidade subsidiária do Estado à luz do art. 242 da Lei das Sociedades por Ações<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 452.

<sup>15</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 267.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 267.

Constata-se com o exemplo que regra de Direito Público – responsabilidade *subsidiária* do Poder Concedente – prevalece sobre a regra de Direito Privado – responsabilidade *solidária* prevista no CDC. Nessa linha de raciocínio, não aceitamos as lições em sentido contrário de Gustavo Tepedino que, com base no Código do Consumidor, sustenta que a prestação dos serviços públicos atrai para tais hipóteses a solidariedade dos diversos entes públicos e privados que se apresentem como fornecedores dos respectivos serviços, prestados (direta ou indiretamente) pela atividade estatal<sup>17</sup>.

Também discordamos da posição já citada de Cesar Guimarães que entende formarem os artigos 22 e 59, §1º, da lei do consumidor uma sistematização estanque, independente e autônoma referente aos serviços públicos em relação às demais determinações constantes na Lei 8.078/90. Tal assertiva busca amparo no fato de o artigo 4º do referido diploma, ao tratar dos Princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, citar no inciso VII a racionalização e melhoria dos serviços públicos como sendo um de seus preceitos fundamentais. No mesmo sentido, o artigo 6º do CDC, ao disciplinar os direitos básicos dos consumidores, estabeleceu no inciso X a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. Também não poderíamos deixar de lembrar o disposto no artigo 3º, *caput*, do Diploma Consumerista, que ao definir fornecedor nas relações de consumo incluiu expressamente as pessoas jurídicas de direito público. Diante desse contexto, incabível a alegação de existência de um sistema independente dentro do CDC referente única e exclusivamente à prestação dos serviços públicos visto que eles também foram disciplinados por outras disposições gerais ligadas à relação jurídica de consumo.

Finalmente, concordamos que a filosofia consagrada na Lei 8.078/90 é fundamental para a evolução das relações administrativas atinentes ao serviço público, assim também com a necessidade da incidência de suas regras nas lacunas deixadas pela regulação pública. Nesse sentido, reiteramos o posicionamento de que nem o regramento especial previsto no artigo 175, da Constituição da República, nem as peculiaridades inerentes à definição de usuário do serviço público são suficientes para afastar a sua tipificação no conceito de consumidor.

Portanto, enquadrar o usuário na definição de consumidor, o Poder Público e seus agentes delegados no conceito de fornecedor, além de alguns serviços públicos como objeto da relação jurídica de consumo, é imprescindível para legitimar a incidência do CDC. Tal aplicação é de extrema importância hoje ante a ausência de legislação específica de defesa do usuário do serviço público, visto que o advento do regramento especial não será óbice absoluto da incidência da lei do consumidor, em razão da possibilidade de aplicação simultânea de ambos os diplomas, aplicando-se a Teoria do Diálogo das Fontes.

### **3 - Diferenças principais entre tarifas e taxas**

Assim, numa visão superficial sobre o tema, constatamos que se a Constituição define como fundamento jurídico da taxa o exercício das aludidas atividades estatais, trata-se de espécie tributária que não se confunde com o imposto (cujo fato gerador independe de

---

<sup>17</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 268 *apud* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Renovar, 1999. p. 197.

qualquer atividade estatal específica), nem com a contribuição de melhoria (que tem por fato gerador a valorização imobiliária em razão de obra pública).

Entretanto, como espécie do gênero tributo, não podemos esquecer que a taxa consiste numa prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º, do CTN).

Após a contextualização do tema, trabalharemos com as características essenciais da taxa para os fins desse trabalho:

#### I – Prestação Pecuniária:

A taxa traduz-se numa prestação pecuniária em moeda ou cujo valor nela possa se exprimir. Conforme ensinamentos de Guido Zanobini, o direito moderno aboliu a prestação de bens *in natura* para o Poder Público<sup>18</sup>. A assertiva é muito apropriada, pois quando o Estado quer adquirir coativamente um bem móvel ou imóvel, este vale-se da desapropriação, instituto diferente do tributo.

#### II – Prestação Compulsória:

Sobre esta característica traz-se à colação os ensinamentos de Bernardo Ribeiro de Moraes: A taxa, como tributo, é devida em razão da obrigação jurídica, instituída unilateralmente pelo Estado, como emanção da sua soberania. O poder tributante, dentro de sua competência tributária, unilateralmente, institui a taxa, obrigando a todos que estejam ligados à situação de fato prevista em lei<sup>19</sup>.

#### III – Instituída por Lei:

O princípio da legalidade deve nortear toda a atuação fiscal, quer no tocante à instituição do tributo, quer em relação à sua majoração. Nesse sentido, prevê a Constituição da República: Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

**I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (G.N.)**

#### IV – Cobrada mediante Atividade Administrativa Vinculada:

Isso significa dizer que a arrecadação tributária não se caracteriza como atividade discricionária, ou seja, não cabe ao administrador realizar um juízo de oportunidade e conveniência no tocante à cobrança da taxa. Assim, concretizado o fato gerador previsto em lei, a taxa deverá ser exigida.

#### V – Atividade Específica do Estado:

Conforme visto, a taxa difere do imposto, pois, enquanto este envolve um serviço geral, aquela tem por fato gerador um serviço específico - exercício do poder de polícia ou utilização efetiva ou potencial de um serviço público divisível – relacionado diretamente com a pessoa do contribuinte.

<sup>18</sup> ZANOBINI, Guido, *Curso de Direito Administrativo*, Milano, Giuffrè, 5ª ed., 1958, vol. 4, pág. 352.

<sup>19</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de, *Doutrina e Prática das Taxas*, São Paulo, Quartier Latin, 2ª ed., 2007, pág. 88.

Concluída a análise das principais características da taxa para as finalidades desta monografia, acrescentamos que tarifa significa tábua, catálogo ou pauta, ou seja, trata-se de uma lista em que se fixam quotas<sup>20</sup>. A tarifa é espécie de preço público, ou seja, tem natureza negocial, razão pela qual o vocábulo será utilizado como sinônimo de preço público, a despeito de existir doutrina autorizada que se vale da terminologia para conceituar o preço cobrado pelas empresas concessionárias e permissionárias dos serviços públicos.<sup>21</sup>

Outrossim, duas são as características essenciais do preço público – tarifa para os fins desse trabalho:

#### I – Ausência de Compulsoriedade:

Na instituição da tarifa, o Estado não se vale do seu poder de império, isto é, da soberania que possui em relação aos particulares. Muito pelo contrário. Na hipótese o Estado atua como o particular no objetivo de auferir receitas com a exploração de bens ou com a prestação de certos serviços públicos.

#### II – Natureza Negocial:

No preço público a obrigação de pagar tem natureza contratual, ficando seu adimplemento à vontade do interessado. Neste caso não há a imposição legal que existe na cobrança da taxa.

Sobre essas características, existe súmula do STF:

Enunciado da Súmula 545: PREÇOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E TAXAS NÃO SE CONFUNDEM, PORQUE ESTAS, DIFERENTEMENTE DAQUELES, SÃO COMPULSÓRIAS E TÊM SUA COBRANÇA CONDICIONADA À PRÉVIA AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA, EM RELAÇÃO À LEI QUE AS INSTITUIU.

Assim, a principal diferença entre taxa e tarifa decorre da voluntariedade presente nesta e ausente na espécie tributária. Sobre o tema, alguns questionamentos são levantados pela doutrina, como: a abrangência do conceito de voluntariedade; se, basta uma liberdade formal, existente no momento da formação do vínculo obrigacional ou se há necessidade de uma liberdade material, liberdade efetiva de fruir ou não fruir um serviço?

Nesse tocante, Fabiano Verli entende que:

continuamos apegados a conceitos formais de liberdade de escolha do usuário a respeito de serviços públicos fundamentais à própria dignidade humana. Tratando-se de atividades essenciais como os serviços públicos, é necessário um novo conceito de liberdade no Direito brasileiro. Conceito que seja adequado à efetivação dos princípios cardeais da Constituição Federal de 1988, pois ele se mostra cada vez mais necessário ao cidadão em face da modernização da economia e das relações do Estado com a sociedade<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> MORAES, Bernardo Ribeiro de, ob. cit. p. 126

<sup>21</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>22</sup> VERLI, Fabiano, *Taxas e preços públicos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 206/207.

O aludido autor demonstra a preocupação de que tão importante quanto a voluntariedade vista sob a ótica formal – liberdade para dizer sim ou não – é a pesquisa sobre as reais condições de fruição e de não fruição de qualquer serviço público ou prestação<sup>23</sup>.

Entretanto, em que pese a respeitável argumentação jurídica acima mencionada, prevalece em nossa jurisprudência (Súmula 545 do STF) que é suficiente para a configuração do preço público a livre vontade em sentido formal, ou seja, a liberdade necessária não é a absoluta, mas aquela de dizer sim ou não, ainda que esse não signifique a negativa na prestação do serviço público. Desta forma, se o usuário não paga a contraprestação pecuniária, não terá direito a usufruir do serviço remunerado por tarifa, por mais essencial que seja.

Outros doutrinadores entendiam que se não fosse oferecido um serviço alternativo ao usuário, caracterizada estava a compulsoriedade. Atualmente essa tese parece estar superada, mesmo porque a Lei nº 8.987/95 em seu artigo 9º, §1º, com redação dada pela Lei nº 9.648/98 estabelece que somente nos casos expressamente previstos em lei, a cobrança da tarifa poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

Sobre a divergência a respeito da natureza da contraprestação pecuniária do serviço público como critério para definir a incidência do CDC, Leonardo Roscoe Bessa sintetiza:

Não há portanto dúvida a respeito da possibilidade de incidência do CDC aos serviços públicos. As polêmicas dizem respeito à necessidade de a atividade ser remunerada diretamente (tarifa, preço público ou taxa) ou a suficiência de que a remuneração seja indireta e remota (impostos).

Existem, a respeito, três posições: 1) interpretação extensiva (todos os serviços públicos estão sujeitos ao CDC); 2) a prestação do serviço deve ser remunerada (art. 3º, §2º); 3) somente os serviços remunerados por tarifa ou preço público estariam sujeitos ao CDC: os serviços custeados por tributos não estariam sob a incidência do CDC, pois não há uma remuneração específica.

(...)

A conclusão, portanto, é que estão sujeitos ao CDC os serviços públicos cuja remuneração, independentemente de sua natureza, seja feita diretamente pelo consumidor<sup>24</sup>.

Entretanto, por mais que defendamos a incidência do CDC para o serviço público *uti singuli*, tal aplicação não recairá sobre todos os serviços individualizados, mas somente sobre aqueles cuja contraprestação pecuniária seja por meio de tarifa, quer em razão de se tratar de uma remuneração facultativa, quer em razão da natureza contratual onde impera a manifestação da vontade e a possibilidade da interrupção deste contrato a qualquer tempo

---

<sup>23</sup> Ibidem. p. 155.

<sup>24</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. pp. 171 e 173.

pelo consumidor-usuário. No mesmo sentido, REsp. nº 793422/RS, DJ 17/8/2006, relatado pela Ministra Eliana Calmon<sup>25</sup>.

## **4 – Princípio da Continuidade do Serviço Público**

### **4.1 – Visão geral sobre o tema**

Outro assunto que relaciona o Direito Administrativo ao Direito do Consumidor é o **princípio da continuidade do serviço público**.

O referido princípio traz direitos, garantias e consequências para aqueles que desempenham ou são beneficiários da atividade administrativa (exemplos: legitima a intervenção da Administração para utilizar equipamentos e instalações da empresa, visando assegurar a continuidade do serviço; com a mesma finalidade admite a encampação da concessão; restringe a aplicação da exceção do contrato não cumprido; condiciona o direito de greve no setor público; admite institutos como suplência, delegação e substituição para não deixar vagas as funções públicas).

Em suma, o princípio da continuidade do serviço público no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello “é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa<sup>26</sup>”.

Para os fins deste trabalho, concentraremos-nos na possibilidade ou não da interrupção de serviço público essencial em razão do inadimplemento do usuário-consumidor em face do princípio da continuidade.

### **4.2 - Inadimplemento do Usuário e Interrupção do Serviço – Doutrina**

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio da continuidade compõe, como os demais princípios, o elemento formal caracterizador do serviço público, qual seja, o seu regime jurídico administrativo<sup>27</sup>.

No entender do aludido doutrinador, princípio da continuidade do serviço público significa “a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido<sup>28</sup>”.

Com efeito, a grande questão sobre o assunto envolve o princípio ora em apreço e a possibilidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário. A polêmica resulta das disposições expressas em dois diplomas legais, quais sejam, Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e Lei nº 8.987/90 (Lei das Concessões e Permissões do Serviço Público).

---

<sup>25</sup> STJ: REsp. nº 739422, acessado em 15/03/09. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501790550&dt\\_publicacao=17/08/2006](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501790550&dt_publicacao=17/08/2006)>

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op.cit, p. 78.

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op.cit, pp. 661-663.

<sup>28</sup> Ibidem. p. 663.

O art. 22, do CDC, prevê:

Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Já o art. 6º, § 3º, Inciso II, da Lei nº 8.987/95, determina que:

Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Os posicionamentos da doutrina a respeito da possibilidade ou não da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do consumidor-usuário se resumem a: 1º) aqueles que admitem a interrupção; 2º) aqueles que não admitem; 3º) aqueles que, dependendo da natureza do serviço – compulsório ou não compulsório – podem ou não admitir a sua interrupção.

A corrente que admite a interrupção traz os seguintes fundamentos: a) existência de dispositivo legal legitimando essa prática (Lei nº 8.987/95, art. 6º, §3º, inciso II); b) aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (a continuidade na prestação dos serviços para usuários inadimplentes comprometeria a sua prestação perante a coletividade); violação do princípio da isonomia (tratamento igual – manutenção do serviço – aos desiguais – adimplentes e inadimplentes); gratuidade não se presume (decorre de lei ou de contrato).

Dentre os autores que admitem a suspensão, citamos: Caio Tácito, Luiz Alberto Blanchet e José Geraldo Brito Filomeno (apud, GROTTI, 2003, pp. 267-269). Representando os defensores desse posicionamento, ensina Zelmo Denari:

Pacífica-se, na doutrina, o entendimento de que a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento. Assim como o particular, no contrato *facio ut des*, pode recusar o cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do correspectivo, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito Público. Do contrário, seria admitir, de um lado, o enriquecimento sem causa do usuário e, de outro, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionária, sem prejuízo da ofensa ao princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço público.<sup>29</sup>

Por outro lado, existem aqueles que defendem a impossibilidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário-consumidor, com os seguintes argumentos: a) viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (cláusula pétrea que garante aos cidadãos a utilização de serviços públicos essenciais para a manutenção da vida); b) afronta ao princípio da continuidade inserto no art. 22, do CDC (se

---

<sup>29</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, *et. al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, pp. 215-216.

serviços essenciais são contínuos, significa que não podem ser interrompidos); c) extrapola os limites legais de cobrança (ao violar o art. 42, do CDC que impede o constrangimento do consumidor na cobrança de dívidas); d) viola o preceito de que a responsabilidade por dívidas deverá incidir sobre o patrimônio do devedor e não sobre a sua pessoa ou sobre sua família.

Não se trata de apologia ao inadimplemento, porém o direito de crédito do fornecedor, nos casos especiais de prestação de serviço público, deverá ser concretizado por meio dos instrumentos processuais hábeis, como a ação de cobrança.

Dentre os doutrinadores que defendem essa tese, traz-se à colação entendimento de Luis Antônio Rizzatto Nunes:

Infelizmente alguns juristas, de forma equivocada, têm se manifestado no sentido contrário à norma (e mesmo com sua clara letra expressa), admitindo que o prestador do serviço público corte o fornecimento do serviço essencial em caso de inadimplemento.

(...)

A Carta Constitucional proíbe que terminantemente isso ocorra:

a) O meio ambiente no qual vive o cidadão – sua residência, seu local de trabalho, sua cidade etc. – deve ser equilibrado e sadio.

(...)

c) Se para a manutenção desse meio ambiente e da saúde e vida sadia do indivíduo têm de ser fornecidos serviços públicos essenciais, eles só podem ser ininterruptos<sup>30</sup>.

Em outra passagem, conclui o consumerista:

É plenamente aceitável que seja fornecido ao cidadão um serviço público gratuito. Aliás, em última instância é essa a função do Estado, que deve distribuir serviços de qualidade e gratuitos a partir dos tributos arrecadados<sup>31</sup>.

Por fim, a terceira corrente defende a necessidade de diferenciar serviços compulsórios dos facultativos. Somente os últimos poderiam ser interrompidos em caso de inadimplemento em razão da facultatividade na sua obtenção. Defendendo este raciocínio, encontramos Marçal Justen Filho, Hely Lopes Meirelles (apud, GROTTI, 2003, p. 265) e, sobre o assunto, trazemos os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

Entendemos que se deva distinguir os serviços compulsórios e os facultativos. Se o serviço for facultativo, o Poder Público pode suspender-lhe a prestação no caso de não pagamento, o que guarda coerência com a facultatividade em sua obtenção. É o que sucede, por exemplo, com os serviços prestados por concessionários, cuja suspensão é expressamente autorizada pela Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre concessões de serviços públicos (art. 6º, §3º, II). Tratando-se, no entanto, de serviço compulsório, não será permitida a suspensão, e isso não somente porque o Estado o impõe coercitivamente, como também porque, sendo

---

<sup>30</sup> NUNES, Luis Antônio Rizzatto. ob. cit. pp. 109 e 113.

<sup>31</sup> Ibidem. p. 111.

remunerado por taxa, tem a Fazenda mecanismos privilegiados para a cobrança da dívida. Tais soluções são as que nos parecem mais compatíveis na relação Estado-usuário<sup>32</sup>.

Diante desse contexto e, cientes dos três posicionamentos da doutrina a respeito da interrupção do serviço público vs. princípio da continuidade, passemos a analisar o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

### 4.3 - Inadimplemento do Usuário e Interrupção do Serviço - Jurisprudência STJ

O Superior Tribunal de Justiça já chegou a se posicionar pela impossibilidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário-consumidor, conforme REsp nº 442814<sup>33</sup>.

Contudo, tal posicionamento não mais prevalece no STJ, isto é, o entendimento majoritário passou a ser pela legalidade da interrupção (REsp nº 596320<sup>34</sup>).

Entretanto, o próprio Superior Tribunal faz algumas ressalvas quanto à possibilidade da interrupção. Quando essa conduta afetar unidades públicas essenciais como hospital, escola e logradouro público, não será admitida a interrupção, em razão de existirem interesses maiores que o direito de crédito do fornecedor, como os direitos à vida, saúde, educação e segurança (REsp 791713<sup>35</sup>, REsp 649746<sup>36</sup>).

Trata-se de posicionamento que busca amparo na proteção de direitos inadiáveis da coletividade e não no fato de ser o Poder Público um consumidor, mesmo porque entendemos que este não é considerado o vulnerável da relação em nenhuma de suas hipóteses (técnica, jurídica/científica ou econômica).

Também é vedada a interrupção no entendimento do STJ quando comprovada a situação de miserabilidade do usuário-consumidor. Chegamos a essa conclusão interpretando *a contrario sensu* o EDcl no AgRg no Ag 46612<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, pp. 296-297.

<sup>33</sup> STJ: REsp nº 298017, julgamento em 03/09/2002, acessado em 15/03/2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=442814&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=442814&b=ACOR)>

<sup>34</sup> STJ: REsp nº 596320, julgamento em 12/12/2006, acessado em 15/03/2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=596320&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=596320&b=ACOR)>

<sup>35</sup> STJ: REsp 791713, julgamento em 06/12/2005, acessado em 15/03/2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=791713&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=791713&b=ACOR)>

<sup>36</sup> STJ: REsp 649746, julgamento em 21/09/2006, acessado em 15/03/2009. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=RESUMO&processo=649746&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=649746&b=ACOR)>

<sup>37</sup> STJ: EDcl no AgRg no Ag 46612, julgamento em 03/05/2005, acessado em 15/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=466122&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>

Portanto, a visão da jurisprudência é pela legalidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário, salvo quando afetar unidades públicas essenciais ou consumidor em situação de miserabilidade.

Diante de todo o exposto, defendemos a incidência do CDC na relação envolvendo a prestação de serviço público *uti singuli* remunerado por tarifa, inclusive quanto à aplicação do princípio da continuidade.

Nossa posição sobre o tema sempre foi a da impossibilidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário-consumidor, sob os fundamentos da violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, afronta ao princípio da continuidade inserto no art. 22, do CDC, extrapolação dos limites legais de cobrança (art. 42, do CDC) e desrespeito ao preceito de que a responsabilidade por dívidas deverá incidir sobre o patrimônio do devedor e não sobre a sua pessoa ou sobre sua família.

Por outro lado, não podemos esquecer que boa parte dos serviços públicos tem a respectiva execução delegada a particulares, geralmente por contratos administrativos de concessão e de permissão. E, conforme já demonstrado, o lucro é elemento presente na formulação das propostas oferecidas em licitação pelas concessionárias e permissionárias do serviço público. Diante deste contexto, confessamos que, caso prevalecesse nossa posição, o desinteresse das empresas privadas em participar de licitação para a prestação do serviço público seria evidente.

Nesse diapasão, continuamos a defender a impossibilidade da interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário pelas razões acima demonstradas, salvo quando o particular prestador desse serviço demonstrar efetivamente e, diante do caso concreto, o desequilíbrio econômico-financeiro no seu contrato.

Assim, caso o concessionário prove que o número de usuários inadimplentes é suficiente para afetar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a partir de então será possível a interrupção. Trata-se de raciocínio pautado no regime jurídico de direito público e, portanto, escoimado de qualquer incompatibilidade jurídica com o instituto serviço público. Ademais, este critério serviria de importante “divisor de águas” na tão banalizada interrupção do serviço público em razão do inadimplemento do usuário-consumidor, com raríssimas exceções de usuários que tiveram acesso ao Poder Judiciário.

A comprovação do desequilíbrio deverá ser realizada perante o Poder Concedente – nos mesmos moldes quando o contratado pela Administração busca a revisão ou repactuação do valor contratado, demonstrando que um percentual de inadimplemento afetou a proposta oferecida e consagrada vencedora no momento da licitação –, bem como perante um conselho de usuários.

Ademais, a prova do desequilíbrio econômico-financeiro não poderá deixar de levar em consideração a condição particular de cada usuário. Assim, em se tratando de usuário em situação de miserabilidade ou de proteção de direitos inadiáveis da coletividade (exemplos: direito à vida, à saúde, à educação e à segurança), ainda que houvesse a prova do desequilíbrio, não seria possível a interrupção, cabendo ao concessionário ou

permissionário buscarem, nestes casos, os instrumentos da revisão ou da repactuação do contrato para reequilibrarem a equação econômica-financeira.

Logo, é imprescindível a aplicação do CDC como forma de melhor proteger o usuário-consumidor, mesmo porque a própria Lei das Concessões e Permissões admite essa possibilidade<sup>38</sup>. Entretanto, não será de forma irrestrita essa incidência, em razão do regime especial que norteia a prestação do serviço público – regime de Direito Público. O Diploma Consumerista deverá ser aplicado até o advento de lei especial de defesa dos seus usuários capaz de conformar as regras do regime de Direito Administrativo com as regras de Defesa do Consumidor, assim como fez o Estado de São Paulo na Lei nº 10.294/99, que dispõe sobre a proteção e defesa do usuário do serviço público.

## **5 - A natureza da contraprestação pecuniária à luz da legislação e da jurisprudência pátrias**

A Lei nº 11.445, de 5.1.2007, revogou a Lei nº 6.528/78 e passou a estabelecer as diretrizes nacionais acerca o saneamento básico. Dentre os seus sessenta artigos, tratou em diversos deles sobre a natureza da contraprestação pecuniária desse tipo de serviço de forma um tanto quanto genérica (art. 11, inciso III e § 2º, inciso IV; art. 12, §§1º, 2º e 4º).

No entanto, no Capítulo IV – Dos Aspectos Econômicos e Sociais, a Lei nº 11.445 definiu com maior precisão a natureza da contraprestação pecuniária em relação a cada um dos serviços que compõem os de saneamento básico:

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços:

*I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente;*

*II - de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos: taxas ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades;*

*III - de manejo de águas pluviais urbanas: na forma de tributos, inclusive taxas, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades. (grifos nossos)*

Colocada a visão do legislador infraconstitucional sobre o tema, analisaremos a partir de agora a adequação da natureza da contraprestação inserta na lei à luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Iniciaremos pelos serviços de abastecimento de água e de esgoto sanitário. Para esses serviços públicos a Lei nº 11.445/07 estabeleceu que a natureza da contraprestação

---

<sup>38</sup> Lei nº 8.987/95, Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

pecuniária será preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos. Neste dispositivo a legislação andou em consonância com a jurisprudência do Pretório Excelso que, aliás, entende dessa forma desde o ano de 1963. Senão vejamos:

*A contraprestação pela utilização da rede de águas e esgotos corresponde à utilização de um bem e serviço instalado e operado pelo Estado. A renda dessas contraprestações não vem de taxa, mas de um pagamento que, na técnica fiscal e administrativa, se denomina preço público.* Além disso, a cobrança determinada pelo Departamento de Saneamento do Estado estava autorizada pela Lei nº 3.821, de 21.12.60. (RE nº 54.491. Rel. Min. Hermes Lima. Julg. 15.10.1963. Grifos nossos)

Tal posicionamento persiste no STF até os dias atuais (RE-AgR nº 201.630 e RE nº 464.952/MS), fato que forçou a mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, durante muito tempo, relutou em reconhecer a natureza de preço público da contraprestação dos serviços de água e esgoto:

Processual civil. Recurso especial. Ausência de prequestionamento. Súmula nº 282, do STF. *Contraprestação pelos serviços de água e esgoto. Natureza jurídica. Não-tributária. Preço público. Jurisprudência do STJ contrária à do STF. Revisão que se impõe.*

1. A natureza jurídica da contraprestação pelos serviços de fornecimento de água e esgoto por concessionária do Poder Público, sobre se caracteriza como tarifa ou taxa, constitui-se a matéria controvertida nos presentes autos.

2. *A jurisprudência do E. STJ é no sentido de que a natureza jurídica do valor cobrado pelas concessionárias de serviço público de água e esgoto é tributária*, motivo pelo qual a sua instituição está adstrita ao Princípio da Estrita Legalidade, por isso que somente por meio de “lei em sentido estrito” pode exsurgir a exação e seus consectários. Nesse sentido os seguintes arestos: RESP nº 848.287/RS, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 14.09.2006; RESP nº 830.375/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 30.06.2006; RESP nº 782270/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 07.11.2005; RESP nº 818.649/MS, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 02.05.2006; RESP nº 690.609/RS, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 19.12.2005.

3. *O Colendo STF, não obstante, vem decidindo, reiteradamente, tratar-se de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário* (Acórdãos: RE-ED nº 447.536/SC - Relator(a): Min. Carlos Velloso, *DJ* 26.08.2005, EDcl no RE nº 456.048/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 06.09.2005, e Decisões monocráticas: AG nº 225.143/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 23.02.1999; RE nº 207.609/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 19.09.1999, RE nº 424.664/SC, Rel. Min. César Peluso, *DJ* de 04.10.2004, RE nº 330.353/RS, Rel. Min. Carlos Brito, *DJ* de 10.05.2004, AG nº 409.693/SC, Rel. Min. César Peluso, *DJ* de 19.05.2004, AG nº 480.559/SC, Rel. Min. César Peluso, *DJ* de 19.05.2004, RE nº 488.200/MS, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 13.09.2006, RE nº 484.692/MS, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* de 29.05.2006, RE nº 464.952/MS, Rel. Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, *DJ* de 23.03.2006).

4. “... não obstante a sua obrigatoriedade, a contraprestação ao serviço de esgotamento sanitário não tem caráter tributário. Trata-se, na realidade, de tarifa, não dependendo, portanto, da edição de lei específica para sua instituição ou majoração (RE nº 464.952/MS, Rel. Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, *DJ* de 23.03.2006). É inviável o processamento do Recurso Especial quando ausente o prequestionamento da questão nele versada.

5. A jurisprudência do E. STF uniformizou-se no sentido de considerar a remuneração paga pelos serviços de água e esgoto como tarifa, afastando, portanto, seu caráter tributário, ainda quando vigente a Constituição anterior (RE nº 54.491/PE, Rel. Min. Hermes Lima, DJ de 15.10.1963).

6. A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido ventilado no acórdão recorrido, sob pena de padecer o recurso da imposição jurisprudencial do prequestionamento, requisito essencial à admissão do mesmo, o que atrai a incidência do enunciado nº 282 da Súmula do STF. Ausência de prequestionamento do art. 13 da Lei nº 8.987/95.

7. Recurso especial provido, em razão da necessária revisão da jurisprudência desta Corte Superior para adequá-la ao entendimento do E. STF, afastando-se o caráter tributário da contraprestação pelos serviços de água e esgoto, com inversão dos ônus sucumbenciais. (REsp nº 887.908/MS. Rel. Min. Luiz Fux. Julg. 14.8.2007. Grifos nossos)

No tocante à natureza da contraprestação pelos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos a lei de saneamento básico define como sendo de taxas ou de tarifas e outros preços públicos. Sobre o tema, a discussão que se levanta diz respeito à possibilidade destes serviços serem remunerados por taxas. Seriam eles serviços públicos divisíveis a ponto de admitir como remuneração o pagamento de taxa? Ou se tratam de serviços indivisíveis cuja contraprestação só poderia advir de imposto?

Toshio Mukai já se posicionou sobre o tema ensinando que “limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos só podem ser custeados por recursos hauridos por imposto”.<sup>39</sup>

O STF se posicionou recentemente sobre o tema “taxa de coleta de lixo” da seguinte forma:

Ementa: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. *Taxa de coleta de lixo. Constitucionalidade*. Débitos da Fazenda Pública. Juros e correção monetária. Necessidade de legislação que discipline a matéria. Sucumbência. Juízo da execução.

1. A taxa de limpeza pública, quando não vinculada a limpeza de ruas e de logradouros públicos, constitui tributo divisível e específico, atendido ao disposto no artigo 145, II, da CB/88. Precedentes.

2. O fato de um dos elementos utilizados na fixação da base de cálculo do IPTU ser considerado quando da determinação da alíquota da taxa de coleta de lixo não significa que ambos tenham a mesma base de cálculo. Precedentes.

3. A correção monetária e a incidência de juros sobre os débitos da Fazenda Pública dependem de lei que regulamente a matéria. Precedentes.

4. Os honorários de sucumbência devem ser decididos no juízo da execução. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR nº 532.940/PR. Rel. Min. Eros Grau. Julg. 24.6.2008. Grifos nossos)

Com efeito, o aludido julgado merece dois destaques. O primeiro diz respeito à constitucionalidade da exigência da taxa de limpeza pública, quando o serviço não estiver vinculado à limpeza de ruas e de logradouros públicos. Nestas hipóteses estaremos diante

---

<sup>39</sup> MUKAI (Coord.). *Saneamento básico*: diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445 de 2007, p. 73.

de serviços públicos indivisíveis (*uti universi*) que exige como contraprestação pecuniária o pagamento de imposto. Nesse sentido:

Ementa: Tributário. Município do Rio de Janeiro. *Ilegalidade da taxa de coleta de lixo e limpeza pública. Art. 145, II, da Constituição Federal.*

*Tributo vinculado não apenas à coleta de lixo domiciliar, mas também à limpeza de logradouros públicos*, hipótese em que os serviços são executados em benefício da população em geral (*uti universi*), sem possibilidade de individualização dos respectivos usuários e, conseqüentemente, da referibilidade a contribuintes determinados, *não se prestando para custeio mediante taxa*. Impossibilidade, no caso, de separação das duas parcelas. Agravo regimental improvido. (AI-AgR nº 245.539/RJ. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julg. 14.12.1999. Grifos nossos)

A outra observação a ser realizada sobre o julgado no RE-AgR nº 532.940/PR, refere-se basicamente ao disposto no §2º do art. 145 da Constituição Federal: “As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”.

Para o Supremo, a utilização de um dos elementos da base de cálculo do IPTU para a fixação da alíquota da taxa de coleta de lixo não significa que ambos tenham a mesma base de cálculo. Assim, a cobrança da citada taxa com base na metragem do imóvel (um dos elementos utilizados no IPTU) está em consonância com nosso ordenamento jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça também, em recente julgado, posicionou-se sobre o tema:

Tributário – Taxa de Remoção de Lixo – Lei Municipal 1.471/96 e Decreto 6.280/90 do Município de Franca/SP – Violação dos arts. 458, III e 535, II, do CPC: Inexistência – Recurso Especial interposto pelas alíneas “a” e “b” do permissivo constitucional parcialmente conhecido.

1. Acórdão suficientemente fundamentado e que rejeitou, ao menos implicitamente, as teses defendidas no especial não viola os arts. 458, III e 535, II, do CPC.

2. Não restando suficientemente atacado o fundamento do acórdão recorrido, considera-se deficiente o recurso (Súmula 284/STF).

3. *A jurisprudência desta Corte, na linha de entendimento do STF, já decidiu que a cobrança da Taxa de Remoção de Lixo com base na metragem do imóvel (um dos elementos da base de cálculo do IPTU) é legal.*

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (REsp nº 722.281/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Julg. 6.5.2008. Grifos nossos)

Referido posicionamento foi consolidado pelo Supremo na súmula vinculante de nº 19: *A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.*

Por fim, cumpre tecermos alguns comentários a respeito da natureza da contraprestação pecuniária dos serviços de manejo de águas pluviais urbanas. Nos termos da Lei nº 11.445, a contraprestação destes serviços dar-se-á por meio de tributos, inclusive taxas.

Conforme analisado em outras oportunidades nesse trabalho, o fato gerador da taxa consiste em serviço estatal específico e divisível. Desta forma, para o aludido serviço de saneamento, não conseguimos enxergar beneficiários determinados.

Geralmente lembramos desse serviço, ou da falha na sua prestação, quando estudamos a “Responsabilidade Civil Subjetiva do Estado por Omissão”. Costumo citar em minhas aulas que em algumas regiões da cidade de São Paulo, município onde resido, as águas de março vão levando o verão, os móveis e os eletrodomésticos das comunidades mais carentes. Ademais, a inundação das vias públicas em razão das fortes chuvas e da má prestação desse serviço de saneamento não afeta apenas as periferias da capital paulista. Também as regiões centrais e até áreas nobres são atingidas, tornando o já caótico trânsito de veículos de São Paulo ainda pior.

Imprescindível esse parêntese para demonstrar que, de fato, o bom serviço de limpeza das vias de escoamento de águas pluviais urbanas beneficia toda a coletividade, razão pela qual a única contraprestação cabível é por meio de imposto.

Na mesma linha de raciocínio, trago à colação mais uma vez os ensinamentos do Professor Toshio Mukai: “Os serviços de manejo de águas pluviais urbanas só podem ser custeados com recursos hauridos de impostos, por ser genérico”.<sup>40</sup>

A referida posição encontra respaldo, ainda, do Supremo Tribunal Federal que assim entendeu sobre o tema:

Despacho: 1. Trata-se de agravo de instrumento em que se busca a admissão de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que julgou ilegítima a cobrança das taxas de iluminação pública, de conservação e limpeza de logradouros públicos e de remoção de lixo pelo Município de Santos. Alega o agravante ofensa aos arts. 30, III e 145, II e §1º da Constituição Federal. (...) 3. *Quanto às demais taxas, esta Corte tem afirmado que a limpeza pública — prestação que envolve, por exemplo, a varrição de ruas, a limpeza de bueiros ou o escoamento de águas pluviais — é serviço de caráter universal e indivisível, ao contrário da coleta domiciliar de lixo, este sim, serviço individualizável e, portanto, passível de custeio mediante taxa.* (...) (Nesse sentido AI nº 439.132/SP) (AI nº 476.364/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Julg. 13.10.2004. Grifos nossos)

Ante o exposto, destaca-se que, salvo na hipótese da remuneração dos serviços de água e esgoto, a Lei nº 11.445/07 não tratou o tema em consonância com os posicionamentos majoritários do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Entendemos então, que o legislador perdeu a oportunidade de colocar um ponto final em tema tão discutível e contribuiu para elaboração de mais capítulos na “novela” serviços de saneamento básico e a natureza da respectiva contraprestação.

## **6 - Conseqüências da natureza da contraprestação pecuniária dos serviços de água e de esgoto no âmbito do Direito do Consumidor**

---

<sup>40</sup> MUKAI (Coord.). *Saneamento básico*: diretrizes gerais: comentários à Lei 11.445 de 2007, p. 73.

Sobre o tema cumpre ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos serviços de saneamento básico, quando remunerados por tarifas. Isso ocorrerá sem discussão nos serviços de abastecimento de água e esgoto sanitário em que a própria Lei nº 11.445/07 entende pela natureza preferencial de tarifa da contraprestação, além da existência de vasta jurisprudência a esse respeito.

Assim, aplicaremos a estes serviços institutos do CDC como a obrigatoriedade da devolução em dobro da quantia cobrada e paga indevidamente; a nulidade de cláusulas abusivas; o reconhecimento da vítima do evento danoso como sendo consumidor por equiparação; a facilitação da defesa do consumidor em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, entre outros.

A restituição em dobro da quantia paga em excesso e decorrente de cobrança indevida nos serviços de água e de esgoto, nos termos do art. 42, parágrafo único do CDC, encontra amplo respaldo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil e Tributário. Recurso Especial. Ausência de prequestionamento. Súmula nº 282/STF. Deficiência na fundamentação. Súmula nº 284/STF. *Tarifa de esgoto. Restituição de quantias pagas antes da propositura da ação. Art. 173 do CTN. Devolução em dobro. Art. 42 do CDC. (...)*

3. *No que toca à apontada ofensa ao art. 42, parágrafo único, do CDC, esta Corte já apreciou casos análogos, nos quais restou assentada a obrigatoriedade de a CEDAE restituir, em dobro, o valor indevidamente cobrado, uma vez que não configura engano justificável a cobrança de taxa de esgoto em local onde o serviço não é prestado.*

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, provido. (REsp nº 821.634/RJ. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Julg. 11.3.2008. Grifos nossos)

Processual Civil e Administrativo. Preliminar. Art. 535 do CPC. Omissão afastada. Prejudicial de mérito. Prescrição. Fundamentação deficiente. Súmula nº 284/STF. Ausência de prequestionamento. Súmula nº 211/STJ. Tarifa de esgoto. Mérito. Ausência de prequestionamento. Lei local. Súmula nº 280/STF. (...)

4. Se o acórdão recorrido firmou a premissa de que a CEDAE não dispõe de sistema de tratamento de *esgoto* que atenda ao imóvel da autora, torna-se indevida qualquer contraprestação, em virtude, inclusive, de suposta utilização potencial do *serviço*.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp nº 1.032.975/RJ. Rel. Min. Castro Meira. Julg. 1º.4.2008. Grifos nossos)

Percebam, uma vez mais, que a contraprestação pelo serviço de água e esgoto não possui natureza de taxa, pois, se assim fosse, bastaria o serviço ser colocado à disposição do usuário para restar configurado o fato gerador do tributo (art. 145, II, CF). O STJ nos julgados acima citados deixou bem claro tal posicionamento ao exigir a restituição em dobro do valor cobrado e pago indevidamente, uma vez que não basta a alegação de estar o serviço colocado à disposição para legitimar a cobrança da tarifa.

Nesse tocante, destaca-se a recente súmula do Superior Tribunal de Justiça que entende ser de 20 ou de 10 anos o prazo prescricional da pretensão para a repetição do indébito, nos do Código Civil e não o prazo quinquenal previstos no artigo 27 do CDC. Tal consolidação de

posicionamento decorre do fato de inexistir acidente de consumo na aludida repetição do indébito, somado à circunstância do Diploma Consumerista silenciar em relação a outro prazo prescricional. *In verbis* a súmula nº 412 do STJ: *A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.*

Com efeito, trazemos à baila a discussão envolvendo o tema cobrança da tarifa mínima em razão da prestação de determinados serviços públicos. O serviço de abastecimento de água é um bom exemplo desta prática e a dúvida que se levanta envolve o condomínio edilício comercial ou residencial cujo consumo total de água é medido por um único hidrômetro. Nesse caso, o faturamento deverá ser realizado com base na única medição aferida pelo hidrômetro ou com base na multiplicação da tarifa mínima pelo número de unidades autônomas? O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o tema:

Processual Civil. Administrativo. Recurso Especial. Ação declaratória cumulada com anulação de cobrança e repetição de indébito. Fornecimento de água e esgoto. Condomínio edilício comercial. Tarifa mínima. Legalidade (Lei 6.528/78, art. 4º; Lei 11.445/2007, art. 30). Multiplicação do consumo mínimo pelo número de unidades autônomas (salas comerciais). Impossibilidade. Violação dos arts. 39, V e X, do CDC, e 6º, §1º, da Lei 8.987/95. Restituição dos valores cobrados indevidamente. (...)

2. *É lícito o faturamento do serviço de fornecimento de água com base na tarifa mínima, desde que o consumo seja inferior aos limites mínimos definidos para cada categoria de consumidores.*

3. *A Lei 6.528/78 não foi ab-rogada nem derogada pela superveniência da Lei 8.987/95. Sua revogação somente ocorreu, expressamente, pela recente Lei 11.445/2007, que, contudo, não extinguiu a tarifa mínima, mas reafirmou sua utilização (art. 30).*

4. *Nos condomínios edifícios comerciais e/ou residenciais, onde o consumo total de água é medido por um único hidrômetro, a fornecedora não pode multiplicar o consumo mínimo pelo número de unidades autônomas, devendo ser observado, no faturamento do serviço, o volume real aferido.*

5. *O cálculo da CEDAE desconsidera a ‘ratio legis’ subjacente à finalidade da tarifa mínima, instituída no escopo de se assegurar a viabilidade econômico-financeira do sistema, e não para proporcionar lucros abusivos à custa dos usuários.*

6. *São direitos básicos do consumidor a proteção contra práticas abusivas no fornecimento de serviços e a efetiva prevenção/reparação de danos patrimoniais (CDC, art. 6º, IV e VI), sendo vedado ao fornecedor condicionar o fornecimento de serviço, sem justa causa, a limites quantitativos, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, bem como elevar sem justa causa o preço de serviços (CDC, art. 39, I, V e X).*

7. *Os usuários têm direito ao serviço público adequado, assim entendido aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (Lei 8.987/95, arts. 6º, §1º, e 7º, I).*

8. *A remuneração pelo fornecimento de água e esgotamento sanitário não tem natureza jurídica tributária (taxa), mas constitui tarifa cujo valor deve guardar relação de proporcionalidade com o serviço efetivamente prestado, sob pena de enriquecimento sem causa.*

9. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, apenas para se determinar a restituição simples dos valores indevidamente recolhidos pela CEDAE, acrescidos de juros moratórios legais e correção monetária. (REsp nº 655130/RJ. Rel. Min.*

Denise Arruda. Julg. 3.5.2007. Grifos nossos). No mesmo sentido, REsp nº 1.006.403/RJ. Rel. Min. José Delgado. Julg. 20.5.2008.

## **7 - Repercussões da responsabilidade civil objetiva como direito a ser invocado também pelo terceiro não usuário do serviço público**

A principal repercussão, em nosso entendimento, a respeito da inclusão do usuário na definição de consumidor para fins de responsabilização do Estado, consiste em saber se o direito de invocar a responsabilidade objetiva pode ser considerado uma prerrogativa exclusiva do usuário do serviço público ou se tal direito alcança também ao terceiro não usuário.<sup>41</sup>

A polêmica surgiu em 16 de novembro de 2004 quando o Supremo Tribunal Federal entendeu no Recurso Extraordinário nº 262.651 que a exegese do artigo 37, § 6º, da Constituição da República traduz-se no sentido de que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente aos usuários do serviço, não se estendendo a pessoas outras que não ostentem a condição de usuários<sup>42</sup>.

O julgamento resultou de um acidente automobilístico envolvendo um ônibus pertencente a uma concessionária de transporte coletivo e um particular que sofreu prejuízos em razão de ter a traseira de seu veículo abalroada pelo prestador do serviço público. Assim, o lesado ingressou com uma ação de reparação de danos, fundada na responsabilidade objetiva, segundo o disposto no artigo 37, §6º, da CF, na medida em que o causador dos prejuízos era pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público de transporte coletivo por delegação.

A questão chegou ao STF que, nos termos do voto do relator Carlos Velloso, entendeu por maioria pela impossibilidade do terceiro não usuário do serviço público invocar a responsabilidade objetiva, sob o argumento de que apenas “o usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal.”<sup>43</sup> Segundo o Relator, sua posição decorreu da interpretação que fez à época das lições de Romeu Felipe Bacellar Filho.

Sobre o julgado, anotamos duas observações antes de pontuarmos nosso entendimento. Inicialmente, destaca-se a carta dirigida pelo Ministro relator a Celso Antônio Bandeira de Mello solicitando um pronunciamento a respeito do tema. O administrativista, com muita propriedade, deixou claro que o artigo 37, § 6º, do texto constitucional exige dois requisitos

---

<sup>41</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca (coord.). *Responsabilidade Civil do Estado - Desafios Contemporâneos*. BOLZAN, Fabrício. *Aproximações e distinções entre as noções de consumidor e usuário na responsabilidade civil do Estado na prestação de serviços*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>42</sup> STF: RE nº 262.651, acessado em 31/03/2010. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(262651.NUMER.262651.ACMS.\)&base=baseAcordaos publicação=06/06/2005](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(262651.NUMER.262651.ACMS.)&base=baseAcordaos publicação=06/06/2005). OU

<sup>43</sup> STF: RE nº 262.651, acessado em 31/03/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931> p. 10-voto do Relator.

apenas para a configuração da responsabilidade objetiva:

“(1) que se trate de pessoa prestadora de serviço público; (b) que seus agentes (causadores do dano) estejam a atuar na qualidade de prestadores de serviços públicos. Ou seja: **nada se exige quanto à qualificação do sujeito passivo** do dano; isto é: não se exige que sejam usuários, nesta qualidade atingidos pelo dano.<sup>44</sup>”

Ressalta-se ainda, o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa que relembrou à Corte o fato de o Brasil adotar, desde 1946, um regime de responsabilidade que figura entre os mais liberais, propício a atender aos interesses da vítima em razão de atos praticados pelo Estado ou por seus prepostos, agentes ou colaboradores<sup>45</sup>. Fundamenta sua tese nos ensinamentos oriundos da escola de Direito Francês, citando expoentes como René Chapus, Maurici Hauriou, Leon Duguit, Georges Vedel e Dominique Phillip<sup>46</sup>. E, conclui seu raciocínio, sob o entendimento de que “introduzir uma distinção adicional entre os usuários e não-usuários do serviço significa um perigoso enfraquecimento do princípio da responsabilidade objetiva, cujo alcance o constituinte de 1988 quis o mais amplo possível.<sup>47</sup>”

Concordamos com as duas últimas posições apontadas, mesmo porque a Constituição da República não faz qualquer distinção entre usuários e não usuários como beneficiários do direito de invocar a responsabilidade objetiva do Estado, bem como a da pessoa jurídica de direito privado quando prestadora de serviço público. Importante perceber que o legislador constituinte originário valeu-se no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da expressão *terceiros* para identificar os lesados por um ato estatal ou de seus delegados. Assim, inconcebível a posição do Supremo Tribunal Federal no citado julgamento.

Ademais, a lei geral que dispõe sobre o regime de concessões e permissão dos serviços públicos, Lei 8.987/95, em seu art. 25, *caput*, é clara ao definir a responsabilidade objetiva por todos os prejuízos causados ao Poder Concedente, aos usuários ou a *terceiros*, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuar essa responsabilidade. Diante desse contexto, pergunta-se: a quem se refere a lei como *terceiro*, senão ao particular que teve seu veículo abalroado na traseira por um concessionário do serviço público?

Inegável que a disposição constitucional, bem como a aludida previsão infraconstitucional são fundamentos para considerar os usuários e os terceiros não usuários do serviço público como beneficiários da responsabilidade objetiva. Entretanto, se dúvidas existissem, sempre defendemos a análise do tema também sob o enfoque do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos:

Posicionamo-nos ao longo desse trabalho pela necessidade da incidência do CDC a alguns

---

<sup>44</sup> STF: RE nº 262.651, acessado em 31/03/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258931> p. 06-voto do Relator.

<sup>45</sup> Ibidem. p. 03-voto vista Min. Joaquim Barbosa.

<sup>46</sup> Ibidem. p. 03-08-voto vista Min. Joaquim Barbosa.

<sup>47</sup> Ibidem. p. 09-10-voto vista Min. Joaquim Barbosa.

serviços públicos, em razão do perfeito enquadramento dos seus elementos (subjctivos = usuário/consumidor e Poder Público ou delegatários/fornecedor; objetivo = serviço público “*uti singuli*”, remunerado por tarifa) na relação jurídica de consumo. Logo, perfeitamente cabível a responsabilidade objetiva prevista no artigo 14 da referida lei, que determina a responsabilização do fornecedor, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Assim, equiparando-se a consumidor o particular que sofreu prejuízos decorrentes da colisão provocada pelo concessionário do serviço de transporte coletivo, nos termos do artigo 17, da Lei 8.078/90, plenamente viável a invocação da responsabilidade objetiva por esse terceiro não usuário do serviço público.

Destacamos ainda, a interessante visão de Sergio Cavaliere Filho, ao comentar a polêmica decisão do STF no RE nº 262.651:

“O entendimento é surpreendente, porque a norma constitucional fala expressamente em *terceiros*. E *terceiro* indica alguém estranho ao prestador de serviços públicos, alguém com o qual não tem relação jurídica preexistente. Logo, o §6º do art. 37 da Constituição só se aplica à responsabilidade extracontratual. Ora, o usuário do serviço de transporte tem contrato com o transportador, pelo quê não pode ser considerado *terceiro*. A responsabilidade deste para com aquele é contratual.

(...)

Em conclusão, os prestadores de serviços públicos respondem objetivamente pela mesma razão do Estado – o risco administrativo –, e não pela eficiência do serviço, que é objeto da legislação consumerista.

Preocupante, por derradeiro, porque o entendimento que prevaleceu contraria a jurisprudência cristalizada em todos os Tribunais ao longo de quase duas décadas de vigência da Constituição.<sup>48</sup>”

O Supremo Tribunal Federal, no dia 08 de março de 2007, quando da apreciação do RE nº 459.749, manifestou quatro votos (Ministros Joaquim Barbosa – o Relator, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto) pelo reconhecimento da responsabilidade objetiva como sendo um direito do terceiro não usuário, mas o pedido de vista do Ministro Eros Grau interrompeu a decisão na oportunidade. No entanto, o STF não chegou a mudar de posicionamento nesse recurso extraordinário, pois em 31 de outubro de 2007 foi informado o acordo celebrado entre as partes.

Somente no dia 26 de agosto de 2009, o Pretório Excelso, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, mudou por maioria seu entendimento e passou a admitir o direito de invocar a responsabilidade objetiva como sendo também prerrogativa dos terceiros não usuários do serviço público, ao julgar o RE 951.874 pelo regime de repercussão geral. Prevaleceu a tese de que “o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao não usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.”

---

<sup>48</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 266-267.

## 8 - Conclusão

Ante a ausência de legislação específica de defesa dos usuários dos serviços públicos, imperiosa faz-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor para regulamentar esse tipo de relação jurídica. Tal aplicação decorre, em suma, das semelhanças existentes entre os conceitos de usuário e de consumidor, além do perfeito enquadramento do Poder Público ou de seus delegatários na definição de fornecedor no mercado de consumo. Nesse sentido, mesmo com o advento do regramento especial, entendemos perfeitamente possível a observância de ambos os diplomas, num verdadeiro diálogo entre as fontes.

Entretanto, a incidência do CDC deverá recair apenas nos serviços *“uti singuli”*, remunerados por tarifas, na medida em que possuem natureza de preço público e, portanto, caráter negocial, bem diferente da coercibilidade inerente às espécies tributárias. Ademais, a Lei 8.078/90 não pode ser aplicada de forma irrestrita, devendo-se respeitar o regime de direito administrativo que regulamenta a prestação dos serviços públicos. Assim, existindo conflito com regra de direito administrativo, esta prevalecerá.

Por fim, demonstramos que a principal repercussão a respeito da inclusão do usuário na definição de consumidor para fins de responsabilização estatal, consiste em saber se o direito de invocar a responsabilidade objetiva traduz-se numa prerrogativa exclusiva do usuário do serviço público ou se tal direito é estendido também ao terceiro não usuário. Portanto, trata-se sim de um direito do terceiro não usuário, quer pela ausência de tratamento discriminatório conferido pela Constituição da República, quer pelo disposto na lei geral de concessões e permissões do serviço público, quer pelo fato de poder ser o terceiro não usuário uma vítima do evento danoso, equiparado a consumidor, nos termos do CDC.

## Bibliografia

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968
- BATISTA, Joana Paula. *Remuneração dos Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Distinção entre Usuário do Serviço Público e Consumidor*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto

de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet em <<http://www.direitodoestado.com.br>> . Acesso em 15/03/09

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão. Permissão. Franquia. Terceirização e outras formas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1.999

DUGUIT, Pierre Marie Nicola Léon. *Las Transformaciones del Derecho Público*. [Tradução da 2ª edição francesa por Adolfo Posada e Ramon Jaen]. Madrid: Francisco Beltran Librería Española y Extranjera Principe

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1989

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor Código Comentado e Jurisprudência*. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

JÈZE, Gaston. *Los Principios Generales Del Derecho Administrativo*. [Tradução da 2ª edição francesa por Carlos Garcia Oviedo]. Madrid: Ed Reus, 1928

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MARINELLA, Fernanda. *Direito Administrativo*, Salvador: Ed. Podivm, 2006

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 8ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2004

MORAES, Bernardo Ribeiro de, *Doutrina e Prática das Taxas*, São Paulo, Quartier Latin, 2ª ed., 2007

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva: 2006

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *O Princípio da Continuidade do Serviço Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004

VERLI, Fabiano, *Taxas e preços públicos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005

ZANOBINI, Guido, *Corso de Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 5ª ed., 1958, vol. 4

# INTRODUÇÃO AO DIREITO URBANÍSTICO (\*)

*Helita Barreira Custódio (\*\*)*

SUMÁRIO: I. Noções gerais e aspectos evolutivos do Direito Urbanístico: 1. O Direito e as transformações contemporâneas: a) Básicas noções integrantes da *evolução do Direito*, do *Direito Positivo* e noção geral do *Direito*; b) Noções de *cidade* e sua degradação decorrente das transformações sócio-econômicas, urbanístico-construtivas e ambientais contemporâneas. 2. Aspectos evolutivos das noções de Direito Urbanístico: a) Transformações sócio-econômicas e urbanístico-construtivas ocasionadoras da degradação ambiental e da crise do Direito; b) Considerações evolutivas sobre as noções de *urbanização*, *urbanismo* (ou *urbanística*) e de *Direito Urbanístico*; c) Aspectos evolutivos das noções da Ciência do Urbanismo ou da Ciência Urbanística e do correspondente Direito Urbanístico. II. Considerações finais.

## I. NOÇÕES GERAIS E ASPECTOS EVOLUTIVOS DO DIREITO URBANÍSTICO

Dentre *as noções gerais* e os relevantes *aspectos evolutivos do Direito Urbanístico*, destacam-se:

**1. O DIREITO E AS TRANSFORMAÇÕES CONTEMPORÂNEAS.** Para melhor compreensão do relevante tema, em breve nota introdutória, considerando os progressivos fenômenos caracterizadores das transformações notadamente sócio-econômicas do momento, impõe-se a recordação, ainda que de forma genérica, para as inadiáveis reflexões restauradoras indispensáveis às soluções da *problemática urbanístico-construtivo-ambiental*, de algumas *noções básicas integrantes da evolução do Direito* que, embora usuais no mundo jurídico, se encontram deturpadas e em inquietante enfraquecimento, de forma contrária ao bem-estar de todos e ao equilibrado desenvolvimento da própria Nação.

a) **Básicas noções integrantes da evolução do Direito, do Direito Positivo e noção geral do Direito.** De acordo com as observações doutrinárias, sem entrar em detalhes de origem e de evolução das diversas normas de comportamento humano, dentre as básicas noções integrantes da *evolução do Direito*, evidenciam-se as seguintes:

---

(\*) Trata-se da *Introdução* de nosso livro “DIREITO URBANÍSTICO - Obrigatória obediência aos princípios constitucionais e ambientais”, antes, sucessivamente, *Curso de Direito Urbanístico e DIREITO URBANÍSTICO - Vinculações ao Direito Ambiental*, em revisão, atualização e elaboração final para fins de publicação.

(\*\*) Doutora em Direito e Professora “Livres-Docentes” (tese: *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*) pela Universidade de São Paulo-USP. Aperfeiçoamento em Ciências da Administração Pública com especialização em Direito Urbanístico (tese: *Natura Giuridica del Piano Regolatore Generale*) pela Universidade de Roma “LA SAPIENZA”. Procuradora do Município de São Paulo já com todos os direitos conquistados. Ex-advogada da CETESB-SP (junto à Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo). Ex-Assessora Judiciária do Supremo Tribunal Federal-STF (Brasília-DF). Membro Emérito da Comissão do Meio Ambiente da OAB-SP “em reconhecimento aos relevantes serviços prestados em defesa da causa ambiental” etc.

1) **Noções de normas éticas definidas como a ciência da moral.** Em doutrina (1), como pacífico ponto de partida, observa-se que cada sociedade possui seus *valores éticos*, caracterizados por exigências relacionadas com indispensáveis normas de conduta e de organização, disciplinadoras da convivência permanente das pessoas individual, social ou coletiva, difusa ou comum e publicamente consideradas. *As noções de normas éticas*, em sua abrangência, compreendem regras tanto da *Religião* e da *Moral* como do Direito (*regras de natureza social*), evidenciando-se que *o domínio* das *normas morais* (que abrangem as *normas religiosas*) é mais amplo do que *o domínio* das *normas jurídicas* (como força social em sua origem, em sua essência e em sua finalidade). Assim, em princípio, tanto a *Moral* como o *Direito* têm um *fundamento ético comum* que, frequentemente, se confundia nas fontes romanas (*honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere*) (2).

Dentre as distinções entre *Moral* e *Direito*, observam-se as seguintes: a) a *Moral* abrange o dever da pessoa humana para com Deus, para consigo mesmo e para com seus semelhantes ou a sociedade, enquanto o *Direito* é mais restrito e compreende apenas os deveres do ser humano para com seus semelhantes ou a sociedade; b) o desrespeito à *norma moral* pode causar um remorso (sanção individual e interna) ou a desconsideração social (sanção externa, mas de natureza simplesmente ética), ao passo que o desrespeito à *norma jurídica* impõe a aplicação de uma sanção para coagir os infratores, observando-se que esta coerção material e externa, praticada por força do Estado, constitui elemento básico à segurança e à justiça para a vida em sociedade. Pela aplicação das sanções, no sentido de constringer o indivíduo à observância da norma, é que a regra jurídica adquire sua mais completa eficácia, o seu valor absoluto (3).

É oportuno evidenciar que os traços distintivos entre *Moral* e *Direito* não são absolutos, uma vez que, além do fundamento ético comum, *o princípio da moral*, visando sempre a evitar o mal e a praticar o bem, no interesse de todos, integra, como regra, *a norma jurídica*, “podendo dizer-se que, geralmente, a ação juridicamente condenável o é também pela moral” (4). Jhering, prefaciando sua importante tese “A Luta pelo Direito”, observa que não se trata de “uma tese de pura teoria jurídica, mas de moral prática”, no sentido de “despertar nos espíritos a disposição moral que deve constituir a força suprema do direito: a manifestação corajosa e firme do sentimento jurídico” (5). Desta forma, tanto “*o direito como a moral se dirigem ao fim (ordem teleológica)*” relacionado com o *bem*, individual ou comum, “porque o bem é a vantagem que corresponde à natureza, sob o aspecto da

(1) Hermes Lima, *Introdução à Ciência do Direito*, 14ª ed., Freitas Bastos, RJ-SP, 1964, p. 14, 15; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil - Parte Geral*, v. 1º, 14ª ed., SARAIVA-SP, 1976, p. 2, 3.

(2) Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, v. I, t. I, 2ª ed., Ed. Resenha Universitária, São Paulo, 1976, p. 15, 18, 39, 40, 43; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 1º, 9ª ed., FORENSE, Rio de Janeiro, 1986, p. 9, 10.

(3) Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, 14ª ed., Ed. SARAIVA-SP, 1976, p. 2, 3; Vicente Ráo, op. cit., p. 40, 41, 43; Antonio Chaves, *Lições de Direito Civil - Parte Geral*, 1, Bushatsky-SP, 1972, p. 27 e s.; Caio Mário da Silva Pereira, op. cit. p. 9, 10.

(4) Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., p. 9.

(5) Rudolf Von Jhering, *A LUTA PELO DIREITO*, trad. de Vicente Sabino Júnior, Bushatsky-SP, 1978, p. 27.

finalidade de um determinado ser: o bem é toda utilidade que provoca as tendências, utilidade que estimula à ação para aperfeiçoar a própria natureza” (6).

Evidentemente, trata-se de normas que não se conflitam, mas, sim, se complementam. Como normas integrantes dos “sete principais processos de adaptação social do Homem” (no sentido de pessoa humana) (7), evidencia-se que tanto a órbita “do Direito” como a órbita “da Moral” são “concêntricas”; “tudo o que os textos exigem ou protegem está de acordo com o senso moral médio da coletividade”. “Em resumo: não pode haver Direito contra a Moral” (8). Em razão da indispensabilidade da restauração dos fundamentos éticos na vida social, continua a conceituada doutrina que, se em todos os tempos se proclamou que “o Direito há de respeitar os princípios da Moral”, hoje, “mais do que nunca se acentua a tendência que as normas morais revelam no sentido de sua transformação em normas jurídicas”; acentua-se “a tendência para a moralização do Direito” (9).

Nesta ordem de básicas noções evolutivas do Direito, justifica-se o avanço da *introdução* expressa do *princípio da moralidade ou da eticidade* na vigente Constituição Federal (CF, art. 37) a ser obrigatoriamente *obedecido pela Administração Pública direta e indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*, no exercício das respectivas atribuições. No âmbito dos *direitos e garantias fundamentais*, a vigente Magna Carta, de forma harmônica e integrada, *amplia* expressa e implicitamente a obrigatoriedade da *obediência do princípio da moralidade ou da eticidade* (ou da ética individual, social e pública) *a todas as pessoas físicas e jurídicas, de direito público e de direito privado, com ou sem fins lucrativos, determinando a inviolabilidade dos direitos fundamentais e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou saudável inerentes à vida, à saúde pública, à liberdade, à segurança, à justiça, à educação, ao trabalho, à propriedade vinculada ao atendimento de sua função social, a habitações ou moradias saudáveis (sempre com saneamento básico), tudo de forma compatível com a dignidade da pessoa humana* (CF, arts. 1º, III, IV, 5º, V, X, XXII, XXIII, c/c arts. 23, IX, 170, II, III, VI, 182, §§ 1º a 4º, 184, 186, 187, 196, 200, IV, 216, 225).

Consequentemente, *a violação de tais direitos e garantias fundamentais*, por condutas e atividades *efetivamente lesivas* ou *iminente ou potencialmente ameaçadoras a tais direitos invioláveis*, *sujeitará o infrator*, pessoa física ou jurídica de direito público ou de direito privado, *às responsabilidades e respectivas sanções penais, administrativas e políticas*, independentemente da *obrigação de reparar os danos materiais e morais causados* (CF, art. 37, §§ 4º, 5º, 6º, c/c arts. 5º, V, X, XXXV, 216, § 4º, 225, § 3º). Evidentemente, já em pleno século XXI, cada vez mais relevantes são as questões jurídicas envolvendo: “*O princípio da moralidade, o direito e a administração pública*” (10), o “*Fundamento legal*

(6) P. Reginaldo M. Pizzorni, *I Diritti Fondamentali della Persona Umana secondo S. Tommaso D’Aquino e il Magistero della Chiesa*, in Atti del V Colloquio Giuridico sobre I DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA UMANA E LA LIBERTÀ RELIGIOSA, Ed. Vaticana - Ed. Lateranense, Roma, 1985, p. 745.

(7) Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, t. I, 2ª ed., Ed. RT-SP, 1973, p. 3, 48 e s., 163.

(8) Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., FORENSE, RJ, 1979, p. 160.

(9) Vicente Ráo, op. cit., p. 41.

(10) Pedro Braga, *Ética, Direito e Administração Pública*, Ed. Senado Federal, Brasília-DF, 2006, p. 191 e s.

do dano extrapatrimonial ou moral ambiental”, mesmo antes da Constituição em vigor (11), “A Reparação Autônoma do Dano Moral” (12), “A ética e o ambiente artificial”, “A ética e o ambiente cultural” (13), “Normas sobre danos materiais e morais referentes aos direitos e garantias fundamentais” (14), dentre outras.

2) **Noções de Direito Natural.** Sem entrar nas controvérsias das várias correntes histórico-filosóficas, a ideia do *Direito Natural*, de origem divina, pelos princípios gerais integrantes e acima das concepções particulares, refere-se à existência de “uma concepção geral do direito”, imposta “a todos os povos”, não pela força da coerção material, mas pela força própria dos princípios supremos, abstratos, universais, imutáveis e necessários, princípios estes inerentes à natureza do homem, reconhecido como ser social dotado de vida física, de razão e de consciência. “O direito natural, assim concebido, procura aproximar o direito próprio, positivo, de cada povo, em torno dos postulados básicos, intransponíveis, do respeito aos direitos fundamentais do homem” (no sentido de pessoa humana), “cujo desconhecimento afetaria a própria natureza humana” (15).

Trata-se da consagração universal da definição de Santo Tomás de Aquino (1225-1247) que enfrentou o problema com sua peculiar profundidade. A *lei natural*, ou o *direito natural*, “exprime aquele complexo de princípios práticos fundamentais que a nossa razão descobre, tomando consciência da finalidade da própria natureza humana que tem origem na sabedoria de Deus, criador, princípio e fim de todas as coisas: visão assim *teleológica* e unidade *teológica*”. Por isso Santo Tomás define o *direito natural* como “a participação da lei eterna na criatura racional”, através da introdução da luz da razão, como um raio de sabedoria infinita com que Deus dirige os seres, particularmente o ser humano, em direção à sua completa realização (16). “A lei natural ou o direito natural é por esta razão a expressão da natureza humana”. As normas relacionadas com o conteúdo do direito natural, de acordo com o pensamento de Santo Tomás de Aquino, “são os direitos naturais ou fundamentais do homem”. Conclui-se que, na observância destas normas ou dos “*direitos fundamentais da pessoa humana*”, se resumem “a autêntica grandeza e a incolumidade do homem e de toda a humanidade” (17).

Trata-se de lei de ordem moral pela sua própria natureza, “de princípios universais, absolutos e imutáveis”, com “fonte e fundamento no Deus verdadeiro, pessoal e transcendente. Deus, verdade primeira e bem supremo, é, por isso, o manancial profundo e único em que há de buscar sua genuína vitalidade uma sociedade humana bem *ordenada*, fecunda e condizente com a dignidade do homem” (18).

(11) José Rubens Morato Leite, *DANO AMBIENTAL: do individual ao coletivo extrapatrimonial*, Ed. Revista dos Tribunais-SP, 2000, p. 284 e s.

(12) José Raffaelli Santini, *Dano Moral*, 3ª ed., Millennium Editora, Campinas-SP, 2002, p. 3, 14 e s.

(13) Renato Nalini, *Ética Ambiental*, 2ª ed., Millennium Editora, Campinas-SP, 2003, p. 165 e s., 205 e s.

(14) Helita Barreira Custódio, *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*, Millennium Editora, Campinas-SP, 2006, p. 316, 317.

(15) Vicente Ráo, op. cit., v. I, t. I, p. 45, 47; v. I, t. II, p. 236, observando que, para alguns autores (Brunetti, Del Vecchio e outros), “os princípios gerais de direito correspondem aos do direito natural”.

(16) P. Reginaldo M. Pizzorni, op. cit., p. 745, 746.

(17) P. Reginaldo M. Pizzorni, op. cit., p. 745, 746, 757.

(18) Papa João XXIII - *A PAZ NA TERRA - Encíclica PACEM IN TERRIS*, Trad. de Virgílio Josué Balestro, 9ª ed., Ed. COLEÇÃO-SP, 1963, p. 18, 19, 32.

O *Direito Natural*, contendo princípios evidentemente compatíveis com os princípios gerais do direito, acima do direito positivo e sobre este influenciando no propósito de realizar o ideal de justiça, “sobrepára à norma legislativa e é universal e eterno, integrando a normação ética da vida humana em todos os tempos e em todos os lugares” (19), como verdade vinculada aos direitos fundamentais integrantes do Direito Positivo. No campo do Direito Romano, “o *Direito Natural (Jus Naturae)* entendia-se o *Direito Comum* a todos os homens e animais, em oposição ao *Jus Gentium*, que era o Direito Comum a todos os homens”. Além de outras noções teóricas, destacam-se aquelas, segundo as quais o *Direito Natural*, no sentido moderno, é aquele “que decorre de princípios impostos à legislação dos povos cultos, fundados na razão e na equidade, para que regulem e assegurem os direitos individuais, tais como os de vida, de liberdade, de honra e de todos os direitos patrimoniais, que asseguram a própria existência do homem” (20), ou seja, do ser humano. Na época contemporânea, considera-se *Direito Natural* como “o conjunto dos princípios de liberdade, justiça, igualdade e solidariedade, que dispensam as fronteiras de um País para unir a inteira humanidade”, demonstrando-se que, “na maior parte dos Países”, “tais princípios são introduzidos pelo Legislador no *direito positivo*” (21). Neste sentido, trata-se de um conjunto de “regras inatas na natureza humana, pelas quais o homem se rege, a fim de agir com retidão”, guardando “perfeita sinonímia” com os princípios gerais de Direito, como “liberdade, justiça, segurança, isonomia, solidariedade humana, responsabilidade dos governantes”. Observa-se que “muitos já passaram a constituir direito positivo” (LI ao CC, art. 4º; CPC, art. 126; CLT, art. 8º; CTN, arts. 108, 109 (22).

Com esta breve demonstração evolucionária, evidencia-se que *as noções de princípios e normas de Direito Natural*, além de já integrarem o Direito Positivo Brasileiro no âmbito notadamente dos *princípios gerais de Direito*, dos *bons costumes*, da *equidade* e da *analogia* (Dec.-lei nº 4.657, 4-9-1942 - LI ao CC, art. 4º; Dec.-lei nº 5.452, de 1-5-1943 - CLT, art. 8º; Lei nº 5.172, de 25-10-1966 - CTN, arts. 108, 109; Lei nº 5.869, de 11-1-1973 - CPC, art. 126), foram reafirmadas, ampliadas e consolidadas pela vigente Constituição Federal, que assegura e garante a todos *a inviolabilidade dos direitos fundamentais* inerentes à vida, à saúde pública, à liberdade, à igualdade, à segurança, à educação, ao trabalho, à propriedade vinculada ao atendimento de sua função social, a habitações ou moradias saudáveis (sempre com saneamento básico), tudo de forma harmônica com o respeito e a valorização da dignidade da pessoa humana (CF, arts. 1º, III, IV, 5º, XXII, XXIII, c/c arts. 23, IX, 170, II, III, VI, 182, §§ 1º a 4º, 184, 186, 187, 196, 216, 225 e § 1º, V).

3) **Noção geral de Direito Positivo.** Inspirado no Direito Natural e neste se fundamentando, o *Direito Positivo* é o direito próprio de cada povo, segundo as condições sociais de cada época, ou em cada momento histórico. As regras do Direito, que cada povo

(19) Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., v. I, p. 6, 7.

(20) De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, vs. I e II, 9ª ed., FORENSE-RJ, 1986, p. 91.

(21) Germano Palmieri, *Dizionario dei Termini Giuridici*, 3ª ed., Ed. BUR Dizionari, Milano, 2005, p. 253. Neste sentido, Giovanni Diurni, *La Tutela dei Diritti Fondamentali dalle Prime Dichiarazioni alle Moderne Costituzioni: Storia e Problemi*, in I DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA UMANA E LA LIBERTÀ RELIGIOSA, Atti del V Colloquio Giuridico (8-10 marzo 1984), Lib. Edit. Vaticana-Lateranense, Roma, 1985, p. 127 e s.

(22) ABLJ, *Dicionário Jurídico*, Planejado, organizado e redigido por J. M. Othon Sidou, 7ª ed., Ed. Forense Universitária-RJ, 2001, p. 296, 676.

adota, constituem o seu Direito Positivo. Tal Direito consiste no conjunto sistemático de princípios, diretrizes e normas destinados a disciplinar a conduta da pessoa humana na convivência social, assegurados pela proteção-coerção de competência do Estado. Visando a “atender às necessidades peculiares de cada coletividade constituída em Nação e Estado”, o *Direito Positivo* é direito “eminente nacional” (23). Como consequência de longa e progressiva evolução elaborativa e transformativa de acordo com as circunstâncias socio-econômicas e urbanístico-ambientais ao bem comum de todos, conclui-se que: “O Direito Positivo é o resultado de ação lenta e reação oportuna”, sendo o legislador “apenas o órgão da consciência nacional” (24).

A noção de *Direito Positivo*, em seu aspecto abrangente, compreende a noção de *direito objetivo* (o Estado ordena, impõe, limita ou restringe, proíbe ou estabelece - *norma agendi*) e de *direito subjetivo* (a pessoa individual, coletiva ou pública postula, reclama ou defende - *facultas agendi*), evidenciando-se que o direito objetivo e o direito subjetivo “são aspectos de um conceito único”. A *norma* e a *facultas* compreendem “os dois lados de um mesmo fenômeno”: enquanto um constitui “o aspecto social”, o outro constitui “o aspecto individual”. Neste sentido, observa a melhor doutrina que *não* há dois compartimentos estanques, “nem estes conceitos são fenômenos diversos. Ao revés, simultaneamente, constituem objeto da ciência jurídica, sem exprimirem ideias opostas” (25). Da mesma forma é a harmônica integração do *direito subjetivo público (obligatio agendi)*, cujos titulares do direito ao meio ambiente saudável ou ecologicamente equilibrado têm o *dever* de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, tratando-se de *direito subjetivo público* integrante do Direito Positivo de cada Nação, por expressa determinação constitucional ou legal (26). No tocante ao *Direito Processual* (Direito Adjetivo ou Formal), trata-se de um complexo de normas gerais e especiais estabelecidas pelo Poder Legislativo competente de cada País, para regular o exercício das relações jurídicas, garantindo a defesa do direito subjetivo, assegurado pelo direito objetivo. Evidentemente, longe de se conflitarem, *as noções* de *direito objetivo (norma agendi)*, de natureza pública ou privada em seus variados ramos), de *direito subjetivo (facultas agendi)* ou *direito subjetivo público (obligatio agendi)* e de *direito processual* (com a respectiva classificação) *se harmonizam e se integram na ampla noção de Direito Positivo inerente a cada País*.

4) **Noção geral do Direito.** Com as oportunas observações preliminares sobre básicas noções integrantes da evolução do Direito, como relevante noção, de caráter geral, destaca-se aquela do sempre atual jurista Vicente Ráo, de conteúdo e alcance abrangentes, segundo a qual: “é o direito um sistema de disciplina social fundado na natureza humana que,

(23) Vicente Ráo, op. cit., v. I, t. I, p. 63. Neste sentido, Hermes Lima, op. cit., p. 41; Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., p. 6.

(24) Carlos Maximiliano, op. cit., p. 21, 22.

(25) Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., p. 10, 11.

(26) Helita Barreira Custódio, *Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes*, Millennium Editora, Campinas-SP, 2005, p. 253, 254, 255. Observa-se que, no Brasil, o *direito subjetivo público*, assegurado a todos os titulares do direito ao meio ambiente saudável, constitui *obligatio agendi* (obrigação de agir e não mera faculdade de agir) em defesa e preservação do meio ambiente saudável, por expressa imposição constitucional (CF, art. 225).

estabelecendo, nas relações entre os homens, uma proporção de reciprocidade nos poderes e deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais e evolucionais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público”. A noção do Direito, partindo da natureza humana, “alcança a organização social e visa à disciplina das condições de coexistência e de aperfeiçoamento dos indivíduos, dos grupos e da própria sociedade”. Conforme esclarece o ilustre jurista, trata-se de definição “de caráter geral”, constituída de “princípios fundamentais”, portanto “universais”, aplicáveis “a todos os ramos do direito” (27). A razão de ser do próprio *Direito* é a prática da *Justiça*, “enquanto remove os obstáculos” à paz (28).

Neste amplo sentido, é sempre oportuno recordar que se considera *Direito* um conjunto de princípios e normas de caráter obrigatório com as respectivas sanções, impostos pelo Poder Público competente, no sentido de *regular* as ações, condutas, atividades ou relações das pessoas individual, coletiva ou publicamente consideradas, na vida em sociedade, bem como *manter* a harmonia ou o equilíbrio entre interesses diversos e a paz social. Como conjunto de princípios e normas obrigatórios de conduta social, mediante *sanção*, para a ordem e o equilíbrio de interesses na própria sociedade, a finalidade fundamental do Direito “é servir a vida, regular a vida”. Assim: “A **ratio juris** é uma força viva e móvel que anima os dispositivos e os acompanha no seu desenvolvimento” (29). Neste sentido, o Direito, considerado como indispensável “**conjunto de regras de conduta**”, tem um “preciso fim fundamental: aquele de assegurar a pacífica convivência” de ordem social. Tal “pacífica convivência somente será assegurada mediante a realização de dois objetivos essenciais: aquele da *certeza do direito* e aquele da *certeza da observância* do próprio *direito*” (30). O *Direito objetivo* ou *norma agendi*, classificado como público e privado, quer no âmbito nacional, quer nos âmbitos comparados, comunitário ou internacional, com *força coercitiva* em qualquer de suas manifestações, revela-se, incontestavelmente, um fenômeno de *ordem social*, um princípio ou uma norma antes de tudo de caráter geral e abstrato, por imposição da sociedade, no interesse da própria sociedade. Onde há pessoas reunidas, há obrigatoriamente tanto a sociedade como o Direito objetivamente considerado: **Ubi societas, ibi jus**. Por força deste princípio de ordem geral, não há Direito sem sociedade, nem há sociedade sem Direito. O Direito assume caráter de força social propulsora, dinâmica, enérgica, coerentemente progressiva e ajustável às novas exigências sociais, quando visa a proporcionar, por via principal aos indivíduos e por via de consequências à sociedade, o meio favorável ao aperfeiçoamento e ao progresso da humanidade (31). Evidentemente, o Direito consagrado pelas Nações Democráticas de Direito, como o Brasil (CF, art. 1º), é uma força social em sua origem, em sua natureza e em sua finalidade. Como princípio de adequação da pessoa humana à vida social, num dinâmico processo social de

(27) Vicente Ráo, op. cit., v. I, t. I, p. 19, 21.

(28) Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, q. 29, a. 3.

(29) Carlos Maximiliano, op. cit., p. 153, 154.

(30) Paolo Barile, *Istituzione di diritto pubblico*, 2ª ed., CEDAM, Padova, 1975, p. 3; Clóvis Beviláqua - *Teoria Geral do Direito Civil*, 7ª ed., Francisco Alves, SP-RIO-BH, 1955, p. 11; Roberto de Ruggiero - *Instituições de Direito Civil*, v. I, 3ª ed., trad. do orig. italiano por Ary dos Santos, SARAIVA-SP, 1971, p. 15 e s.

(31) De Plácido e Silva, op. cit., p. 75 e s.; Angelo Favata, *Dizionario dei Termini Giuridici*, 4ª ed., LA TRIBUNA, Piacenza, 1974, p. 108; Vicente Ráo, op. cit., v. I, t. I, p. 17, 18.

adaptação, a causa, a origem ou a razão final do Direito é *a consecução ou a realização da Justiça* (32) ao restabelecimento do equilíbrio social, à realização do bem comum, à manutenção da *paz social* ou da *paz pública* e ao equilibrado desenvolvimento nacional, no legítimo interesse de todos.

b) **Noções de cidade e sua degradação decorrente das transformações sócio-econômicas, urbanístico-construtivas e ambientais contemporâneas.** Sem entrar nas particularidades doutrinárias, partindo das fontes latinas, observa-se que a noção de cidade, do latim *urbs*, compreende uma área marcada com o arado (o circuito da cidade) e edificada para habitação permanente de uma comunidade ou “povo d’uma cidade, cidadãos”. O vocábulo latino *civitas*, também com sentido de *cidade*, tem significado muito mais amplo, pois compreende a “reunião de cidadãos, nação, estado, forma de governo de uma nação” (33). Como *civitas*, considera-se *a cidade* um “conjunto demográfico não rural, de expressão social e econômica, sede de um município” (34). Neste sentido, *civilitas* é a arte ou a ciência de governar, “ciência política ou de governar os estados”, de forma harmônica com atos de “civilidade, afabilidade, benignidade, lhanza, simplicidade, bondade, igualdade de direitos civis, igualdade perante a lei” (35). Progressivamente, vinculada à noção de cidade, observa-se a importância do adjetivo *urbano* (do latim *urbanus*, de *urbs*) “relativo à cidade, da cidade, de cidade”, próprio da cidade. No sentido figurado, *urbano* significa a pessoa que tem “bons modos, boas maneiras, que é delicada, que sabe viver”, o ser humano que “é delicado, que sabe viver, urbano, civil, cortez, polido, delicado” (36), donde “*urbanidade* (de *urbanitas*) constitui a própria *polidez, civilidade*”. Nesta ordem sequencial, *urbanismo* (ou urbanística), derivado mais propriamente do latim *urbanitas*, numa acepção original, “*é a arte de polir, civilizar, higienizar, embelezar cidades*” (37), exercendo manifesta “atração sobre as populações rurais pela cidade e a consequente expansão demográfica da própria cidade” (38), mediante “concentração crescente de população em uma aglomeração urbana” (39), penetração da “civilização urbana nas zonas rurais e nos povos subdesenvolvidos”, em manifesto “*reconhecimento*” à prática sobre “o direito de todos à civilização humana” (40), como pioneiro processo civilizatório de cidadãos tanto urbanos como rurais.

(32) Vicente Ráo, op. cit., v. I, t. I, p. 3, 18, 19; Caio Mário da Silva Pereira, op. cit., v. I, p. 5; Pontes de Miranda, op. cit., t. I, p. 3 e s., 31 e s., 48 e s.; Rubens Limongi França, *Manual de Direito Civil*, v. 1, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais-SP, 1975, p. 9.

(33) F. R. dos Santos Saraiva, *Novíssimo Dicionário LATINO-PORTUGUÊS Etimológico, Prosódico, Histórico, Geográfico, Mitológico, Biográfico* etc., redigido segundo o plano de L. Quicherat, 3ª ed., Ed. GARNIER, Rio de Janeiro-Paris (sem data), p. 229, 1244.

(34) Academia Brasileira de Letras Jurídicas-ABLJ, *Dicionário Jurídico* cit., p. 149.

(35) F.R. dos Santos Saraiva, op. cit., p. 229.

(36) F.R. dos Santos Saraiva, op. cit., p. 1244.

(37) Helita Barreira Custódio, *URBANISMO-I*, in Enciclopédia SARAIVA DO DIREITO, v. 76/1, Ed. SARAIVA-SP, 1981; Caldas Aulete, *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*, v. V, 3ª ed., Ed. Delta, RJ, 1974 (*Urbanística: o mesmo que urbanismo*), p. 3723.

(38) Enrico Dalfino, *Lessico Giuridico dell’Edilizia e dell’Urbanistica - Enciclopedia del Sapere*, Editori LATERZA, Roma-Bari, 1992, p. 349.

(39) Guido Colombo, *Dizionario di Urbanistica*, Pirola Editore, Milano, 1981, p. 184.

(40) *Compêndio do Vaticano II - Constituições, Decretos, Declarações*, Coordenação geral de Frei Frederico Vier, O.F.M., 18ª ed., Ed. VOZES, Petrópolis, 1986, p. 148, 210, 212.

Evolutivamente, dentre outras noções de cidade, destacam-se, em resumo, as seguintes: “Cidade é a expressão palpável da necessidade humana de contato, comunicação, organização e troca, numa determinada circunstância físico-social e num contexto histórico” (41). Para José Afonso da Silva: “*Cidade*, no Brasil, é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativo, econômico não-agrícola, familiar e simbólico como sede de governo municipal, qualquer que seja a sua população”, esclarecendo que a característica marcante “da cidade no Brasil consiste no fato de ser um *núcleo urbano, sede do governo municipal*” (42). De forma mais ampla, considera-se *cidade* um “território edificado, urbanizado e habitado de forma permanente por uma comunidade, atribuindo relevância particular para: o valor e a densidade populacional; a intensidade das relações sociais e das atividades produtivas; a vitalidade das estruturas comerciais; a eficiência organizativa (disponibilidade de equipamentos, serviços etc.); a estética dos edifícios; as características ambientais” (43). Contemporaneamente, de acordo com as exigências científico-tecnológicas, sócio-econômicas, jurídico-ambientais e sanitárias, considera-se *cidade* determinada área planejada, zoneada, edificada, urbanizada, com indispensáveis serviços públicos de saneamento básico, de equipamentos públicos (comunitários e urbanos), mobiliário urbano, dentre outros, habitada e ocupada pela comunidade, com as básicas atribuições e atividades públicas e privadas essenciais à sadia qualidade de vida, à segurança, à liberdade, à igualdade, à educação, ao trabalho, à religião, à tranquilidade, ao lazer, à cultura, enfim, ao bem-estar de seus habitantes e das pessoas que por ali permanecem por tempo determinado e indeterminado ou de forma transitória. Considerada como *a base* da política ou da ciência de governar um povo em seus respectivos âmbitos governamentais (como sede de governo federal, estadual, distrital e municipal), desde as fontes latinas, *dentre os objetivos da cidade*, destacam-se *aqueles vinculados notadamente à educação, ao trabalho, aos atos de civilidade e do correspondente processo civilizatório urbano, de expansão urbana e rural ao bem-estar de todos*.

De acordo com as oportunas observações doutrinárias, trata-se de noções ou conceitos difíceis, tendo em vista o caráter complexo e dinâmico da *cidade* e do *urbanismo* (equivalente à urbanística). Não obstante a diversidade conceitual, trata-se de noções que não se conflitam nem se opõem, mas, sim, se complementam harmonicamente. Neste sentido, salienta-se que as dificuldades progressivas contribuem para as reflexões e a elaboração de *uma noção cientificamente razoável*, com base na indispensabilidade de sua necessária revisão e permanente reformulação diante de novas situações, de novas peculiaridades locais ou interlocais, de novas imposições do progresso científico-tecnológico e de novas normas jurídico-ambientais ajustáveis, a fim de *adaptar cada cidade* às novas exigências sócio-econômicas, urbanístico-construtivas, ambientais, culturais, sanitárias, espirituais, educacionais, dentre outras, compatíveis com o equilibrado

---

(41) Lúcio Costa, *Registro de uma Vivência*, p. 277, in Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo Aurélio - O Dicionário da Língua Portuguesa Século XXI, 3ª ed., Ed. Nova Fronteira-RJ, 1999, p. 469.

(42) José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, 3ª ed., Malheiros Editores-SP, 2000, p. 25.

(43) Guido Colombo, *Dizionario di Urbanistica* cit., p. 38, 39.

desenvolvimento local, interlocal, estadual, regional (cinco Grandes Regiões) e nacional, a explosão demográfica e *o indispensável processo civilizatório nacional* da época contemporânea.

Evidentemente, com o progresso científico-tecnológico, sócio-econômico e agrícola-urbanístico decorrente notadamente da *evolução industrial*, da explosão demográfica e da necessária sadia qualidade de vida, demonstra-se que *a ação civilizatória da cidade*, por força das próprias circunstâncias inerentes à *integração da área urbana com a área de expansão urbana*, passou a compreender, também, *a área do campo ou da zona rural*, evidenciando-se que *o urbanismo*, em seu sentido contemporâneo de *ciência urbanística vinculada à ideia de cidade*, constitui *a ação de civilizar*, que abrange *a ciência, a técnica e a arte da ordenação racional*, por vários instrumentos técnico-urbanísticos adequados, com base em princípios e normas constitucionais e legais aplicáveis, *de todo o solo de um território, tanto o urbano e o de expansão urbana como o rural*, com os respectivos subsolos e características geológicas correlatas, em contínuo *processo civilizatório no legítimo interesse de todos*.

*Quanto à degradação das cidades decorrente das transformações sócio-econômicas, urbanístico-construtivas e ambientais contemporâneas*, adverte-se, preocupantemente, que *a notória ampliação de usos, condutas e atividades* transformadores dos espaços notadamente urbanos e de expansão urbana vem ocasionando alarmantemente *a degradação* dos frágeis ecossistemas das cidades. As agravantes pressões de todas as formas de atividades, de ocupações legais ou ilegais, invasões ilegais e os consequentes problemas ambientais *lançam, geralmente, suas raízes no meio ambiente urbano*, mediante tendencioso processo contínuo de uso nocivo da propriedade pública e privada, localizada na zona urbana e de expansão urbana do Município, com reflexos danosos em sua zona rural, em notório retrocesso contrário aos objetivos civilizatórios próprios das cidades. Sob este aspecto, é sempre oportuno relembrar, ainda que brevemente, dentre os graves e desafiantes problemas ambientais urbanos, aqueles sobre: *A degradação vertiginosa das cidades*, particularmente dos países em desenvolvimento e do terceiro mundo, decorrente não só das notórias atividades industriais poluentes e perigosas de repercussões danosas *além dos limites entre Unidades da Federação no próprio País ou além das fronteiras entre Países* (poluição do ar, das águas, dos solos), mas também da explosão demográfica, *da falta de planejamento e de saneamento básico*; da improvisada e rápida urbanização desordenada e irracional, do êxodo rural e dos refugiados ou da forçada migração (interna e externa) para os centros urbanos, com prejudiciais efeitos de concentrações populacionais excessivas, notadamente em *favelas* onde as previsões são assustadoras nos países em desenvolvimento, com o aumento da desigualdade, da pobreza crônica e dos preconceitos, com o aumento de todos os tipos lesivos de poluição e agressividade (sonora, do ar, das águas, dos solos urbanos, de expansão urbana e rurais, dos alimentos e das bebidas em geral, por agrotóxicos, por lixos, por destruição e redução das áreas verdes, por degradação da paisagem e dos valores éticos e culturais, por violência, dentre outros gravíssimos atos e fatos nocivos e contrários à vida, à saúde, à segurança, ao trabalho, à moral e aos bons costumes, em violento retrocesso do processo civilizatório próprio das cidades), além dos alarmantes desperdícios de recursos naturais e culturais em iminente exaustão das riquezas

locais, estaduais e nacionais (44).

Entre nós, *a preocupante realidade da degradação das cidades brasileiras*, além dos notórios fatos lesivos já citados sobre a deterioração de centros urbanos de Países em desenvolvimento, incluído o Brasil, vem se agravando com o progressivo aumento do desemprego, da pobreza absoluta ou da miséria, da fome crônica, da marginalização, do preconceito ou da discriminação, do analfabetismo, das desigualdades sociais, enfermidades; com a explosão de crianças abandonadas ou de rua; com a grave distorção civilizatória e moral diante da exploração sexual, do turismo sexual, do tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual; com o aumento de invasões de propriedades alheias (públicas ou privadas), transformadas em favelas ou habitações desumanas e reprováveis (*favelas, mocambos, cortiços, cavernas urbanas*), de angústias, incertezas, inseguranças; com a explosão do crime organizado, dos ilegais negócios e usos de drogas alucinantes e letais, com o controle de serviços públicos, de forma inadmissível, por “traficantes de favelas cariocas”, além de outras gravíssimas infrações; o crime organizado contra a vida e a saúde da população, contra os bons costumes, contra o turismo cultural e outras situações de crime, de perigo e de preocupante insegurança da população; a falta de estudo prévio sobre as características geológicas dos solos e os impactos ambientais, a falta de planejamento urbanístico-constructivo, a falta de controle e rigorosa fiscalização contra ocupações ou invasões de áreas (públicas ou privadas) em locais impróprios, em áreas de risco, em margens de rios ou córregos, em montes, em sopé das montanhas, sem saneamento básico, o que vem provocando reiterados efeitos danosos de deslizamentos de terra e destruição de edificações residenciais, comerciais, culturais, religiosas, outros fins, incluídas moradias de alto custo ou em favelas subumanas, notadamente em previsíveis épocas chuvosas, com *inundações* devastadoras tanto na Zona Costeira como no interior e na faixa de fronteiras de todo o País, de danosos efeitos materiais, morais e letais (mortais) incompatíveis com os direitos invioláveis à vida, à segurança e à dignidade da pessoa humana, dentre outros, *em consumada lesão, agravante continuidade de novas lesões e novas ameaças iminentes de danos de efeitos já catastróficos no final do século XX e desastrosamente dramáticos já em pleno decorrer do século XXI*, tudo em flagrante violação aos princípios e às normas notadamente da *Constituição Federal* (CF, arts. 21, IX, XVIII, XX, 23, IX, 24, I, VI, c/c arts. 30, I, II, VIII, 37, 170, II, III, VI, 174 e § 1º, 182, §§ 1º a 4º, 184, 216, 218, 225, §§ 1º a 6º), do *Direito*

---

(44) F. Ramade, *Recursos e riquezas naturais em perigo*, in Enciclopédia de Ecologia, EPU-EDUSP - 1979, p. 251, 264 e s.; M. e C. Corajoud, *A proteção dos sítios e das paisagens*, in Enciclopédia de Ecologia cit., p. 344, 346 e s.; Edward C. Banfield, *A crise urbana: Natureza e futuro*, trad. do original inglês “*The Unheavenly City - The Nature and Future of Our Urban Crisis*”, 2ª ed., Zahar Editores, RJ, 1979, p. 102 e s.; Roberto Guiducci, *L’Urbanista dei cittadini - Dalla città ai parchi scientifici e tecnologici*, Ed. LATERZA, Bari, 1990, p. 7 e s.; *O DESAFIO URBANO, entre os graves desafios mundiais*, in NOSSO FUTURO COMUM, Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 2ª ed., Ed. FGV-RJ, 1991, p. 262 e s.; Márcia D. Lowe, *O Planejamento das Cidades*, como urgente necessidade, no sentido de evitar “enormes cidades em rápido crescimento - como São Paulo, Xangai e Cidade do México”, já definidas como “cidades gigantes castigadas pela população e cercadas por favelas”, “Megalópole - a cidade cujo alastramento ninguém é capaz de controlar”, in QUALIDADE DE VIDA 1992 - Salve o Planeta, Relatório do Worldwatch Institute sobre o Progresso em Direção a uma Sociedade Sustentável, Lester R. Brown (Organizador), Ed. Globo, São Paulo, 1992, p. 164 e s.; Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, *Desapropriação e Urbanismo*, Ed. RT-SP, 1981, p. 48 e s.: *Relatório das Nações Unidas sobre os Centros Urbanos no Mundo*, divulgado em Londres, em 16-6-2006, <http://noticias.terra.com.br> (acesso em 25-11-2006).

*Urbanístico* (CF, arts. 24, I, 25, § 3º, 30, I, II, VIII, 170, II, III, VI, 174, § 1º, 182, §§ 1º, 2º, 3º, 4º) e do *Direito Ambiental* (CF, art. 225, §§ 1º a 6º, c/c arts. 23, III, VI, VII, IX, 24, VI, VII, VIII, 170, II, III, VI, 174 e § 1º), dentre outros dispositivos vigentes. Indubitavelmente, os gravíssimos atos e fatos impõem as urgentes e inadiáveis medidas das Administrações Públicas competentes, para as *obrigatórias providências de repressão das lesões ou danos já existentes*, de recuperação, melhoria, fortalecimento e preservação dos valores urbanístico-ambientais inerentes e vinculados aos objetivos das cidades em todas as suas dimensões e das metrópoles ou megalópoles do Brasil, além das *concomitantes medidas de previsão para as inadiáveis medida de prevenção ou precaução no sentido de evitar ou reduzir novos impactos degradadores*, mediante o obrigatório cumprimento e a adequada aplicação dos princípios e das normas constitucionais e legais ajustáveis à inquietante realidade das cidades brasileiras (45).

## 2. ASPECTOS EVOLUTIVOS DAS NOÇÕES DE DIREITO URBANÍSTICO.

Dentre os aspectos evolutivos relevantes, diretamente relacionados com as noções de Direito Urbanístico, destacam-se os seguintes:

a) **Transformações sócio-econômicas e urbanístico-constructivas ocasionadoras da degradação ambiental e da crise do Direito.** De acordo com as noções evolutivas integrantes do Direito, particularmente com o desenvolvimento industrial, econômico e social, com o progresso científico e tecnológico, com o crescimento demográfico, notáveis foram e vêm sendo as mudanças sócio-econômicas e urbanístico-constructivo-ambientais, particularmente nos últimos trinta anos do século XX e já em pleno século XXI, ocasionando preocupante degradação ambiental, novas exigências notadamente sócio-econômico-ambientais e profundas repercussões sobre os princípios e as normas constitucionais, legais e regulamentares vigentes. Crescentes e agravantes são as inquietações atuais, em razão da *rápida evolução* dos fatos e atos que, com sucessiva ampliação imprudente e desordenada, sem um planejamento adequado, *ocasiona* contraditórias mudanças de mentalidades e de estruturas, *subestima* perenes direitos e valores sociais duramente conquistados através dos séculos, *produz* e *aumenta* distorções e desequilíbrios nos comportamentos humanos e nas normas de conduta, em iminente risco e instabilidade à vida em sociedade. A própria história, em face dos progressivos avanços de atividades que alteram os recursos ambientais e agravam as situações de perigo já existentes, acelera-se tão rapidamente, através dos tempos, que algumas pessoas a seguem com dificuldades e outras se alienam de sua noção. Os princípios e as normas constitucionais, as leis, os regulamentos, as normas em gerais de conduta e de ação se encontram, mais do que nunca nos dias de hoje, em fase *de necessário conhecimento e de adequada interpretação científico-jurídica ajustáveis às novas exigências notadamente sócio-econômicas e urbanístico-ambientais contemporâneas*.

---

(45) Helita Barreira Custódio, *Autonomia do Município na Preservação Ambiental*, Ed. Resenha Universitária-SP, 1976, p. 1 e s.; da mesma Autora: *Forçada migração interna e degradação sócio-ambiental das cidades brasileiras*, in BDA, n. 6/431, Ed. NDJ-SP, 1988; *Desafetação e concessão de bens de uso comum do povo invadidos e transformados em favelas: incompatibilidades jurídico-urbanístico-ambientais*, in RDC v. 53/55, Ed. RT-SP, 1990; *Governi locali ed ambiente: Ripercussioni nazionali ed internazionali*, in RDC v. 71/117, Ed. RT-SP, 1995; Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 6ª ed.,

Nesta fase de notórias transformações, evidente é a *crise* da atualidade, demonstrando-se que “a crise está no ar”: crise de “valores na elephantíase da lei”. “Crise da lei e crise do direito”. “Crise do Estado”, “crise de cultura”, “crise da civilização”, “crise mundial” (46). Define-se a *crise* como “uma alternativa proposta ao homem, o qual deve escolher - e se trata de uma escolha moral - entre permanecer fiel a si próprio e alienar-se”, acrescentando-se que: “Até agora a experiência jurídica resiste, porque o indivíduo resiste. Mas o perigo está no próprio indivíduo... O perigo é que o indivíduo”, negligentemente, “perca a noção elementar daquilo que é uma vida humana, a humanidade da vida”. “O perigo é que se caia no estado de abstração, do qual se tenta sair” (47). A solução dos problemas tradicionais da “especulação jurídica” depende logicamente da solução a ser dada ao *problema da crise do*

---

MALHEIROS-SP, 1996, p. 280 e s.; Samuel Murgel Branco, *Ecologia da Cidade*, 5ª ed., Editora Moderna, São Paulo, 1992, p. 23 e s.; Hermes Ferraz, *A violência urbana - Ensaio*, Ed. Scortecci-SP, 1994, p. 20 e s.; *Relatório das Nações Unidas sobre os Centros Urbanos no Mundo*, de 16-6-2006 cit., com “previsões assustadoras” sobre “o número de moradores nas favelas brasileiras”, que “deve subir para 55 milhões em 2020” se “a tendência atual continuar”, de acordo com projeções demográficas feitas pelo IBGE, <http://muninet.org.br> (acesso em 25-11-2006); Terra - *Violência no Rio de Janeiro: “Traficantes controlam serviços públicos em favelas”*, <http://noticias.terra.com.br> (acesso em 25-11-2006); “*Exploração sexual - A miséria da população combinada com o crescimento do turismo tem pelo menos dois efeitos perversos: o turismo sexual e a exploração de crianças e adolescentes*”, de acordo com a “Pesquisa sobre o Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual, realizada pelo Ministério da Justiça e pela Organização Internacional do Trabalho”, com a ajuda de várias ONGs, in Almanaque ABRIL 2006 BRASIL - Enciclopédia de Atualidades, Ed. Abril, São Paulo, 2006, p. 238, 242; Edésio Fernandes, *O Jogo da Cidade*, PREFÁCIO no livro *Estatuto da Cidade Quem ganhou? Quem perdeu?*, de José Roberto Bassul, Ed. Senado Federal, Brasília, 2005, p. 17, com sérias observações sobre “as cidades brasileiras - fragmentadas, segregadas, excludentes, ineficientes, caras, poluídas, perigosas, injustas e ilegais”, como o resultado do “fracasso do Estado na reforma da ordem jurídica liberal”. Neste sentido, reporta-se, ainda, às advertências e denúncias citadas em nossos livros: *Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes*, ed. de 2005 cit., p. 2, 3, 162; *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*, ed. de 2006 cit., p. XVII (3), dentre outras, além das notórias denúncias diárias pela Imprensa, notadamente jornalística e televisionada, sobre a preocupante degradação das cidades brasileiras. Diante das recentes tragédias em Angra dos Reis e em outros Municípios por *deslizamentos e desmoronamentos de habitações* em “errada ocupação” no “pé da encosta” da montanha e “na crista do morro” (Álvaro Rodrigues, *Geólogo explica o que aconteceu em Angra dos Reis*, in <http://g1.globo.com>, acesso em 9-1-2010), observa Maria Cristina Motta de Toledo que “a Geologia tem um papel marcante e decisivo na qualidade da ocupação e aproveitamento dos recursos naturais”, como “os solos”, mas adverte que, no Brasil, o “desconhecimento quantitativo e qualitativo da dinâmica terrestre tem resultado em prejuízos muitas vezes irreparáveis para a Natureza em geral e para a espécie humana em particular” (*Geociências*, <http://www.igc.usp.br>, acesso em 9-1-2010). De acordo com a oportuna advertência de Monica Teixeira: “As tragédias causadas pelas chuvas poderiam ser evitadas se todas as leis”, que existem para impedir a ocupação irregular dos morros das grandes cidades e das encostas no litoral, “fossem cumpridas” (*Chuva: cumprimento de leis evitaria tragédias*, in <http://jornalnacional.globo.com>, acesso em 9-1-2010).

(46) Giovanni Tarello - *Sul Problema della Crisi del Diritto*, Ed. Giappichelli, Torino, 1957, p. 9 e s., 45, apoiado em rica bibliografia: G. Ripert, *Evolution et progrès du droit*, in *La crisi del diritto*, Padova, 1953, p. 3, bem como *Le déclin du droit*, Parigi, 1949; F. Carnelutti, *La morte del diritto*, in *La crisi del diritto*; W. Cesarini Sforza, *La crisi della legge*, in *Problemi attuali della filosofia del diritto*; A. Ravà, *Crisi del diritto e crise mondiale*, in *La crisi del diritto* cit.

(47) G. Capograssi, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in *La crisi del diritto* cit., p. 44, 45.

*direito*. Neste sentido, evidencia-se a importância da “avaliação moral do direito”. “A relação entre fato e sociedade, entre fato e norma, constitui o valor: o valor nasce e vive com o bom senso”. Mas a sociedade tende a sair do bom senso, a existir em modo autônomo, a adquirir sua própria realidade destituída de qualquer valor. Observa-se que “A destruição do direito natural cometida pela cultura moderna nos apresenta uma situação de crise, consagra, por assim dizer, uma situação de crise”, o que justifica o “apelado ao direito natural”. Em razão da “força do direito como valor”, propõe-se o exame da crise do direito com a finalidade de superá-la, mediante as reflexões científico-jurídicas e o necessário diálogo, não se admitindo a intenção de mero esclarecimento pessoal a respeito (48).

Neste sentido, observa a conscientizada doutrina que “a pessoa se afasta do empírico para conduzir-se ao espiritual, supera uma situação de fratura e recompõe o equilíbrio”, numa “*consciência do valor*”; esta consciência de “querer e poder recompor o equilíbrio é a realização do princípio constitutivo da responsabilidade”. “Esta rítmica reconstituição do equilíbrio, na situação de fratura, é” não só “o princípio constitutivo da responsabilidade, *mas também o princípio constitutivo da Ideia de Justiça*” (49). Quanto ao *Direito Natural*, salienta-se o oportuno retorno às reflexões sobre a essência, do referido Direito, fundamentado no Deus verdadeiro, fonte de toda a *Justiça*. Neste sentido, com a experiência de cinquenta anos de justiça militante, sempre atual é a lição de Rui Barbosa, segundo a qual: “Não há justiça, onde não haja Deus”. Demonstrando “a melhor lição” de sua experiência, argumenta que: “O gênero humano afundiu-se na matéria, e no oceano violento da matéria flutuam, hoje, os destroços da civilização meio destruída. Esse fatal excídio está clamando por Deus. Quando ele tornar a nós, as nações abandonarão a guerra, e a paz, então, assomará, entre elas, a paz das leis e da justiça, que o mundo ainda não tem, porque ainda não crê. À justiça humana cabe, nessa regeneração, papel essencial” (50).

Para Pontes de Miranda, diante das sensíveis transformações sociais e jurídicas, a “*adaptação é a grande lei da Vida*”. Assim: “Tudo que existe tem de harmonizar-se, de adaptar-se. Cristalizações, leis, disciplinas. À mesma condição submetem-se a matéria bruta, os seres vivos e os grupos sociais. Se observarmos a vida humana, vemos que a ação precisa ser coerente, para que o ato de hoje continue o esforço do ato de ontem e ponha o indivíduo em condição de resistir, de perseverar. Tudo isso nasce da adaptação. É disso que resultam a Religião, a Moral, o Direito. São disciplinas” (51).

---

(48) Giovanni Tarello, op. cit., p. 12, rodapé (2), 45, 46, 53, 107.

(49) Nino Nava, *La crisi del diritto e l'etica della responsabilità*, Ed. Giappichelli, Torino, 1959, p. 105.

(50) Rui Barbosa, *Oração aos Moços*, Edições de Ouro, Rio de Janeiro (sem data), p. 115, 117.

(51) Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed., FORENSE-Rio, 1981, p. 3, 4.

Contestando os argumentos doutrinários sobre o declínio ou a crise do Direito, ante o tumulto legislativo contemporâneo, demonstra o Prof. Vicente Ráo que “nem o Direito está em declínio, nem os seus princípios estruturais faliram. Quem ousa sustentar o contrário, confunde princípios, que são normas universais e abstratas, com regras, que são preceitos particulares, mutáveis segundo as necessidades especiais de cada povo, de cada época, de cada fase, de cada necessidade social”, regras estas relacionadas com o próprio Direito Positivo. Assim: “Por força de necessidades novas, novas regras são necessárias para a solução dos problemas de nosso tempo. Transforma-se, pois, o Direito, no sentido da maior extensão de seu poder normativo”. Todavia, acrescenta o eminente Mestre, “semelhante extensão não destrói, antes, confirma, dia a dia, a generalidade e a universalidade dos princípios gerais”. Realmente, “a crise atual do direito se define como crise de transição”, em direção a “uma nova forma estrutural do direito aplicado, que vem sendo, aos poucos, tumultuariamente embora, adaptado à situação social de nossos dias, sem prejuízo dos princípios gerais e fundamentais que a filosofia do direito e a ciência do direito de há muito proclamaram” (52).

Em prosseguimento às oportunas advertências e considerações da científica e melhor doutrina, esta evidencia que tanto as mudanças econômicas como as sociais “constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica”, salientando que “o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social”. Neste sentido, o Direito “ampara a atividade produtiva, tutela a vida, facilita e assegura o progresso; não embarça o esforço honesto, o labor benéfico, a evolução geral. Nasce na sociedade e para a sociedade”. “Força é adaptar o Direito a esse mundo novo, aos fenômenos sociais e econômicos em transformação constante, sob pena de não ser efetivamente justo”. Tanto a doutrina como a jurisprudência “avançam dia a dia, não se detêm nunca, acompanham o progresso, amparam novas atividades, sustentam as modernas conquistas, reprimem os inesperados abusos”. Como fator de desenvolvimento social, ao Direito não é indiferente: “a ruína ou a prosperidade, a saúde ou a moléstia, o bem-estar ou a desgraça”. A lei, aparentemente fria e insensível, “vela com uma constante solicitude sobre todos nós”, visando a realizar “a harmonia social, objeto supremo do Direito”. Assim: “O Direito prevê e provê; logo não é indiferente à realidade” (53).

---

(52) *O Direito e a Vida dos Direitos*, v. I, t. I, cit., p. 4, 138, 139, 140, criticando Georges Ripert - *Le Déclin du Droit*, Libr. Gén., Paris, 1949.

(53) Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., FORENSE-BH-RJ, 1979, p. 25, 31, 159, 168, 171, apoiado nas lições de Francesco Ferrara (*Trattato di Diritto Civile Italiano*, v. I, 1921, p. 210, 211); Georges Dereux (*De l'Interprétation des Actes Juridiques Privés*, 1905, p. 316), dentre outros autores.

Com estas sempre atuais e aplicáveis orientações da científica e melhor doutrina, evidencia-se que as transformações sócio-econômicas e urbanístico-constructivas, ocasionadoras da degradação ambiental e da crise do Direito, constituem desafiantes oportunidades à conscientizada Comunidade Jurídica para o *aperfeiçoamento da noção do Direito*, tanto em suas origens como diante das crescentes *transformações econômicas, sociais, urbanísticas, constructivas, ambientais e jurídicas*, resultantes do progresso científico-tecnológico e do crescimento demográfico, visando essencialmente à preservação da vida em geral, à integridade física e psíquica da população, à proteção dos recursos naturais e dos bens de valor cultural em todos os seus aspectos, enfim, à incolumidade das pessoas e do patrimônio em geral ao completo bem-estar da pessoa humana individual, social ou coletiva, comum ou difusa e publicamente considerada. Consequentemente, por força dos *princípios gerais do Direito*, sempre de forma coerente com a realidade, torna-se cada vez mais evidente *a imprescindibilidade da adaptação das normas do Direito Positivo às progressivas mudanças e aos novos fatos*, sempre de forma compatível tanto com *seus fins sociais* como com *a conciliação do desenvolvimento sócio-econômico e urbanístico-constructivo com a preservação da qualidade ambiental propícia à vida e às básicas exigências sanitárias, educacionais, profissionais, culturais, espirituais ou religiosas, dos bons costumes, do lazer saudável, do processo civilizatório, todas indispensáveis ao bem-estar de todos*.

**b) Considerações evolutivas sobre as noções de urbanização, urbanismo (ou urbanística) e de Direito Urbanístico.** Em razão das transformações sócio-econômicas e urbanístico-constructivas ocasionadoras da *degradação ambiental e da crise do Direito*, manifesta, progressiva e permanente vem sendo *a reação* notadamente da Comunidade Científico-Jurídica em prol das reflexões, da promoção, da formação, do aperfeiçoamento, do fortalecimento, da adoção e observância das *básicas noções científico-técnicas de urbanização, urbanismo ou urbanística e de Direito Urbanístico*.

**1) Noções de urbanização.** Partindo de *urbanização*, considera-se, em princípio, a concentração de população em aglomerações de caráter urbano ou a “transformação de um espaço rural em espaço urbano, geralmente sob a influência do crescimento demográfico, econômico e espacial de um centro urbano”, em decorrência do “êxodo rural” “por razões de ordem econômica ou social” (54). Trata-se de um processo “que conduz a uma mudança de composição do agregado social, caracterizado pela deslocação de pessoas de zonas rurais para as cidades”. De forma contínua: “As áreas urbanas têm-se tornado cada vez mais densamente povoadas, com as cidades pequenas quase ligadas a formar aglomerados, regiões de grande cidade, zonas urbanas e subúrbios” (55). *A urbanização* constitui um fenômeno “de amplitude mundial, que consiste no crescimento das cidades e das formas de vida cidadinas”. Neste sentido, chama-se *grau de urbanização* de um País, região ou continente “a porcentagem de habitantes que vivem em cidades, particularmente em

---

(54) Conseil International de la Langue Française, avec le concurs du Ministère de la Qualité de la Vie, *Vocabulaire de l'Environnement*, HACHETTE, Paris, 1976, p. 52, 120.

(55) Alan Gilpin, *Dicionário de Termos do Ambiente*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1980, p. 231.

grandes cidades, como consequência da industrialização e do êxodo rural”, evidenciando-se que o grau de urbanização se encontra “em constante aumento”. Tal situação impõe a preventiva e adequada *urbanização* por parte da Administração Pública competente, como *ato ou efeito de urbanizar* determinado espaço ou certa área previamente estabelecida. Assim, é necessário recordar que: “Urbanizar um espaço é dotá-lo das infraestruturas necessárias para fazê-lo acessível e habitável, ou para nele instalar serviços industriais, comerciais ou de caráter público” (56).

Nesta ordem evolutiva, sucessivamente, por força das novas circunstâncias sócio-econômicas e urbanístico-constutivo-ambientais, com a explosão demográfica dos centros urbanos, *a urbanização*, como ato ou efeito de *urbanizar*, passou a constituir um “conjunto de técnicas e de obras que permitem dotar uma cidade ou área de uma cidade de condições de infraestrutura, planejamento, organização administrativa e embelezamento conformes aos princípios do urbanismo” (57). Vinculada ao *urbanismo* (o mesmo que *urbanística*), *a urbanização*, no campo da ciência e da tecnologia, define-se como: “Conjunto das obras necessárias para transformar uma área não-edificada idônea a acolher instalações habitáveis e produtivas e por isso idônea a usos edilícios. Distingue-se em *urbanização principal* (ou tecnológica) e *urbanização secundária* (ou social)” (58), todas juridicamente relevantes e vinculadas tanto à *Ciência Técnico-Urbanística ou do Urbanismo* como aos princípios e às normas jurídico-técnicas do *Direito Urbanístico*, vinculado ou relacionado com outros ramos do Direito, como, dentre outros, o *Direito Ambiental*.

**2) Noções de urbanismo ou urbanística e de Direito Urbanístico.** Em resumo, com base nos princípios e nas normas justificadores dos avanços científico-tecnológico-artísticos e jurídicos, pode-se conceituar *urbanismo ou urbanística* como o conjunto das ciências, das técnicas e das artes da ordenação e evolução do *solo* urbano e de expansão urbana, com o respectivo *subsolo* e as benéficas repercussões no solo rural, compreendendo todas as operações compatíveis com a sua transformação (planejamento, zoneamento, loteamento, urbanização, construções de ordem arquitetônico-artístico-estética, higiênico-sanitária, administrativa ou pública, residencial, econômica, comercial, financeira, industrial, educacional, religiosa, cultural, de lazer etc.) e preservação ambiental, visando ao uso e à ocupação racionais dos espaços correlatos, com *o objetivo de assegurar o bem-estar da pessoa humana* individual, coletiva ou publicamente considerada e *a qualidade ambiental propícia à vida da população tanto urbana e de expansão urbana como rural* (59).

---

(56) Dicionário de Ecologia, orig. em língua alemã HERDER LEXIKON, trad. de Maria Luiza Alvarenga Correa, Edições Melhoramentos-SP, 1979, p. 156.

(57) Instituto Antônio Houaiss, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 2001, p. 2809.

(58) Guido Colombo, *Dizionario di Urbanistica cit.*, p. 184.

(59) Helita Barreira Custódio, *URBANISMO I*, in Enciclopédia SARAIVA DO DIREITO v. 76/1, Ed. SARAIVA, São Paulo, 1981. Dentre as noções técnicas, destacam-se aquelas sobre “*URBANISME*”, in Vocabulaire de l’Environnement, Conseil International de la langue française, avec le concours du Ministère de la Qualité de la Vie, HACHETTE, Paris, 1976, p. 120; Guido Colombo, *Urbanistica*, in Dizionario di urbanistica, Ed. Pirola, Milano, 1981, p. 184, com o acréscimo da “*Urbanistica sotterranea*” como o conjunto das obras, dos edifícios, dos artefatos e das instalações, estruturas, aberturas no subsolo; Enrico Dalfino, *Urbanística*, originada notadamente do desenvolvimento industrial, no campo do “*urbanesimo*”, urbanismo, no início e a partir do século XIX, in Lessico giuridico dell’edilizia e dell’urbanistica, Enciclopédia del sapere, Ed. Laterza, Roma-Bari, 1992, p. 349, 350.

Com fundamento nos citados avanços científico-tecnológico-artísticos e jurídicos, considera-se *Direito Urbanístico*, ou *Direito do Urbanismo* em alguns Países, o conjunto de princípios e normas gerais, especiais, complementares e excepcionais de caráter obrigatório, impostos coercitivamente pelo Poder Público competente, os quais regulam as atividades urbanístico-construtivas do solo urbano e de expansão urbana com os respectivos espaço aéreo e subsolo, além das benéficas repercussões na zona rural, mediante obrigatório planejamento territorial completo e adequada execução dos planos ou projetos correlatos, observadas as limitações ou restrições e proibições constitucionais e legais vinculadas aos princípios da função social da propriedade e da conciliação do desenvolvimento sócio-econômico e urbanístico-construtivo com a preservação da sadia qualidade ambiental propícia à vida tanto da população urbana e de expansão urbana como da população rural ou agrícola. O *Direito Urbanístico (norma agendi)*, considerado novo ramo do Direito Público, tem como *objetivos*, dentre outros: *garantir o direito à cidade segura, moral e ambientalmente equilibrada; assegurar o pleno desenvolvimento harmônico-racional das funções sócio-econômicas de forma compatível com a qualidade ambiental propícia à vida dos habitantes tanto da cidade ou da zona urbana e da zona de expansão urbana como do campo ou da zona rural; assegurar o total bem-estar da pessoa humana em todo o território municipal, intermunicipal, estadual, distrital, regional (dois ou mais Estados) e nacional, independentemente de sua situação econômica.*

Integrando, necessariamente, as breves noções em reflexão, é indispensável salientar a *imposição*, decorrente das transformações contemporâneas, relacionada com a obrigatoriedade da *utilização racional ou sustentável do solo urbano, de expansão urbana e rural*, com o respectivo *subsolo*, mediante a adoção de adequada *política imobiliária*, com a *compreensão tanto da política do solo urbano e de expansão urbana como da política do solo rural*, abrangendo, respectivamente, a *política urbanística e a política agrícola*, todas *vinculadas à Política Nacional do Meio Ambiente ou Política Ambiental*. Cientificamente, o *harmônico objetivo* da obrigatória utilização racional ou sustentável do *solo e do respectivo subsolo*, em sua totalidade, perante as respectivas políticas, *é assegurar a conciliação* do desenvolvimento sócio-econômico, urbanístico-construtivo, agrícola, científico-tecnológico e a explosão demográfica com a defesa e a preservação da qualidade ambiental *propícia à vida humana, animal ou faunística e vegetal ou florística*, à proteção de outros recursos ambientais (naturais, culturais, sanitários, sócio-econômicos), à inviolabilidade do direito à vida, à saúde pública, à liberdade, à igualdade, à educação, ao trabalho, à propriedade, à segurança, à cultura, à religião, ao lazer, enfim, *à inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais ao bem-estar comum de todos.*

c) **Aspectos evolutivos das noções da Ciência do Urbanismo ou da Ciência Urbanística e do correspondente Direito Urbanístico.** De acordo com as observações doutrinárias, alienígenas e nacionais, muitas têm sido as tentativas, desde épocas remotíssimas e no decorrer dos séculos, notadamente a partir do fim do século XVIII e prosseguimento do início do século XIX, para a elaboração de uma *noção* ou *definição* razoável inicialmente de *urbanismo* e sucessivamente de *urbanística* como ciência originadora do correspondente *Direito Urbanístico*. Trata-se de noções de natureza polêmica, em razão do caráter complexo e dinâmico do *urbanismo*, com o passar do tempo equivalente à *urbanística*, que tem como suporte a *propriedade imobiliária* passível notadamente de *interesses de grupos de pressão de ordem política, econômica e social*, de

forma incompatível com o planejamento urbanístico-ambiental e *prejudicial aos valores* especialmente fundamentais da pessoa humana, sanitários, educacionais, artísticos, estéticos, paisagísticos, ecológico-ambientais, científicos, culturais em geral. Neste sentido, observa-se a dificuldade crescente, por parte da doutrina, para a elaboração de uma noção da complexa matéria de urbanismo e de sua reformulação, em suas diversas fases evolutivas, preparatórias e necessárias à elaboração de normas científico-técnico-artísticas típicas da *Ciência Urbanística* (o mesmo que *Ciência do Urbanismo*) como indispensável fundamento do *Direito Urbanístico* ou *Direito do Urbanismo*, diante de novas circunstâncias sócio-econômicas e urbanístico-constitutivas, novos argumentos e acertos científico-artístico-tecnológicos, novas normas jurídico-constitucionais ajustáveis às novas e complexas transformações e imposições do progresso em seus variados aspectos, da explosão demográfica e das respectivas exigências sócio-econômicas, sanitárias, educacionais, profissionais, industriais, comerciais, culturais, morais, espirituais, ecológico-ambientais, de igualdade, de propriedade, de segurança, dentre outras, da época contemporânea. Neste sentido, considerando a relevância e a progressiva atualidade do assunto, considerando a oportunidade para a divulgação dos científicos fundamentos das noções em exame e visando à inadiável conscientização pública sobre a obrigatoriedade da científica matéria urbanística, evidenciam-se, dentre os aspectos evolutivos alienígenas e nacionais, os seguintes:

1) **No Direito Comparado.** Partindo da *Itália*, resumidamente, sem entrar nos variados aspectos da longa evolução das teorias, dos métodos, das técnicas científico-artísticas, dos instrumentos planejadores e respectivas normas urbanísticas de “*épocas antigas*”, “*da época romana*”, “*da época medieval*”, “*da época moderna e contemporânea*” (60), considerando a complexidade e a dificuldade da *matéria ou disciplina urbanística* e do respectivo Direito Urbanístico, destacam-se as observações doutrinárias, segundo as quais, numa primeira noção científica de caráter local, *a urbanística* se define como “a ciência que se preocupa com a sistematização e com o desenvolvimento das cidades, procurando”, através da aplicação de todos os recursos técnicos, “determinar a melhor posição das vias de circulação, dos edifícios e obras públicas, das habitações particulares, no sentido de proporcionar à população uma habitação saudável, cômoda e agradável” (61). A data de nascimento da urbanística moderna remonta ao século XVIII, época em que se manifestam dois fenômenos concomitantes: “a aceleração da taxa de crescimento da população e o começo do processo de *industrialização* (notadamente em Inglaterra e França)”. Estes “dois fenômenos” interrompem “o secular equilíbrio das circunstâncias naturais e criam as premissas para uma modificação radical das instalações, dos modos de vida e dos modelos culturais. A nova organização do trabalho - em consequência ao emprego das novas técnicas produtivas - altera bruscamente o antigo equilíbrio entre cidade e campo e cria o fenômeno da concentração nas grandes cidades com desperdícios enormes de recursos (humanos e econômicos) e gravíssimas tensões no conjunto social”. Para a conscientizada doutrina, a “cultura política” do século XIX “é ferida principalmente pela situação subumana em que o proletariado é obrigado a viver nas periferias das cidades”. A

(60) Vigilio Testa, *Disciplina Urbanistica*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 1974, p. 13 e s.

(61) Leopoldo Mazzaroli, *I piani regolatori urbanistici*, reportando-se à definição de Danger, CEDAM, Padova, 1962, p. 206 e s.

urbanística moderna “nasce exatamente como tentativa - sem êxito - de corrigir os males da cidade industrial” (62). “Falida a urbanística dos urbanistas, a urbanística torna-se um problema de todos, uma responsabilidade geral. Não pode existir uma urbanística ‘mínima’, limitada a denunciar e propor pequenas soluções locais, e uma urbanística ‘máxima’, dos especialistas, que desenha cidades e regiões”, pois “tal separação” é a “negação da democracia”. Evidentemente, “uma urbanística democrática” exige contribuição específica de “especialistas” mediante instrumentos difíceis e complexos, bem como “responsabilidade coletiva”. Compreendendo “um direito-dever da sociedade civil”, “é um problema de todos”, como “prática de todos”. *O objetivo* da urbanística, “Aristóteles já o havia fixado faz mais de dois mil anos”: “os homens se reúnem nas cidades com o escopo de viver; eles permanecem reunidos para viver a boa vida” (63).

Evolutivamente, “Da urbanística ao Governo do Território” (64), de acordo com os esclarecimentos doutrinários: “*A instrumentação urbanística das origens a hoje*”, atualmente disponível ao uso dos Entes Administrativos territoriais competentes, “representa o resumo do longo processo evolutivo cujo percurso é sujeito no tempo a urbanística, como ciência do uso do território”. “A evolução da urbanística se manifesta lentamente no tempo e investe quer em aspectos quantitativo-qualitativos, quer em aspectos jurídicos” (65). Em sua evolução conceitual vinculada ao território, cientificamente, para melhor compreensão da urbanística, a questão apresenta dois níveis: “1) o que é a urbanística do ponto de vista técnico-urbanístico, 2) o que é o direito urbanístico do ponto de vista jurídico”. Hoje: “A consideração científica dos problemas da cidade exige o reconhecimento segundo o qual esta não mais se caracteriza como entidade autônoma, destacada e separada do território em que surge, uma vez que se encontra inserida neste como um tecido conectivo”. Desta forma: “O objetivo da urbanística se amplia, abrangendo não só a cidade, mas também todo um inteiro território, tanto na sua parte urbana como naquela rural; a urbanística vem a caracterizar-se não só como ciência pertencente aos agregados urbanos, mas também como ciência das fixações humanas quer centralizadas, quer dispersas”. Nesta contínua evolução: “Partiu-se de um conceito de urbanística (aplicado na lei sobre a desapropriação de 1865) muito limitado, passou-se a um conceito de urbanística como disciplina das cidades, chegou-se enfim a um conceito de urbanística como disciplina do inteiro território”. Assim: “Urbanística não significa hoje ‘urbano’ mas significa ‘do território’. Em síntese: disciplina urbanística = disciplina do território”. Quanto à definição do *Direito Urbanístico*, “as matérias juridicamente estudadas podem ser identificadas em dois modos: ou com um critério de caráter material, segundo objetivo regulado; ou com um critério substancial, segundo uma unidade de princípios que constitui

---

(62) Filippo Salvia e Francesco Teresi, *DIRITTO URBANISTICO*, 6ª ed., CEDAM, Milano, 1998, p. 3, 4, apoiado nas lições de BENEVOLE; *Le origini dell’urbanistica moderna*, Bari, 1971; ARDIGÒ, *La diffusione urbana*, Roma, 1967; ZOCCA, *Sommario di storia urbanistica delle città italiane dalle origini al 1860*, Napoli, 1961, dentre outros autores.

(63) Roberto Guiducci, *L’urbanistica dei cittadini - Dalla città ai parchi scientifici e tecnologici*, Ed. Laterza, Bari, 1990, p. VII.

(64) Paolo Urbano, *Pianificazione urbanistica, edilizia residenziale e interessi ambientali - Profili istituzionali dell’Azione Pubblica*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1 e s.

(65) Alfredo Rossi, *Il Piano Regolatore Generale dal punto di vista tecnico - Appendice*, in Giorgio Pagliari, *Corso di Diritto Urbanistico*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1999, p. 478 e s.

um instituto”. Como conceito geral: “A disciplina urbanística é um sistema unitário, um conjunto de institutos jurídicos coligados que se unem um ao outro. A explicação e a compreensão de um não é possível sem a contemporânea compreensão dos outros”. Neste sentido: “A disciplina urbanística se apoia sobre três pilastras fundamentais”: A primeira se define como “os planos urbanísticos, os atos do poder público que disciplinam a sistematização e a utilização do território”; a segunda “é a propriedade edilícia, direito dos privados a utilizar o território que lhe pertence segundo modalidades predeterminedas pelo poder público”; a terceira pilastra se define como “os instrumentos de aplicação da disciplina urbanística, controles e sanções, que garantem a correspondência entre utilização dos bens e determinações do poder público”. “Expôr sistematicamente o direito urbanístico implica em reunir normas numerosas e diversas, e de grande importância prática, em um quadro compacto e coerente, e reflete necessariamente no íntimo da teoria geral do direito” (66).

Em sua concepção global e dinâmica, o fenômeno compreende não só as exigências higiênico-estéticas da cidade, mas também a tutela de todas as exigências da vida social, interessando não só às comunas, mas também a todo o território com suas características geográficas, étnicas, históricas, artísticas, naturais, paisagísticas, ecológicas, geológicas, econômicas, sanitárias, culturais, educacionais, a utilização racional ou sustentável do solo em todo o território do Estado, numa visão abrangente de planejamento territorial e ambiental de qualquer nível (67). O *urbanismo* é regulado pelo *Direito Urbanístico*, este definido como “o complexo das regras e dos institutos que disciplinam o crescimento edilício dos centros habitados e o desenvolvimento urbanístico no território do Estado”, abrangendo todo o complexo de intervenções no território e das formas de utilização deste, como a legislação sobre as belezas naturais, a edificação popular, a edilícia nas zonas sísmicas, nas zonas industriais, sobre os parques nacionais, a salvaguarda e a recuperação de centros históricos, enfim, toda a legislação que se relaciona com a utilização racional do solo em todos os seus aspectos (68).

Evidentemente, a “disciplina urbanística”, partindo de obrigatório planejamento ambiental, trata de “complexo tema da ciência e da compreensão das leis e do direito urbanístico e ambiental”, integrado ao “regime dos solos” (69). Diante da manifesta

---

(66) Federico Spantigati, *Manuale di Diritto Urbanistico*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 10, 11, 45.

(67) Feliciano Bevenuti, *Gli elementi giuridici della pianificazione territoriale in Italia*, in *Atti del Convegno Internazionale sulla Pianificazione Regionale e Provinciale*, Passo della Mendola, Trento, 1956, p. 36-7; Gastone Martini, *Disciplina e tutela del patrimonio storico, artistico e paesagistico*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 9; Giuseppe Fragola, *Urbanistica ed edilizia*, CEDAM, Padova, 1972, p. 122; Aldo M. Sandulli, *Diritto Amministrativo*, 12ª ed., Jovene, Napoli, 1974, p. 112; Mario Cicala, *La tutela dell'ambiente nel diritto amministrativo, penale e civile*, UTET, Torino, 1976, p. 243 e s.; Massimo Severo Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Giuffrè, Milano, v. 1/53, 1973; Paolo Urbani, *Pianificazione Urbanistica, Edilizia Residenziale e Interessi Ambientali*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 168; Vittorio Angiolini, Carlo Marzuoli, Alberto Roccella, Domenico Sorace e Aldo Travi, *Materiale per un Corso di Diritto Urbanistico*, 3ª ed., Ed. GIAPPICHELLI, Torino, 1999.

(68) Giuseppe Morbidelli, *La dottrina giuridica dell'urbanistica dal 1950 ad oggi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma, v. 1/113, 1974.

(69) Gianni Beltrame, *Commenti alle principali leggi urbanistiche e ambientali*, CEDAM, Padova, 1998, p. XI, XII.

evolução da matéria, ao lado da “legislação urbanística”, inerente ao *Direito Urbanístico*, vem desenvolvendo-se, no tempo, “uma legislação ambiental, obrigatoriamente disciplinada, aos próprios fins, também, em prol do território”. O “direito urbanístico”, com “fundamento constitucional”, de forma imprescindível “pela imposição dos arts. 2 e 3 da Constituição”, bem como dos arts. 9, 42, da citada Magna Carta, apesar dos debates sobre sua autonomia dependente “do direito administrativo”, é direito autônomo demonstrado, enfim, por “uma literatura especializada”. Assim, a questão do raciocínio “sobre o fundamento constitucional do direito urbanístico foi, prevalentemente, considerada fechada” ou encerrada, demonstrando-se que “o direito urbanístico”, ou “a atividade urbanística abrangente da atividade do planejamento territorial”, tem indiscutivelmente “sua própria autonomia” (70).

Na Inglaterra, no século XVIII, “a infraestrutura científica está pronta para dar origem ao progresso técnico”, o mesmo ocorrendo na França. A história demonstra o notável avanço da Grã-Bretanha sobre os outros Países. Notadamente no “fim do século XVIII” e no “princípio do século XIX”, evidencia-se “a sucessão de vários descobrimentos técnicos”, estimulando outros Países, como a França, a Itália, com repercussões na “urbanização da população” e no “grau de desenvolvimento econômico” (71). No tocante ao “*urbanismo contemporâneo*”, as transformações modificaram “as bases econômicas das cidades e favoreceram o desenvolvimento rápido da população”, o que explica que “a Inglaterra, tecnologicamente muito avançada em matéria industrial, tenha tido um urbanismo anteriormente aos outros países, com grandes teóricos do urbanismo” (72). De acordo com as observações doutrinárias, as questões urbanísticas ali se revestem de particular importância, em face das peculiaridades nacionais, com a evidência, segundo a qual a nova concepção de *urbanismo*, ultrapassando os limites de mero problema de extensão superficial com fins mais ou menos estéticos e higiênicos, converte-se em complexa ciência da política governamental para a utilização racional do solo, mediante processos técnicos e econômicos, abrangendo a planificação e proteção tanto das zonas urbanas ou de expansão urbana como da zona rural, numa política urbanística que se ocupa de todos os aspectos do planejamento e do meio ambiente ao uso racional do solo e de seus recursos, mediante sistema de planejamento eficaz e eficiente, para benefício de toda a comunidade (73).

(70) Giorgio Pagliari, *Corso di Diritto Urbanistico*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1999, p. 3, 6, 7, 8, 10, 25.

(71) Pierre Maillat, *O crescimento econômico*, trad. do tít. orig. *La croissance économique*, PUF, Paris, 1968, por Octavio Mendes Cajado, Difusão Européia do Livro - Coleção “Saber Atual”, São Paulo, 1968, p. 11, 12, 49.

(72) Françoise Billaudot e Michèle Besson-Guillaumont, *Environnement, Urbanisme, Cadre de Vie - Le Droit e l'Administration*, Éd. Montchrestian, Paris, 1979, p. 13.

(73) Peter Self, *Los problemas del crecimiento urbano y su tratamiento actual en Gran Bretaña*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 33-4; J. J. Granelle, *Espace urbain et prix du sol*, Sirey, Paris, 1970, p. 92; Leonardo Benevolo, *Aux sources de l'urbanisme moderne*, principalmente na Inglaterra e na França, Horizons de France, 1972, p. 5, 115 e s.; David Nobles, *Pianificazione Urbana e Territoriale In Gran Bretagna*, in DOCTER, ANNUARIO EUROPEO DELL'AMBIENTE 1986, Giuffrè, Milano, 1986, p. 758, 762.

Na França, o urbanismo é considerado tradicionalmente “como a ciência e a arte de ordenação das cidades e das aglomerações humanas, no sentido de atender a diversas necessidades econômicas, sociais e estéticas, bem como às necessidades inerentes ao poder de polícia, como aquelas essencialmente da higiene e da salubridade públicas”. O *Direito do Urbanismo*, mantendo estreitas relações “com certas partes do direito civil, do direito penal, do direito rural, do direito financeiro e do direito fiscal”, constitui “o conjunto de regras jurídicas”, tendo como objetivos, dentre outros, “a realização dos diversos fins urbanísticos” (74). Em acepção ampla, observa a doutrina que a expressão “aménagement du territoire”, abrangendo o ordenamento imobiliário e o urbanismo, corresponde “a uma política mais geral, que se manifesta pelo plano de desenvolvimento social da Nação”, cujas orientações e regras se relacionam diretamente com “a utilização dos solos”, de forma racional ou sustentável (75). “*Aménagement du territoire*” (ordenamento do território), como conceito genérico, compreende “estudo e aplicação das medidas legislativas, regulamentares, econômicas e financeiras destinadas a favorecer uma distribuição harmoniosa das populações humanas, das atividades e dos equipamentos sobre o conjunto do território nacional, a fim de melhorar a qualidade do meio ambiente e de promover o desenvolvimento econômico”. Trata-se de *ordenamento territorial* que compreende a “evolução dos espaços urbanos” (em função de concepções e de dados econômicos, sociais e estéticos), o “ordenamento hidráulico”, o “ordenamento regional” e o “ordenamento rural”, “com o objetivo de assegurar o bem-estar humano e a qualidade do meio ambiente” (76).

No tocante à “*evolução da política urbana e da tomada de consciência do meio ambiente no direito do urbanismo e no ordenamento do território*”, torna-se evidente que: “Urbanismo e política são duas noções profundamente ligadas”, pois “todas as duas têm além do mais uma raiz etimológica que se refere à cidade, aos habitantes de uma cidade; todas as duas se caracterizam por uma ação de síntese e arbitragem entre numerosos dados e pela vontade de organizar a vida dos cidadãos”. Esta concepção global de ordenamento do espaço “é recente já que aparecida após a urbanização galopante da segunda metade do século XX”. Define-se o *urbanismo* como o conjunto de “medidas técnicas, administrativas, econômicas e sociais que devem permitir um desenvolvimento harmonioso, racional e humano das aglomerações”. O século XX teve “uma política muito progressiva”, mediante “um esforço de planejamento e de regulamentação que vem depois do período de ‘laissez-faire’ por meio de, em consequência, uma política paralela de participação e de descentralização muito recente, no quadro da dupla pesquisa de uma política imobiliária eficaz e de uma proteção do meio ambiente”. Nas sucessivas fases “do *urbanismo contemporâneo*”, dentre outros avanços, destacam-se aqueles: “*De uma política de reconstrução e de reconstituição a uma política global de ordenamento do espaço*”; “*De uma política quantitativa a uma política qualitativa*”, com orientações, dentre outras, sobre: “um urbanismo descentralizado que permite reforçar as responsabilidades locais; um urbanismo humano que permite reduzir as desigualdades sociais; um urbanismo compatível com a boa gestão das finanças públicas; um urbanismo aberto que permite a informação e a

(74) Alex Weill, *DROIT CIVIL - Les Biens*, deuxième édition, DALLOZ, Paris, 1974, p. 159.

(75) Jacques Baschwitz - *L'urbanisme et l'aménagement foncier*, Defrenois, Paris, 1972, p. 21.

(76) Conseil International de la Langue Française, *Vocabulaire de l'Environnement* cit., p. 7, 8, 120.

participação dos habitantes”, com a compreensão tanto do “ordenamento global do espaço” como da “evolução da legislação e da regulamentação” (77). “A noção de ordenamento do espaço é com efeito uma noção global, e não se pode ignorar as repercussões da extensão das cidades sobre as zonas rurais limítrofes”. Na realidade, “as preocupações do ‘urbanista’ não se limitam ao ordenamento do meio urbano. Cada vez mais, ele é conduzido a inquietar-se igualmente pelo ordenamento do espaço rural ou das zonas turísticas. Igualmente seria sem dúvida preferível falar de direito público do ordenamento e da construção”, num “caráter global do enquadramento jurídico permitindo aos poderes públicos efetuar arbitragens cada vez mais complexas entre as formas de interesses privados extremamente diversificadas”, bem como “entre diferentes aspectos do interesse público”. Mesmo com sua dimensão ampliada, o *Direito Urbanístico*, “além de não se confundir com outros ramos do direito que lhe são próximos”, mantém integração ou relação com tais ramos do direito e com o direito do meio ambiente. Consideravelmente “ampliado em seu objetivo”, o Direito do Urbanismo, “após ter penetrado no direito da construção e lhe ter impresso sua marca, estendeu seu domínio de intervenção, não mais se limitando ao ordenamento da cidade e se tornando o direito da ocupação dos solos”. Tal Direito “atualmente consegue mais ou menos absorver o direito do meio ambiente” (78).

Considerando as dificuldades evolutivas do “urbanismo” e do “direito do urbanismo”, a conceituada doutrina destaca o “mérito de Hausmann”, qualificado como “o pai-fundador do direito do urbanismo francês”. Já naquela época (1852), “Hausmann já sabia que um bom urbanismo não se realiza na improvisação”, mas, sim, de acordo com a regulamentação adequada ao “campo de aplicação”. Tal Direito, de “caráter interdisciplinar”, configura-se largamente “pelos modos de intervenção e de regulação públicas” desenvolvidos em França. Com a progressiva evolução, “calcula-se hoje um número considerável de regulamentos de urbanismo” relacionados com “o controle da utilização dos solos”, mediante “Regras de urbanismo” (gerais, locais e especiais), “Autorizações de urbanismo”, “Contribuições de urbanismo” (79). Acrescenta-se que “O direito francês do urbanismo começa também a sentir a influência do direito europeu”, com a aplicação, “em 1998”, da “Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem, para criar um novo caso de indenização das servidões de urbanismo”. Tratando das “grandes etapas” do “DROIT DE L’URBANISME”, salienta a conscientizada doutrina as “tendências atuais”: “Das tendências novas se afirmam ao triplo nível políticas urbanas, processos de urbanismo e regras jurídicas”. À medida que as regras de urbanismo se multiplicam, “o direito do urbanismo adquire sua autonomia, não somente em face das antigas preocupações de polícia (segurança, salubridade, pertencente ao domínio ou conjunto de bens imóveis), mas também com relação ao direito da construção”. “O direito

(77) Françoise Billaudot e Michèle Besson-Guillaumont, *Environnement, Urbanisme, Cadre de Vie - Le Droit e l’Administration* cit., p. 9, 13, 14, 17, 25, 26.

(78) Yves Jégouzo e Yves Pittard, *Le droit de l’urbanisme*, Masson, Paris, New York, Barcelone, Milan, 1980, p. 7, 8. Tratando-se de expressões sinônimas de novo ramo de Direito autônomo, observa-se a adoção tanto da expressão *Direito do Urbanismo* (*Droit de l’urbanisme*) adotada na França de acordo com o sentido original como da expressão *Direito Urbanístico* adotada no Brasil (CF, art. 24, I), ambas iniciadas com letra maiúscula para enfatizar a sua relevância.

(79) Jérôme Chapuisat, *Le droit de l’urbanisme*, Que sais-je, 2130, PUF, Paris, 1983, p. 6, 9, 10, 11, 12.

do urbanismo transforma-se cada dia um pouco mais em direito público econômico, distinto do direito administrativo geral”, salientando-se que esta evolução “não facilita seu estudo”, pois, “de maneira paradoxal, a autonomia crescente do direito do urbanismo em relação ao direito da construção multiplica as interferências com outros ramos do direito público: direito da desapropriação, direito do meio ambiente, fiscalidade imobiliária, ordenamento do território”. Evidentemente: “Estas numerosas interferências, acrescentadas à mudança frequente de regulamentação, constituem fatores essenciais de complexidade” (80).

*Na Espanha*, salienta a doutrina que a definição de *urbanismo*, não obstante a diversidade de conceitos, encontra-se, ainda, em formação, tratando-se de assunto difícil, de natureza polêmica e dinâmica. Todavia, acrescenta que o seu significado etimológico, de ciência voltada só para o ordenamento das cidades, conserva-se apenas por tradição, uma vez que o seu conceito se ampliou, abrangendo, além das aglomerações urbanas, “a utilização racional de todas as partes do território” de caráter “urbano ou rural”. Os ideais do *urbanismo*, como política urbanística ou política do solo, “são nada mais e nada menos que melhorar *ex tempore*”, ou imediatamente, “as condições da vida do homem. Por ele o urbanismo e sua política têm existido em todos os tempos, pois são universais e necessários” (81). O objetivo da legislação urbanística é o bem-estar público, como princípio constitucional, mediante a organização da cidade e o regime jurídico do solo (82).

*Em Portugal*, numa visão global, em breves “notas sobre a realidade portuguesa” relacionada com a “*disciplina urbanística*”, esclarece a doutrina que o “urbanismo contemporâneo” é de “evolução recente”, podendo dizer-se “que o fenômeno da urbanização, na sua plenitude, apenas nos últimos anos se manifestou” naquele País, “ainda que longe da sua verdadeira dimensão, com enorme atraso em relação aos demais países europeus”. A Segunda Guerra Mundial fomentou, de forma extraordinária, “os estudos urbanísticos, importou mesmo uma nova visão da disciplina urbanística, uma autêntica revolução urbanística”, evidenciando-se que, no final da guerra, “a Europa encontrava-se destruída” e as grandes cidades “como Paris, Berlim, Colônia, Roma, Londres e tantas e tantas outras eram montes de ruínas” que impunham inadiável reconstrução, por parte dos Governos, “na reedificação das cidades”, com as adaptações “às novas exigências que os progressos técnicos tinham desencadeado”. Portugal, “fora do conflito armado” da Segunda Guerra Mundial, teve “suas cidades preservadas da destruição”, mas “o acréscimo demográfico”, “o abandono do território agrícola” e o êxodo da população do campo “em direção à cidade, principalmente aos grandes centros urbanos”, “a especulação de terrenos”, o nascimento de verdadeiras “cidades-monstros” perante a passividade, “ou mesmo a cumplicidade administrativa”, “as zonas verdes foram ignoradas”, ocupação “de terrenos livres” e construção, nesses terrenos, de “barracos”, “condições de vida desumanas”, dentre outros graves fatos, resultavam em “graves incômodos urbanísticos” e em “verdadeiros

---

(80) Fernand Bouyssou et Jean Hugot, *CODE DE L'URBANISME*, commenté et annoté, Éd. Litec, Paris, 2000, p. X, XIX, XX, XXI.

(81) Alberto Martín Gamero, *Expropiaciones urbanísticas*, Montecorvo, Madrid, 1967, p. 37 e s.

(82) Rafael Nasarre Alastruey, *Las urbanizaciones particulares; la Ley del suelo ante el fenómeno turístico*, Montecorvo, Madrid, 1972, p. 27 e s.

crimes para a ordenação territorial” (83).

De 1970 a 1974, a citada doutrina acrescenta que “a Administração Central fez um esforço notável para recuperar todo aquele tempo em que pura e simplesmente ignorou o fenômeno urbanístico”, com a publicação de diplomas legislativos no sentido de regulamentar, de forma até então desconhecida, “a ordenação do território nacional”. Já se conscientiza de *uma noção global*: “A urbanística torna-se assim a ‘ciência da organização do território’, abrangendo no seu objeto o país todo, para além das restritas fronteiras das cidades”. A noção de *disciplina urbanística* abrange “a organização global do espaço, ou seja, a organização de todo o território do país”. De acordo com a realidade atual, o *Direito Urbanístico* não permite que a cidade seja estudada “fora do espaço territorial que a rodeia, e no qual se encontra integrada”. Assim: *O Direito Urbanístico*, em sua ampla noção, “engloba o conjunto de regras dirigidas à organização global do território em ordem a melhor o aproveitar e desenvolver, esse conjunto de normas, que regula a planificação e sistematização do espaço nacional e com base no qual as construções são edificadas, as zonas verdes são protegidas, as paisagens preservadas, a harmonia estética consolidada, de acordo com os estudos dos técnicos urbanistas”. “O direito urbanístico tem por objeto fundamental o interesse da boa urbanização, ou seja, da melhor organização do território” (84). *O Direito do Urbanismo Português*, como importante ramo do Direito, começa a despertar interesse e “*crecente sensibilidade à sociedade civil para a proteção do meio ambiente, do patrimônio cultural e do ordenamento do território*”, em defesa da “*tão divulgada (e sempre desejada) qualidade de vida*” (85).

**2) No Brasil, breve visão geral, advertências e denúncias sobre preocupantes fatos impactantes no território nacional.** Em breve visão geral, sem entrar nas diversas fases da evolução técnico-normativa, urbanístico-construtiva e arquitetônica, desde a época do descobrimento do Brasil (em abril de 1500), no século XVI, até as primeiras décadas do século XX (86), não obstante a existência de novas normas jurídicas posteriores, notadamente a partir da década de 1970 (de forma especial: Lei nº 6.766, de 19-12-1979, sobre *o parcelamento do solo urbano*; Constituição Federal de 5-10-1988, com a *introdução e a consolidação do Direito Urbanístico em nosso Direito Positivo*, art. 24, I, c/c arts. 30, VIII, 182, §§ 1º a 4º, no citado século XX; Lei nº 10.257, de 10-7-2001, sobre *diretrizes gerais da política urbana*, já em pleno século XXI), lamentavelmente, entre nós, *o urbanismo contemporâneo e o respectivo Direito Urbanístico* de caráter notadamente científico-técnico-ambiental e jurídico-constitucional encontram-se, ainda, em via de conscientização política, social, econômica, científico-tecnológica, jurídico-constitucional e pública, para a *adequada e imparcial regulamentação dos arts. 182 e 183 da*

(83) Manuel Veiga de Faria, *Elementos de Direito Urbanístico*, Coimbra Editora, Coimbra, 1977, p. 11 e s., 18 e s.

(84) Manuel Veiga de Faria, *Elementos de Direito Urbanístico* cit., p. 23 e s.

(85) Miguel Sardinha, *Direito do Urbanismo e legislação complementar (colectânea de legislação)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 5.

(86) Reporta-se ao nosso trabalho sobre *Urbanismo I*, in *Enciclopédia SARAIVA DO DIREITO* v. 76/1, Ed. SARAIVA, São Paulo, 1981, p. 6, 7.

*vigente Magna Carta, bem como para a efetiva elaboração das diretrizes e normas gerais da política urbana, de forma compatível tanto com a política de desenvolvimento e de expansão urbana como com o harmônico ordenamento do território nacional e regional (cinco Grandes Regiões: Norte, Nordeste, Sudeste, Sul e Centro-Oeste), estadual (com as respectivas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões), distrital e municipal, mediante harmônico planejamento integrado, efetivo controle e contínua fiscalização do uso, do parcelamento e da ocupação do solo, tanto urbano e de expansão urbana como rural.*

Em razão dos *alarmantes e preocupantes fatos impactantes*, continuamente agravados em cidades de Municípios em todas as Regiões do Brasil e do próprio Distrito Federal, notadamente nos grandes centros urbanos, com o advento do progresso industrial e econômico, da explosão demográfica e da conseqüente concentração das massas operárias e das populações rurais nos centros industriais e urbanos, tornaram-se gradativamente notórios *os lesivos impactos urbanístico-construtivo-ambientais, sócio-econômicos, arquitetônicos, sanitários, culturais, educacionais, morais, como fatores negativos do veloz e tumultuoso progresso sem planejamento adequado, já com enormes danos materiais, morais e letais (mortais) irremediáveis, irrecuperáveis, incalculáveis, irreparáveis ou irreversíveis*, tudo impondo a imediata e permanente *reação* da sociedade civil e da comunidade científico-técnico-jurídica perante a Administração Pública em todos os níveis, sempre com a oportuna comunicação pela imprensa, para as inadiáveis contribuições *em prol da contínua substituição das simuladas soluções político-pessoais* de efeitos já notória, contínua e agravadamente danosos *por soluções científico-técnico-jurídicas vinculadas ao obrigatório e progressivo planejamento territorial*, consolidado pelos princípios e normas constitucionais e legais, como medida preventiva e compatível com a proteção, a defesa, a recuperação, a melhoria e a preservação da sadia qualidade ambiental propícia à vida de todos os habitantes do País, tanto da zona urbana e de expansão urbana como da zona rural.

Assim é que as advertências e as denúncias sobre *os danosos fatos em todos os âmbitos do território nacional*, notadamente nas grandes cidades, se multiplicam por parte de cientistas, técnicos, juristas, especialistas, intelectuais em geral, de jornalistas e de pessoas que se conscientizam dos gravíssimos problemas da degradação das zonas urbanas, de expansão urbana e rurais de todo o País, como, dentre outros: *a falta de planejamento territorial* (com todos os aspectos sócio-econômicos, urbanístico-construtivos, ambientais, sanitários, administrativos, educacionais, culturais, morais); *a incontrolada especulação imobiliária, com irracional desmatamento, independentemente de sua localização, de seu valor ecológico, frutífero ou de produção, de sua antiguidade ou raridade, de seu valor monumental, estético ou paisagístico; os incêndios de florestas, de demais formas de vegetação e de canaviais*, ilegalmente autorizados, criminosos ou imprudentes; *as doações, vendas, alienações ou concessões de consideráveis hectares de terras públicas ou devolutas da Amazônia Legal e de outras Regiões do País*, envolvendo terras indígenas, mediante títulos simulados a latifundiários, a empresas madeireiras, agropecuárias, de mineração, a multinacionais ou a estrangeiros, além das *incontroladas posses, ocupações ou grilagens ilícitas, invasões organizadas de propriedade pública e privada*, com o emprego de todos os tipos de fraudes agravadas com a conivência irresponsável de certos representantes de Cartórios de Registro de Imóveis e de órgãos públicos controladores

competentes; a exploração irracional de recursos minerais e de outros recursos naturais esgotáveis; o uso irracional do solo pela falta de planejamento, de controle e de fiscalização dos recursos ambientais ali integrantes; o zoneamento industrial em localização imprópria e incompatível com as peculiaridades sócio-econômicas e urbanístico-ambientais locais; os loteamentos irregulares ou aprovados sem as formalidades e as cautelas legais devidas; a expulsão, a ocupação de suas terras ou a desestabilização da população das zonas rurais e sua forçada migração desordenada, notadamente, para as grandes cidades, pressionada a viver em situações precárias de desemprego, de pobreza, de marginalização, de discriminação e desigualdade, em favelas ou em habitações subumanas na periferia ou em cortiços nos centros urbanos, decorrentes de invasões ilegais de imóveis alheios (públicos ou privados); a falta de saneamento básico; os lixos e resíduos tóxicos, venenosos e nocivos à saúde, bem como os esgotos de todos os tipos lançados pelas indústrias e por outras fontes poluentes no meio ambiente interno e externo, nos solos, nos subsolos, nas águas em geral; os projetos, as construções, instalações, operações e respectivos lixos ou resíduos das temíveis atividades nucleares, de forma sigilosa, sem as devidas cautelas, sem a constitucional e legal exigência do estudo prévio de impacto ambiental ou necessário em qualquer época com os respectivos relatório de impacto ambiental e avaliação de impacto ambiental-EPIA/RIMA AIA ou EIA/RIMA/AIA, em localizações impróprias (como as usinas nucleares de Angra I e II, além da polêmica construção da de Angra III, no Município de Angra dos Reis-RJ, e o Projeto Aramar, no Município de Iperó-SP); a aprovação de planos, programas ou projetos de complexos petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, carboquímicos, além de outras atividades perigosas e faraônicas em localização imprópria, sem o obrigatório EPIA/RIMA/AIA ou EIA/RIMA/AIA (Cubatão-SP); as soluções técnicas e econômicas arrogantemente impostas pelos tecnocratas, sem a observância das exigências constitucionais e legais; a concessão de incentivos fiscais ou financeiros a atividades predatórias, poluentes e contrárias ao interesse público; os faraônicos e improvisados projetos urbanístico-construtivos, de execução acelerada, sob pressões de enormes interesses econômicos particulares e políticos em jogo; manifesta desvalorização ou descaracterização, falta de inventário, de registro e de permanente vigilância sobre importantes conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arquitetônico, estético, turístico, arqueológico, paleontológico, ecológico, científico e de outros bens integrantes do Patrimônio Cultural Brasileiro; a demolição de magníficos conjuntos arquitetônicos em áreas nobres de cidades brasileiras para a verticalização de edifícios destinados a usos residenciais, comerciais, garagens para veículos automotores, em grave atentado contra a memória do patrimônio histórico nacional; as ilegais e generalizadas invasões de terrenos e edifícios alheios (públicos ou privados), para irregulares construções de favelas, mocambos, malocas ou palafitas, em áreas geralmente impróprias (mananciais, margens de rios, riachos, córregos, igarapés, áreas lindeiras a canais, áreas de morros), com o aumento de lixos e respectivos impactos de assoreamento nas calhas dos rios, canais, galerias, de entupimento de bueiros e consequentes calamidades decorrentes de enchentes ou inundações prejudiciais em épocas chuvosas, de erosões aceleradas dos solos, dos morros e das áreas de encostas com deslizamentos de terra e de moradias ali existentes, além da alarmante e gananciosa especulação imobiliária com a exploração indiscriminada de recursos ambientais, de material de construção em áreas impróprias de morros, com prejudiciais efeitos da degradação ambiental e da descaracterização paisagístico-natural e cultural, tudo com a criminoso convívio e

*manifesta improbidade de grupos políticos e governamentais para obtenção de votos eleitores*, notadamente após a aprovação e vigência da Lei do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10-7-2001), com a *introdução de confusas diretrizes gerais pessoais e de graves institutos políticos* contrários notadamente à Constituição Federal, ao Direito Urbanístico e ao Direito Ambiental. Dentre os aspectos preocupantes, advertem-se, reiteradamente: *as polêmicas regularização fundiária e urbanização de favelas*, intencionalmente, substituídas pelas simuladas expressões “regularização fundiária” e “urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda”, de *forma incompatível com a ciência do urbanismo e com o respectivo Direito Urbanístico*, além de sua inconstitucional adoção como *diretriz geral de caráter político e pessoal*, juntamente, com *as diretrizes gerais de caráter jurídico e im pessoal* introduzidas pela mencionada Lei do Estatuto da Cidade; *a indiferença, a insensibilidade ou a inconscientização pública* gerada pela frequência da destruição dos recursos naturais e culturais, das previsíveis catástrofes ecológico- anuais de secas e inundações com enormes prejuízos e danos materiais, morais e mortais irreversíveis à população, às cidades, ao meio ambiente saudável e ao erário; *o despreparo, a negligência, a imprudência, a imperícia, a inconscientização pública ou a ineficiência*, em matéria urbanístico- ambiental, da maioria dos representantes dos Poderes Públicos (federais, estaduais, distritais e municipais); *o despreparo, a negligência, a imperícia, a inconscientização pública ou a ineficiência de certos profissionais do campo do Direito e a superficial fundamentação de certas pretensões, contestações ou decisões judiciais* em ações relacionadas com a defesa do meio ambiente urbano, de expansão urbana ou rural, da saúde pública, *dentre outros gravíssimos fatos* notória e reiteradamente comprovados, advertidos e denunciados pela comunidade civil, jornalística, científico- técnico- jurídica do País (87), já expressamente reconhecidos e revelados pelo próprio Governo do Brasil (88).

---

(87) Paulo Affonso Leme Machado, *URBANISMO E POLUIÇÃO - Aspectos Jurídicos*, in RT v. 469/34, Ed. RT-SP, 1974; do mesmo Autor: *POLUIÇÃO POR RESÍDUOS SÓLIDOS - Implicações Jurídicas*, in RT v. 485/30, Ed. RT-SP, 1976; *POLUIÇÃO POR PESTICIDA - Implicações Jurídicas*, in RT v. 499/27, Ed. RT-SP, 1977; Helita Barreira Custódio, *Autonomia do Município na Preservação Ambiental*, Ed. Resenha Universitária, São Paulo, 1976, p. 2; da mesma Autora: *Monumentos Históricos, Artísticos e Naturais*, in Enciclopédia SARAIVA DO DIREITO v. 53/222, Ed. SARAIVA-SP, 1980, p. 236, 237; URBANISMO I, in Enciclopédia SARAIVA DO DIREITO v. 76/1, Ed. SARAIVA-SP, 1981, p. 6 e s.; *O Projeto de Lei do Uso do Solo* (Parecer jurídico sobre o PL nº 775/83), in Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial-RDC v. 27/71, Ed. RT-SP, 1984, p. 100, 101, 105; *Problemática dos Agrotóxicos*, in RDC v. 34/70, Ed. RT-SP, 1985; *Forçada migração interna e degradação sócio-ambiental das cidades brasileiras*, in BDA n. 6/431, Ed. NDJ-SP, 1988; *Impactos sociais e ambientais da industrialização*, in ANAIS dos SEMINÁRIOS, DEBATES-UNESP sobre Modernização e Desenvolvimento no Interior de S. Paulo, Ed. UNESP, São Paulo, 1988, p. 77 a 108; *Avaliação de Impacto Ambiental no Direito Brasileiro*, in RDC v. 45/69, Ed. RT-SP, setembro/1988; *Zona urbana: O automóvel como fonte poluidora e a vegetação como solução despoluidora*, in RDC v. 47/63, Ed. RT-SP, 1989; Luciana Vieira de Melo, *A erosão urbana e seus impactos ambientais nos morros da Cidade do Recife*, in ANAIS do 6º CBGE - IX COBRAMSEF, Ed. ABGE/ABMS, v. 1, Salvador-BA, nov./1990, p. 353 a 361, dentre outras advertências, além das notórias denúncias diárias pela Imprensa, notadamente jornalística e televisionada, sobre a preocupante desordem urbanística das cidades brasileiras.

(88) Governo do Brasil, *O DESAFIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - Relatório do Brasil para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, da Comissão Interministerial para Preparação da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - CIMA, Imprensa Nacional, Brasília, 1991, p. 129 a 133.

*Tais gravíssimos fatos, cada vez mais preocupantes pelos seus amplos efeitos negativos e impactantes repercussões danosas* diretas e indiretas tanto nas zonas urbanas e de expansão urbana como nas zonas rurais dos Municípios brasileiros, localizados tanto na Zona Costeira como no interior e na faixa de fronteiras do País, *vêm sendo*, inequívoca e alarmantemente, *agravados*, em razão da ampliação dos fenômenos típicos do caótico desenvolvimento insustentável, sem planejamento, *fruto da notória e reiterada ineficiência da Administração Pública*, da adoção de políticas públicas equivocadas e tendenciosamente simuladas, da intencional distorção da verdadeira democracia constitucionalmente consolidada no Brasil, de controvertidas e fraudulentas decisões políticas tendenciosas, errôneas e prejudiciais, como aquelas que estimulam *o aumento da ilegal grilagem de terras públicas* na zona rural, *o aumento das ilegais invasões e dos requisitos inconstitucionais do usucapião da propriedade imóvel alheia*, notadamente da propriedade pública, para fins de favelas, comércio ou moradia, na zona urbana e na zona de expansão urbana, bem como o aumento da alarmante especulação imobiliária, *o que vem agravando a situação de perigo já existente e ampliando os danosos efeitos dos conflitos sociais*, tanto nas grandes cidades e metrópoles como em todas as cidades brasileiras, independentemente do número de habitantes. Indubitavelmente, dramática já é a degradação vertiginosa da grande maioria das cidades brasileiras, já preocupantemente descaracterizadas, decadentes, em razão dos ininterruptos fatos ou condutas, dentre outros: *a contínua redução e a consequente perda dos espaços públicos e dos respectivos objetivos sócio-civilizatórios ao mal-estar de todos; a incontrolável expansão urbana desplanejada e desordenada, com o aumento e o agravamento da desertificação, com a continuidade da forçada migração interna e os preocupantes efeitos do aumento de invasões de imóveis alheios* (notadamente públicos) *e das respectivas favelas* por integrantes de movimentos ilegais de “sem teto”, já com previsões assustadoras, particularmente para o Brasil, no documento “O Estado das Cidades do Mundo 2006-2007” da ONU; *o contínuo aumento da especulação imobiliária e da massificação das cidades; o agravamento da violência urbana e das tragédias urbanas com mortes, medo, insegurança; a contínua decadência e a iminente perda dos valores educacionais, profissionais ou sociais do trabalho, morais, familiares, culturais, religiosos, dos bons costumes, cujos danosos efeitos vêm sendo*, lamentável e perigosamente, *demonstrados* por maus costumes, banditismo, consumo de drogas, assaltos à mão armada com reféns, sequestros intencionais, relâmpagos ou por telefone, mortes, todos os tipos de violência urbana e nas escolas, em irreversíveis, incalculáveis ou irreparáveis danos à população e inquietante insegurança à sociedade, pela criminosa exploração do turismo sexual contra os bons costumes, contra os valores familiares, morais, culturais, *em detrimento ao Processo Civilizatório Nacional*, além do agravante e contínuo mal-estar notadamente dos habitantes de todas as cidades brasileiras, *dentre outros novos e preocupantes fatos, ações ou condutas e respectivos danosos efeitos atentatórios contra a vida, a segurança, a liberdade, a propriedade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana*, notória e continuamente advertidos e denunciados tanto pela idônea comunidade, notadamente, científico-técnico-jurídica nacional e internacional (89) como pela imprensa periódica e diária, mediante todos os meios de comunicação social (revistas, jornais,

(89) Hermes Ferraz, *A violência urbana - Ensaio*, Ed. SCORTECCI-SP, 1994, p. 37, 40, 52, 58, 80; do mesmo Autor: *Cidade e Vida*, Ed. SCORTECCI-SP, 1996, p. 153, 186; *Filosofia urbana*, T. I, Ed. SCORTECCI-SP, 1997, p. 11, 12; *Filosofia urbana*, T. IV, Ed. SCORTECCI-SP, 1998, p. 11, 66, 71;

emissoras de rádio e televisão) (90).

Indubitavelmente, *o contínuo agravamento das causas e dos respectivos efeitos danosos da preocupante degradação das cidades brasileiras*, de forma contrária aos expressos objetivos constitucionais no sentido de garantir o bem-estar de seus habitantes, *demonstra a flagrante e inquietante resistência ao cumprimento dos princípios e das normas particularmente constitucionais sobre o obrigatório planejamento territorial, a adequada execução dos planos correlatos, os permanentes controle e fiscalização do uso e da ocupação dos solos, subsolos e respectivos recursos ambientais*, por parte de agentes competentes da Administração Pública em todas as esferas governamentais de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com raras exceções, *tudo impondo a imediata reação e a permanente contribuição da Comunidade Científico-*

---

*Filosofia urbana*, T. V, Ed. SCORTECCI-SP, 1999, p. 15, 18 e s.; *Organização urbana*, texto avulso, São Paulo-SP, fev./2002, p. 4, 6; Helita Barreira Custódio, *Diretrizes gerais da Política de Desenvolvimento Urbano* (Proj. de Lei nº 5.788/90), in RDC v. 63/115, Ed. RT-SP, 1994, p. 120 e s.; da mesma Autora: *Meio ambiente urbano*, in RDC 70/56, Ed. RT-SP, 1994, p. 62; *Uma introdução à responsabilidade civil por dano ambiental*, in RDC v. 75/69, Ed. RT-SP, 1996, p. 70, 71; *Direito à Saúde e Problemática dos Agrotóxicos*, in Revista de Direito Sanitário v. 2 - nº 3/9 - CEPEDISA-NAP-DISA/USP, Ed. LTr, São Paulo-SP, nov./2001; *Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes*, Millennium Editora, Campinas-SP, 2005, com novas advertências e denúncias sobre a degradação das cidades, p. 3, 162, 164, 168, 169, nota de rodapé (182); *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*, Millennium Editora, Campinas-SP, 2006, p. XVII; *Princípios indispensáveis ao cumprimento da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente*, in Política Nacional do Meio Ambiente - 25 anos da Lei n. 6.938/1981, Coordenadores: João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta, Ed. DelRey, Belo Horizonte, 2007, p. 1, 2, 3; IBAMA, GEO BRAZIL 2002 - Brazil Environment Outlook, Ed. IBAMA, Brasília, 2002, p. 61, 65, 66, 67, 70, 76, 77, 109, 110, 120, 190, 193; Vicente Gomes da Silva, *Dificuldades jurídicas do Ministério do Meio Ambiente (MMA) e do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)*, in DIREITO AMBIENTAL - O desafio brasileiro e a nova dimensão global, Coordenação de Maria Artemísia Arraes Hermans, Co-Edição: Conselho Federal da OAB e Brasília Jurídica, Brasília, 2002, p. 498 a 513; Notícias preocupantes: “ONU: Brasil terá 55 milhões vivendo em favelas até 2020”, in www.estadao.com.br, p. 1 (acesso em 27-2-2007); “as Nações Unidas afirmam que”, apesar do compromisso do Brasil em melhorar a vida de quem mora nas favelas, “a desigualdade e a pobreza crônicas ainda aumentam e os preconceitos não mudaram”; “Terra - Violência no Rio de Janeiro: Traficantes controlam serviços públicos em favelas”, in noticias.terra.com.br (acesso em 25-11-2006); José Eduardo de Assis Lefèvre, *De Beco a Avenida - A História da Rua São Luiz*, EDUSP-SP, 2006, p. XIII; Regina Proserpi Meyer, *O espaço da vida coletiva*, in Revista URBS nº 42/16, Publicação da Associação Viva o Centro, Edição Especial - dezembro 2006; Guilherme José Purvin de Figueiredo, *Riacho do Ipiranga: Um símbolo histórico, cultural e ecológico para o Brasil*, in Revista de Direitos Difusos v. 39/7, Ed. Portal Jurídico-RJ, 2006 (com sérias advertências sobre “esgotos domésticos e industriais a céu aberto”, “inundações”, “políticas públicas equivocadas”); Marici Capitelli, *Conflito aberto: Órfãos de uma era de extremos*, in Revista Ambiental Legal nº 5/11, Ed. AICA, São Paulo-SP, out./nov./dez./2006; Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB, *ELEIÇÕES 2006 - Orientações da CNBB - Documentos da CNBB 82, “OS DESAFIOS DO CONTEXTO ATUAL”*, Paulinas, São Paulo, p. 15, 16, 39, 41; CNBB, *Vida e missão neste chão - Campanha da Fraternidade 2007: FRATERNIDADE E AMAZÔNIA, Texto-Base*, Ed. SALESIANA, São Paulo, 2007, p. 36, 41, 42, 43, 49 e s., dentre outras idôneas fontes de advertências e denúncias sobre a preocupante realidade da degradação das cidades brasileiras.

(90) Leandra Peres, *O ABRIL SEM LEI DO MST - Os sem-terra voltam a agitar o campo, mas contam com um duplo auxílio do governo*, in Revista VEJA nº 15/52, Ed. ABRIL - edição 1849, São Paulo-SP, abril/2004; Almanaque ABRIL “2006 BRASIL”, *IMPACTOS AMBIENTAIS*, Ed. ABRIL, São Paulo-SP, 2006, p. 218 e s. Dentre outras graves notícias: “O TERROR TOMA CONTA DO RIO”, “cenas de guerra nas ruas do Rio de Janeiro”, “Incêndios, tiros e confrontos em quinze áreas da região metropolitana do Rio”,

*Técnico-Jurídica nacional*, junto ao Congresso Nacional, para a *inadiável e impessoal revogação das diretrizes gerais pessoais e dos institutos políticos, intencionalmente introduzidos na Lei nº 10.257, de 10-7-2001, e na respectiva Medida Provisória nº 2.220, de 4-9-2001, de forma simulada junto às diretrizes e aos institutos científico-técnico-urbanísticos e jurídico-constitucionais, em decorrência de pressões de grupos sócio-econômicos de interesses pessoais, de forma contrária ao interesse público.*

Em razão dos *graves equívocos* já demonstrados pela doutrina e com propostas ao Congresso Nacional (91), por determinação constitucional (CF, art. 24, I, c/c arts. 30, VIII, 182, §§ 1º a 4º, 183, §§ 1º a 3º), *impõe-se a inadiável revisão da citada Lei do Estatuto da Cidade, para fins de expressa revogação das diretrizes político-pessoais e dos institutos político-pessoais ali introduzidos*, notadamente “regularização fundiária”, “urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda” (ou urbanização de favelas), “concessão de direito real de uso de imóveis públicos”, “concessão de uso especial para fins de moradia e comércio em áreas públicas”, “usucapião especial coletiva de imóvel urbano”, “direito de preempção”, *em razão dos insanáveis vícios da inconstitucionalidade e ilegalidade*, para o aperfeiçoamento, a científica e segura eficácia urbanístico-constitucional da Lei nº 10.257, de 10-7-2001. Neste sentido, em razão da competência constitucional do Congresso Nacional, tornam-se indispensáveis básicas providências notadamente sobre: a) *o efetivo conhecimento, o adequado entendimento e a real valorização da Constituição Federal, como a “Lei Magna” ou a “Lei Suprema” do País*; b) *a adequada interpretação científico-jurídica dos princípios e das normas constitucionais*; c) *a obrigatória obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade ou imparcialidade, moralidade, publicidade, probidade e eficiência da Administração Pública*; d) *o irrenunciável dever de manter, defender e cumprir os princípios e as normas constitucionais e legais, no presente caso, sobre urbanismo e Direito Urbanístico, mediante indispensável ordenação do território, obrigatório planejamento territorial e adequada execução dos planos correlatos, de forma democraticamente cooperativa, integrada e harmônica, por parte de todas as Unidades da Federação, de acordo com as respectivas competências, peculiaridades nacionais e regionais (dois ou mais Estados-membros), estaduais e respectivas regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, distritais e municipais ou locais ao equilibrado desenvolvimento racional, sustentável e seguro do País, com o objetivo de garantir o legítimo bem-estar de todos os seus habitantes, independentemente de sua situação econômica, no presente e no futuro.*

---

*in* Revista VEJA nº 52/30, Ed. ABRIL - edição 1989, São Paulo-SP, dez./2006; Luiz Eduardo Soares, André Batista e Rodrigo Pimentel, *ELITE DA TROPA*, Ed. OBJETIVA, Rio de Janeiro-RJ, 2006, com informações alarmantes sobre “leis da guerrilha urbana” e a “rotina violenta que os policiais do BOPE” enfrentam, “todas as noites”, quando sobem “às favelas da cidade para liquidar bandidos de qualquer comando”, p. contracapa inicial; Clarissa Thomé, *País investe menos e favelas crescem*, *in* O Estado de S. Paulo de 26-11-2006, [www.estadao.com.br](http://www.estadao.com.br) (acesso em 27-2-2007); Chico Siqueira, *Terra sem lei - MST destrói canavial e faz invasões*, noticiando que “Integrantes do Movimento dos Sem-Terra (MST) ampliaram ontem as mobilizações do ‘abril vermelho’”, *in* O Estado de S. Paulo, de 12-4-2007, p. A9; “*ABRIL VERMELHO*” - “*Sem teto faz 22 invasões no País*”, *in* O Estado de S. Paulo, de 12-4-2007, p. C9, além de outros notórios e preocupantes fatos sobre a insustentabilidade das cidades brasileiras, divulgados diariamente pelos meios de comunicação social.

(91) Helita Barreira Custódio, *Estatuto da Cidade e Incompatibilidades Constitucionais, Urbanísticas e Ambientais*, *in* Fórum de Direito Urbano e Ambiental v. 3/213, Ed. Fórum, Belo Horizonte-MG, maio/junho/2002; *in* Direito Ambiental Visto por nós Advogados, Coordenadores: Mário Werneck, Bruno

3) **Reação da Comunidade Científico-Técnico-Jurídica para oferecer contribuição à solução dos graves problemas urbanísticos nacionais.** No Brasil, além de importantes trabalhos de profissionais das áreas científico-técnico-artísticas (92), destacam-se alguns juristas seriamente preocupados no sentido de dar a sua contribuição à solução dos graves problemas urbanísticos nacionais. Para Hely Lopes Meirelles: “*Urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade*”. Por “*espaços habitáveis*”, entendem-se “todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais: *habitação, trabalho, circulação, recreação*”. Dentre outros aspectos relevantes, evidencia que “o Urbanismo é incumbência de todos os níveis de governo e se estende a todas as áreas da cidade e do campo onde as realizações humanas ou a preservação da Natureza possam contribuir para o bem-estar individual e coletivo”. O Urbanismo é, em última análise, “um sistema de cooperação. Cooperação do povo, das autoridades, da União, do Estado, do Município, do bairro, da rua, da casa, de cada um de nós!”. Sobre o conceito do *Direito Urbanístico*, acrescenta que se trata de “*ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo*”. Em seu amplo conceito, o *Direito Urbanístico* compreende “não só a disciplina do uso do solo urbano e urbanizável, de seus equipamentos e de suas atividades, como a de qualquer área, elemento ou atividade em zona rural, que interfira no agrupamento urbano, como ambiente natural do homem em sociedade”, salientando tratar-se de concepção de ampla abrangência do *Direito Urbanístico* dominante tanto entre “seus iniciadores alienígenas” como entre “seus primeiros cultores no Brasil” (93). Acrescenta o ilustre jurista que: “*O direito urbanístico não se confunde com o direito de construir, nem com o direito de vizinhança, embora mantenham íntimas conexões e seus preceitos muitas vezes se interpenetrem, sem qualquer colisão, visto que protegem interesses diversos e se embasam em fundamentos diferentes*”,

---

Campos Silva, Henrique A. Mourão, Marcus Vinícius Ferreira de Moraes e Walter Soares Oliveira, Ed. DelRey, Belo Horizonte, 2005, p. 265 a 311; da mesma Autora: *Estatuto da Cidade e Plano Diretor - Abalizada crítica à calamitosa situação urbanística brasileira*, Entrevista, in CATOLICISMO nº 628/20, Ed. Padre Belchior de Pontes, São Paulo, abril/2003. Neste sentido: Plínio Vidigal Xavier da Silveira, Abel de Oliveira Campos e Nilo Fujimoto (Comissão de Estudos Urbanos da TFP), *Estatuto da Cidade: passo radical rumo ao comunismo*, in CATOLICISMO nº 609/20, Editora Padre Belchior de Pontes, São Paulo, set./2001, com sérias advertências: “*SALVE SUA CASA! Os sem-teto vêm aí*”, “*Estatuto da Cidade, golpe fatal na propriedade urbana*”; Vicente de Abreu Amadei, *URBANISMO REALISTA - “A Lei e a Cidade - Princípios de Direito Urbanísticos, Instrumentos da Política Urbana e Questões Controvertidas*”, Millennium Editora, Campinas-SP, 2006, p. 46, 67 a 96.

(92) Hermes Ferraz, *O Engenheiro e o Ambiente Urbano*, Conferência de abertura do Seminário “A Vocação Humana da Engenharia”, realizado pelo Instituto de Planejamento e Estudos Ambientais - UNESP, em 16-8-1984; do mesmo Autor: *A Engenharia como Ciência - Responsabilidade Social do Engenheiro*, Conferência junto à Universidade Federal de Uberlândia, em 25-10-1985; *Filosofia Urbana*, T. I, T. II, T. III, T. IV e T. V, Editora SCORTECCI, São Paulo, respectivamente, fevereiro de 1997, agosto de 1997, janeiro de 1998, agosto de 1998 e abril de 1999, todos os exemplares com rica bibliografia e relevantes contribuições ao contemporâneo Direito Urbanístico; Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, 15ª ed. atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva, MALHEIROS Editores, São Paulo, 2006, p. 511, destaca, dentre outros, Anhaia Mello (*Engenharia e Urbanismo*, V; *Problemas de Urbanismo*, São Paulo, 1929, além de outros trabalhos), Bezerra Baltar (*Introdução ao Planejamento Urbano*), dentre outros autores.

(93) Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, 15ª ed. cit., p. 511, 513, 514, citando “seus iniciadores alienígenas” na nota de rodapé (11) e “seus primeiros cultores no Brasil” na nota de rodapé (12).

demonstrando que “o *direito de construir* e o *direito de vizinhança* são de *ordem privada*”, enquanto “o *direito urbanístico* ordena o espaço urbano e as áreas rurais que nele interferem, através de imposições de *ordem pública*” (94).

Dentre outros juristas, observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto que “o *Urbanismo transcendeu os problemas urbanos*. Eles são compreendidos e tratados dentro de um todo em que a cidade integra com os espaços circunvizinhos e com outras cidades, em plano local, regional, nacional e, em próximo futuro, até mesmo continental e global”. Prefere o amplo conceito: “arte e técnica social de adequar o espaço físico às necessidades e à dignidade da moradia humana”. Assim: “A dimensão *social* veio somar-se à *física* para tornar o Urbanismo a *disciplina físico-social dos espaços habitáveis*”. Conceitua “o Direito Urbanístico como o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos, sistematizados e informados por princípios apropriados, que tenha por fim a disciplina do comportamento humano relacionado aos espaços habitáveis”. Resumidamente, “é o ramo do Ordenamento Jurídico que impõe a disciplina físico-social dos espaços habitáveis” (95). Para José Afonso da Silva, a urbanização, decorrente da industrialização, “criou problemas urbanos que precisavam ser corrigidos pela urbanificação, mediante a ordenação dos espaços habitáveis, de onde se originou o *urbanismo* como técnica e ciência” (96). Quanto ao conceito de *Direito Urbanístico*, o ilustre jurista o apresenta em dois aspectos: “a) o *Direito Urbanístico objetivo*, que consiste no conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar os espaços habitáveis - o que equivale dizer: conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade urbanística; b) o *Direito Urbanístico como Ciência*, que busca o conhecimento sistematizado daquelas normas e princípios reguladores da atividade urbanística”. Desta forma: “O *Direito Urbanístico objetivo* consiste no conjunto de normas que tem por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. O *Direito Urbanístico como ciência* é o ramo do Direito Público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios disciplinadores dos espaços habitáveis”. Esclarece as relações do *Direito Urbanístico* “com outras disciplinas jurídicas”, como “Direito Constitucional”, “Direito Administrativo”, “Direito Econômico”, “Direito Tributário”, “Direito Civil”, “Direito de Construir”, “Direito de vizinhança” (97), além de outros autores (98).

(94) Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, 15ª ed. cit., p. 515, tratando-se de excelente produção jurídica pioneira no Brasil, cuja primeira edição foi publicada pela Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1957, além de edições sucessivas, todas de notória contribuição ao *Direito Urbanístico Brasileiro*, agora constitucionalmente consolidado pela vigente Magna Carta de 5-10-1988 (CF, art. 24, I, c/c arts. 30, VIII, 182, §§ 1º a 4º).

(95) Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, Ed. FORENSE, Rio-São Paulo, 1975, p. 54, 60.

(96) José Afonso da Silva, *Regime jurídico da atividade urbanística*, in RDC v. 5/85, Ed. RT-SP, 1978, p. 90.

(97) José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, 3ª ed., MALHEIROS Editores, São Paulo, 2000, p. 27, 36, 37, 38, 46 a 48.

(98) Sobre o assunto, reporta-se, ainda, aos juristas: Lúcia Valle Figueiredo, *Disciplina Urbanística da Propriedade*, Ed. RT-SP, 1980, p. 8; Pedro de Milanelo Piovezane, *Elementos de Direito Urbanístico*, Ed. RT-SP, 1981, p. 53; Antonio de Pádua Ferraz Nogueira, *Desapropriação e Urbanismo*, Ed. RT-SP, 1981, p. 21; Helita Barreira Custódio, *URBANISMO-I*, in Enciclopédia SARAIVA DO DIREITO, v. 76/1, Ed.

Com estas breves considerações, em razão da complexidade e das dificuldades da elaboração de noções completas em confronto com a abrangente matéria integrante de *Urbanismo ou Urbanística* e do *Direito Urbanístico*, torna-se manifesto o *meritório esforço* notadamente dos juristas estrangeiros e nacionais ao oferecimento de definições ou conceitos dos contemporâneos *Urbanismo ou Urbanística* e *Direito Urbanístico*, tratando-se de relevantes contribuições que, longe de se conflitarem, se complementam harmonicamente e concorrem, com menor ou maior intensidade, para o seguro esclarecimento científico-técnico-jurídico da progressiva evolução do conteúdo e do alcance das respectivas noções, de seus objetivos vinculados *ao direito à cidade ambientalmente equilibrada em todos os seus aspectos ao bem-estar de todos*, tanto da zona urbana e de expansão urbana como da zona rural. As noções de *Direito Urbanístico*, como novo ramo do Direito Público de *natureza interdisciplinar e multidisciplinar*, *tanto vinculam e integram* normas do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Tributário, do Direito Financeiro, do Direito Ambiental, do Direito Penal, do Direito Florestal, do Código de Proteção à Fauna, do Código de Águas, do Direito Agrário com a legislação do Estatuto da Terra e sobre agrotóxicos, do Código de Mineração, do Código de Saúde Pública ou do Direito Sanitário, da Legislação de Proteção aos Índios, do Direito do Trabalho, da Legislação de Proteção ao Patrimônio Cultural, *como se relacionam* direta ou indiretamente com normas do Direito Econômico, do Código de Proteção ao Consumidor, do Direito Civil (Direito das Obrigações; Direito das Coisas: Posse, Propriedade, Direito Imobiliário, Direitos de Vizinhança, Direito de Construir), Direito Comercial, dentre outros ramos do Direito, tudo de forma harmônica e em prol da plena realização do Direito Urbanístico e do progressivo fortalecimento do Direito Positivo ao equilibrado desenvolvimento do País, no legítimo bem-estar de todos (99).

## II. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breves considerações finais, não resta dúvida de que o contemporâneo *Direito Urbanístico*, solidamente fundamentada na Constituição Federal, com a obrigatória obediência aos princípios e às normas constitucionais e legais (notadamente da legislação integrante do Direito Ambiental), integrado e relacionado com outros ramos do Direito Público e do Direito Privado, com sérias repercussões diretas e indiretas nas zonas urbanas e de expansão urbana e nas zonas rurais, constitui disciplina autônoma de Direito Público de inegável relevância progressiva e manifesta atualidade. *O Direito Urbanístico Brasileiro (norma agendi)*, constitucionalmente consolidado pela vigente Magna Carta de 5-10-1988 (CF, art. 24, I, c/c arts. 30, VIII, 182, §§ 1º a 4º), considerado novo ramo do Direito

---

SARAIVA-SP, 1981; Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo (Coordenadores), *Temas de Direito Urbanístico-I*, Ed. RT-SP, 1987; Toshio Mukai, *Direito e Legislação Urbanística no Brasil (História - Teoria - Prática)*, Ed. SARAIVA, São Paulo-SP, 1988; Victor Carvalho Pinto, *Direito Urbanístico - Plano Diretor e Direito de Propriedade*, Ed. RT-SP, 2005, p. 44, 73, 78; Vicente de Abreu Amadei, *Urbanismo Realista - A Lei e a Cidade, Princípios de Direito Urbanísticos, Instrumentos da Política Urbana e Questões Controvertidas*, Millennium Editora, Campinas-SP, 2006, p. 67 e s.; Luis Manuel Fonseca Pires e Mariana Mencion (Coordenadores), *Estudos de Direito Urbanístico-I*, Letras Jurídicas, São Paulo-SP, 2006, dentre outros autores do século XX e novos escritores do século XXI.

(99) Tratando-se de assunto de manifesta relevância, justifica-se a extensão das demonstrações no Capítulo I em comparação com as do Capítulo II da presente Introdução.

Público, tem como *básicos objetivos*, dentre outros: *garantir o direito à cidade segura, moral e ambientalmente equilibrada; assegurar o pleno desenvolvimento harmônico-racional das funções sócio-econômicas de forma compatível com a qualidade ambiental propícia à vida dos habitantes tanto da cidade ou da zona urbana e da zona de expansão urbana como do campo ou da zona rural; assegurar o total bem-estar da pessoa humana em todo o território municipal, intermunicipal, estadual, distrital, regional (dois ou mais Estados) e nacional, independentemente de sua situação econômica.*

Evidentemente, como indispensável assunto integrante das breves noções em reflexão inerentes ao Direito Urbanístico, é necessário salientar que *a imposição científico-técnico-jurídica*, decorrente das transformações contemporâneas e *relacionada com a obrigatoriedade da utilização racional, sustentável e segura do solo urbano, de expansão urbana e rural*, com o respectivo *subsolo* e recursos ambientais ali integrantes, mediante a adoção de *adequada política imobiliária*, de forma compatível com a adequada política do uso do solo urbano e de expansão urbana e a adequada política do uso do solo rural, *abrange*, respectivamente, tanto *a política urbana e de expansão urbana* como a *política agrícola*, todas *vinculadas à Política Nacional do Meio Ambiente*. Neste sentido, é sempre necessário salientar que *a adequada política imobiliária* se fundamenta nas *regras científico-técnicas da Ciência Urbanística* ou da *Ciência do Urbanismo*, fundamentadoras do *Direito Urbanístico*, introduzidas, ampliadas e consolidadas nos expressos princípios e normas da vigente *Constituição Federal* (CF, arts. 21, IX, XVIII, XX, 23, IX, 24, I, VI, c/c arts. 30, I, II, VIII, 37, 170, II, III, VI, 174 e § 1º, 182, §§ 1º a 4º, 184, 216, 218, 225, §§ 1º a 6º) que, pioneira e expressamente, *consolidou o Direito Urbanístico* em seus princípios e normas (CF, art. 24, I, c/c arts. 25, § 3º, 30, I, II, VIII, 170, II, III, VI, 182, §§ 1º a 4º) e o introduziu em nosso Direito Positivo (100). Não resta dúvida de que *a consolidação do Direito Urbanístico na Constituição Brasileira*, como realidade baseada nos princípios e nas normas da *Ciência Urbanística* ou da *Ciência do Urbanismo*, inseparáveis das Ciências Ambientais, tem como *objetivo básico* demonstrar a relevância científico-constitucional e técnico-jurídica do contemporâneo *Direito Urbanístico*, visando ao uso racional do solo, com seu subsolo, sua superfície, seu espaço aéreo, enfim, com seus acessórios e suas adjacências ou incorporações tanto naturais como decorrentes da ação humana, incluídos os demais recursos ambientais (ar ou atmosfera, luz solar, águas superficiais e subterrâneas, espécies vegetais, animais e microorgânicas, energia, silêncio, alimentos em geral - gasosos, líquidos e sólidos - indispensáveis à concepção, ao nascimento, à nutrição, à subsistência e à sobrevivência dos seres vivos em geral).

---

(100) Reporta-se aos nossos livros *Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes* cit., p. 156 (ampliação dos objetivos do *Direito Urbanístico*); *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente* cit., p. 431, 432, 433, 434, 528.

Com estas breves considerações finais, torna-se evidente que, científica e juridicamente, *os amplos objetivos do Direito Urbanístico, vinculados aos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, inerentes à obrigatória utilização racional e sustentável do solo com os respectivos recursos ambientais, em sua totalidade, perante as respectivas políticas, resumem-se em assegurar e garantir a conciliação do desenvolvimento sócio-econômico, urbanístico-construtivo, agrícola, científico-tecnológico e a explosão demográfica com a defesa e a preservação da qualidade ambiental propícia à vida tanto humana como animal ou faunística, vegetal ou florística e microorgânica, à proteção de outros recursos ambientais (naturais, culturais, sanitários, sócio-econômicos), à sustentabilidade das zonas urbanas, de expansão urbana e das zonas rurais, à inviolabilidade do direito à vida, à saúde pública, à liberdade, à igualdade, à segurança, à educação, ao trabalho, à propriedade, à cultura, à religião, ao lazer, enfim, à inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais assegurados à dignidade da pessoa humana, ao bem-estar comum de todos e ao equilibrado desenvolvimento do próprio País.*

**O Princípio Constituição da Moralidade**  
**IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

**O Princípio Constitucional da Moralidade**

*Izaias José de Santana<sup>1</sup>*

Introdução. **Sistema Constitucional de Princípios e Regras.** Conceito de sistema. Normas Constitucionais: princípios e regras. Sistema de princípios e regras. As funções dos princípios. **O Princípio da Legalidade.** O Agir Humano. Órgão Público. Legalidade: Governo das Leis e não dos Homens. Vinculação à Lei. **O Princípio da Moralidade.** Escolhas do Administrador: Ambigüidade e Vagueza das Regras e Discricionariedade. Aplicação do Princípio da Moralidade: fundamentação discursiva e intuitiva. Análise de julgados.

## **Introdução**

Pretendemos com o presente trabalho analisar o conceito do princípio da moralidade e sua aplicabilidade pelos tribunais. Iniciaremos apresentando um conceito de princípios e suas funções à luz da teoria sistêmica do direito.

Após, apresentaremos a distinção kantiana entre LEI e MORAL para dela extrair a distinção entre campo da LEGALIDADE e campo da MORALIDADE. Embora o centro do estudo seja o princípio da MORALIDADE, não será possível deixar de abordar também o da LEGALIDADE, pois trabalhamos com hipóteses, abstratas ou concretas, mas sempre com uma referência garantidora da “segurança” que é a norma. Pela mesma razão, faremos referência aos princípios da finalidade e da motivação.

Algumas questões enfrentaremos: (1) Como pode o Administrador Público fundamentar suas ações no espaço deixado pela norma? (2) O que vem a ser moralidade administrativa? Algo além da legalidade? (3) Quem define o que seja “moral”

---

<sup>1</sup> *Izaias José de Santana*, Procurador do Município de São Paulo. Ex-Secretário Adjunto de Justiça e da Cidadania do Estado de São Paulo (2007/2009). Ex-Secretário de Negócios Jurídicos de Jacareí-SP (1997/1999). Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP e doutorando em Direito do Estado pela USP/SP. Professor de Direito Administrativo na UNIVAP-SJC-SP.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

diante do caso concreto? (4) Se a distinção essencial entre moralidade e legalidade é a autonomia em oposição à heteronomia, como fundamentar a moralidade do Órgão, já que não haverá parâmetros legais? (5) Como deve o Administrador Público, sustentar suas opções, escolhas e decisões no campo da discricionariedade? (6) Toda questão de moralidade está acobertada pelo âmbito da discricionariedade?

Ao final, apresentaremos o que deve ser, ao nosso ver, o conteúdo jurídico do princípio da moralidade e verificaremos como ele é aplicado, abordando sua função normativa, capaz de impor conduta por si só, sem a intermediação das regras e destacaremos sua função hermenêutica como vetor de interpretação das regras.

Por fim, elegeremos o método intuito como único a permitir o contato com a essência, interior da norma interpretando e da finalidade do órgão, no campo da discricionariedade para, deste contato ser extraída a juridicidade da moral, ou seja, o caráter jurídico do princípio da moralidade. Sem este contato, demonstraremos, o princípio da moralidade será utilizado apenas como argumento na aplicação de uma regra.

### **I - Sistema Constitucional de Princípios e Regras**

Canotilho apresenta o sistema jurídico do Estado de direito democrático português<sup>2</sup> como um sistema normativo aberto de princípios e regras. Trata-se de um sistema normativo porque é um sistema dinâmico de normas. É um sistema aberto, pois detém uma estrutura dialógica (capacidade de captar a mudança da realidade e estar aberta às concepções variáveis da “justiça”). Representa um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como de regras<sup>3</sup>.

#### **1. Conceito de Sistema**

Para o Professor Lourival Vilanova<sup>4</sup>, um sistema consiste na existência de partes de um todo que se interligam num vínculo. O conceito coincide com o dado por BOBBIO que entende sistema como “uma totalidade ordenada, um conjunto de

---

<sup>2</sup> Referência que também serve ao sistema brasileiro.

<sup>3</sup> CANOTILHO, 1998:1033.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

entes entre os quais existe uma certa ordem”.<sup>5</sup> São, pois, características de um sistema: ordenação e unidade.<sup>6</sup>

O direito positivo, enquanto ordenamento jurídico, corresponde ao conjunto de normas produzidas em seu interior. Todas se relacionam entre si, formando um todo. Daí por que se diz que o ordenamento jurídico constitui um sistema. Bobbio apresenta como características essenciais para o ordenamento jurídico se constituir num sistema: unidade; coerência interna; e completude. A unidade do ordenamento é garantida por que as normas não estão todas num mesmo plano, mas há normas superiores e inferiores. Partindo da norma inferior até a última da escala, que é a norma fundamental.

Para Bobbio: “A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma”.<sup>7</sup>

Lourival Vilanova sustenta que a unidade é apenas formal, não há homogeneidade no objeto. Para o Mestre Pernambucano: “O que interliga proposições normativas tão variadas é o fundamento-de-validade que cada uma tem no todo”.<sup>8</sup> E: “A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento-de-validade desse sistema – a Constituição positiva, ou em nível epistemológico, a Constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, a norma fundamental; A unicidade decorre da possibilidade também gnosiológica de se poder conceber todo o material jurídico dado com um só sistema”.<sup>9</sup>

A coerência do ordenamento consiste na impossibilidade de antinomias em seu interior, pois todas as normas estão num relacionamento de coerência entre si. É vista por Bobbio como pretensão de todo ordenamento jurídico que quer ser justo<sup>10</sup>. Para Bobbio e Kelsen, todas as normas, por terem um único fundamento validade, são

---

<sup>4</sup> VILANOVA, 1997:172.

<sup>5</sup> BOBBIO, 1997:71.

<sup>6</sup> CANARIS, 2002,12/23.

<sup>7</sup> BOBBIO, 1997: 49.

<sup>8</sup> VILANOVA, 1997:166.

<sup>9</sup> VILANOVA, 1997:180.

<sup>10</sup> BOBBIO, 1997:113.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

harmônicas. Para afastar a antinomia e eventual conflito aparente aplicam-se as regras de exclusão de uma delas, pelos seguintes critérios: hierárquico; cronológico; e da especialidade.

O critério hierárquico aponta para prevalência da lei hierarquicamente inferior pela lei superior (*lex superior derogat inferiori*). O cronológico pela derrogação da lei anterior pela posterior (*lex posterior derogat priori*). E o da especialidade afasta a incidência da norma geral em prestígio à norma especial (*lex specialis derogat generali*). Bobbio não ignora a impossibilidade das regras acima resolverem todos as hipóteses de antinomias, apontando a necessidade de uma regra de coerência que as afaste. Por tal razão elege a coerência como dever e sustenta a validade do ordenamento mesmo com normas antinômicas, mas que, em tais circunstâncias o ordenamento não assegura nem certeza nem justiça<sup>11</sup>.

Lourival Vilanova sustenta que o ser sistema é o tipo ideal de ordenamento e que “os sistemas jurídicos abrigam normas incompatíveis, formalmente contraditórias, normas contrariando normas, isto é antinomias”.<sup>12</sup>

Conclui o Mestre: “É que os sistemas jurídicos são sistemas empíricos de normas de conduta, não sistemas de proposições cognoscentes da realidade. Resta-nos tão-só a unidade, que é conferida pelo comum fundamento-de-validade de todas as normas. Normas contraditórias, ambas válidas, encontram seu fundamento de existência na última fonte normativa a Constituição positiva, ou a Constituição em sentido lógico-jurídico, i, é, a norma básica do sistema (a norma fundamental pressuposta). Com a norma fundamental, ou com a Constituição positiva, tem-se o critério-de-pertinencialidade: é possível decidir-se se uma dada norma pertence ao sistema”.<sup>13</sup>

André Ramos Tavares nos traz as lições de VEZIO CRISAFULLI para quem: “(...) Mas se as antinomias são possíveis (e pelo contrário, ao menos na evolução temporal do ordenamento, inevitáveis), é também verdadeiro de outra parte que devem ser compostas resolvidas, a fim de que o ordenamento o seja verdadeiramente, como a palavra exprime: *ordem*, sistema regulador coerente e unitário, e não um acúmulo informado de normas entre elas contratantes. Ao reconhecimento da possibilidade de antinomias, contrapõe-

---

<sup>11</sup> BOBBIO; 1997: 113.

<sup>12</sup> VILANOVA, 1997:298.

<sup>13</sup> VILANOVA, 1997:308.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

se, para isto, em sede dogmática, o postulado da unidade do sistema (antinomias existem, mas são vedadas). Unidade “formal” , antes de tudo ou “dinâmico-formal” (Kelsen), no sentido que daquele faz parte integrante sobretudo normas postas sobre fatos e atos a isto autorizados pelas normas (constitucionais) sobre produção jurídica; uma unidade também “material”, no sentido de que não devem poder coexistir validamente normas regulando um mesmo objeto em sentido contrários.”<sup>14</sup>

### **2. Normas Constitucionais: princípios e regras**

O direito é um sistema constituído por duas espécies de normas: princípios e regras. No entanto, diferenciar de forma mais precisa tais espécies normativas é uma tarefa complexa, vez que diversos são os critérios: grau de abstração, grau de determinabilidade e de aplicabilidade, carácter de fundamentalidade no sistema de fontes, proximidade da idéia de direito, natureza normogénica<sup>15</sup>.

Para Canotilho, esta complexidade pode ser superada a partir de uma distinção entre as funções dos princípios. Deste modo, têm-se os princípios hermenêuticos (que desempenham uma função argumentativa, possibilitando o desenvolvimento, integração e complementação do direito) e os princípios jurídicos (aqueles que assumem a condição de verdadeiras normas). O autor português, na análise da diferença entre princípios e regras, despreza os princípios hermenêuticos. Para ele, os princípios jurídicos, na qualidade de verdadeiras normas, são qualitativamente distintos das regras jurídicas<sup>16</sup>.

Tal distinção se dá, segundo CANOTILHO, nos seguintes aspectos:<sup>17</sup>

1. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionantes fáticos e jurídicos; já as regras prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem); 2. Os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância e ponderação); as regras apresentam tão-somente questões de validade; 3 A convivência de regras é antinômica, de modo que se excluem; os princípios coexistem, já que permitem o balanceamento de valores e

---

<sup>14</sup> Tratado.. p. 263.

<sup>15</sup> CANOTILHO, 1998: 1034.

<sup>16</sup> CANOTILHO, 1998: 1035.

<sup>17</sup> CANOTILHO, 1998: 1035.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

interesses (não obedecem à lógica do “tudo ou nada”), de modo que o conflito entre os princípios permite ponderação, harmonização.

Eros Roberto Grau, apresenta a distinção de Dworkin: 1. “As regras jurídicas, não comportando exceções, são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis, não se passando o mesmo com os princípios.” E o “tudo ou nada” das regras, já os princípios “são aplicáveis quando as condições previstas como suficientes se manifestam”; 2.” Os princípios jurídicos possuem uma dimensão - a dimensão de peso ou importância – que não comparece nas regras jurídicas.”<sup>18</sup>

Uma distinção importante, extraída dos ensinamentos dos mestres é a que leva em consideração o grau de generalidade e especificidade do conteúdo normativo. As regras visam situações determinadas; os princípios, indeterminadas. Eros Roberto Grau, aponta esta característica: “As regras jurídicas não comportam exceções que não se possa teoricamente enunciar porque, como observa Boulanger, são de ser aplicadas a situações determinadas; já os princípios, por outro lado, são aptos a serem aplicados a uma série indefinida de situações, não admitem a própria enunciação de hipóteses nas quais seriam aplicáveis.”<sup>19</sup>

Confrontando e analisado a doutrina de Dworkin e Alexy, Humberto Ávila apresenta seu conceito de princípio: “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”<sup>20</sup>

### **3. Sistema de princípios e regras**

Seguindo os ensinamentos de Alexy, Canotilho<sup>21</sup> sustenta que a existência de regras e princípios conduz a um constitucionalismo adequado. Isso porque a adoção de um sistema constituído exclusivamente por regras levaria a um modelo jurídico de limitada racionalidade prática, vez que formado por uma disciplina legislativa exaustiva e

---

<sup>18</sup> GRAU, 1991, 107/114.

<sup>19</sup> GRAU, 1991:113.

<sup>20</sup> ÁVILA, 2005:70.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

completa (legalismo). Ter-se-ia um sistema de segurança, porém não haveria qualquer espaço para complementação e desenvolvimento (ou seja, não seria aberto). Por outro lado, um sistema baseado exclusivamente em princípios também seria inaceitável, vez que a indeterminação, a inexistência de regras precisas conduziriam a um sistema falho de segurança jurídica.

Conclusão: qualquer sistema jurídico carece de regras e princípios. Ou, no dizer de Eros Roberto Grau: “um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios de Direito.”<sup>22</sup>

No que tange à articulação interna deste sistema de regras e princípios, verifica-se que estão dispostos de forma encadeada, conforme diferentes graus de concretização. Assim, em primeiro lugar vêm os princípios estruturantes, a exemplo do princípio do Estado de Direito. Tais princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios), que densificam os princípios estruturantes. Assim, vg, o princípio do Estado de Direito é concretizado através do princípio da legalidade da administração. Estes, por sua vez, densificam-se ainda mais através de outros princípios especiais, a exemplo do princípio da preeminência da lei e da reserva da lei.<sup>23</sup>

A concretização dos princípios também pode ser feita por regras constitucionais, como as regras garantidoras do direito de recurso contencioso contra certos atos da administração. A relação acima formulada constitui o sistema interno dos princípios e regras constitucionais, que possui via de mão dupla (de cima para baixo, ou do abstrato para o concreto, e vice-versa). Vale dizer, por fim, que todos estes princípios e regras poderão ainda obter mais grau de concretização e densidade por meio da concretização legislativa, jurisprudencial e administrativa.<sup>24</sup>

#### **4. As Funções dos Princípios**

Outro ponto que merece destaque é a função que os princípios assumem em tal sistema: função normogenética (já que representam o fundamento das regras

---

<sup>21</sup> CANOTILHO, 1998: 1036.

<sup>22</sup> GRAU, 1991,95.

<sup>23</sup> CANOTILHO, 1998: 1047.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

jurídicas) e função sistêmica (vez que ligam todo o sistema constitucional). Daí Canotilho afirmar que a perspectiva teórico-jurídica do sistema constitucional é tendencialmente principialista (Alexy e Dworkin). São os princípios que fornecem suportes para solucionar certos problemas metódicos (v.g. colisão de direitos fundamentais), assim também permitem que o sistema “caminhe”, “respire”.

Os princípios valem como lei, ou seja, o direito constitucional que os abarca é direito positivo. Conseqüência de tal aspecto é que os princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo condutas e dando segurança e expectativas de comportamentos.

Mas os princípios também servem como “vetores” “cânones” de interpretação das regras. Eros Roberto Grau, a partir das lições de Jean Boulanger e Augustin Gordilho, sustenta que “a interpretação das regras contempladas na Constituição é determinada pelos princípios.”<sup>25</sup>

Os princípios exercem importante função sistematizadora do direito. Segundo CANARIS são quatro as características dos princípios que os habilitam ao desempenho de tal função: “os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.”<sup>26</sup>

**Os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição** - Para o autor citado, “as decisões fundamentais da ordem jurídica, subjazem muitas exceções e os princípios singulares não poucas vezes levam a decisões contrárias”<sup>27</sup>.

**Eles não têm a pretensão da exclusividade** - “Uma mesma conseqüência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode ser

---

<sup>24</sup> CANOTILHO, 1998: 1049.

<sup>25</sup> GRAU, 1991:97

<sup>26</sup> CANARIS, 2002:88.

<sup>27</sup> CANARIS, 2002:88.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

conectada com outro princípio.”<sup>28</sup>

**Ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas** - Para o autor, o princípio “só se deixa apreciar plenamente quando se incluem, na ponderação, os princípios contrapostos e limitativos e o âmbito de aplicação que lhe seja destinado” e prossegue, em outras palavras: “o entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o dos seus limites.”<sup>29</sup>. Esta característica é nítida no estudo do princípio do devido processo legal e seus correlatos princípios<sup>30</sup>. Ainda, no princípio da moralidade e seus subprincípios correlatos da lealdade e da boa-fé.

**Precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio**<sup>31</sup> - Esta característica apontada no tocante aos princípios gerais do direito, objeto da análise de CANARIS, deixa de corresponder à realidade com a constitucionalização dos princípios e sua força normativa.

Não obstante o caráter normativo dos princípios e sua aplicabilidade direta, não se pode negar que as regras, tanto as constitucionais como as infraconstitucionais, são aplicações dos princípios. Eros Roberto Grau destaca essa função: “Nisto, fundamentalmente, repousa a força dos princípios, força que, como vimos, é de tal ordem que, mercê de sua objetividade e presencialidade normativa – que independe de consagração específica em qualquer preceito particular – vai ao ponto de excluir qualquer relevância à noção de discricionariedade judicial<sup>32</sup>.”

Dissertando a respeito da eficácia dos princípios, Humberto Ávila atribui aos princípios a tarefa de definir o “sentido e o valor” do sistema jurídico, atuando sobre as outras normas do mesmo sistema.<sup>33</sup> Atribuindo-lhes função definitiva, de valor e sentido; interpretativa, “na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir

---

<sup>28</sup> CANARIS, 2003:90.

<sup>29</sup> CANARIS, 2002: 95.

<sup>30</sup> “Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.” (Nelso Nery Junior. Princípio do Processo civil na Constituição Federal, 8ª edição. SP, RT, 2004).

<sup>31</sup> É importante destacar a posição de ESSER que ao negar o caráter normativo do princípio, ressalta sua “condição imanente do ser e do funcionar das regras” sendo, para citado autor, causa, critério e justificação das regras. (apud: GRAU, 1991: 129).

<sup>32</sup> GRAU, 1991: 133.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentido.”<sup>34</sup> E, por fim, função bloqueadora “porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido.”<sup>35</sup>

### **II. O Princípio da Legalidade**

#### **1. O Agir Humano: Direito e Moral**

Ao se encontrar o homem se descobre um SER que pensa, é livre, faz escolhas e tem vontade. Pensar, querer e sentir, eis as faculdades do homem que o torna diferente dos animais. Por pensar, raciocinar e decidir com liberdade, exercendo seu livre arbítrio<sup>36</sup>, o homem é responsável. Responder, suportar os efeitos causados por suas escolhas e atos, se sustenta na finalidade de sua existência. O homem é um SER em realização, que se faz, cumprindo suas finalidades, seus fins, nisto consiste o bem e em razão disto, se atribui a este aspecto dinâmico do SER, o SER em ação para cumprir seus fins: o valor.

*Ensina-nos, Armando Câmara: “O postulado fundamental do mundo jurídico é que o homem é um animal consciente de fins e livre para elegê-los. Descortinando-se pela racionalidade o panorama dos fins, silhuetados sobre os horizontes do povir, está o homem apto a exercer a liberdade. Esta decorre, portanto, da racionalidade, advém do visionamento dos fins e habilita o homem a manipular as energias da natureza e da sociedade, energias que ele não criou ,as que encontra amorfas, cegas, as utiliza, comanda e estiliza, endereçando-as aos fins visionados pela razão<sup>37</sup>”.*

O homem, portanto, é um ser inteligente, capaz de identificar seus fins, sua finalidade; é livre, capaz de escolher se atuará em conformidade com seus fins ou em desconformidade. É, também, sociável, não se realiza sozinho, trará relações com seus semelhantes.

---

<sup>33</sup> ÁVILA, 2005:78.

<sup>34</sup> ÁVILA, 2005: 79.

<sup>35</sup> ÁVILA, 2005:79.

<sup>36</sup> “Dá-se o nome de livre arbítrio à escolha que pode ser determinada pela razão pura; a que pode ser determinada somente pela inclinação (impulso sensível, estímulo) seria o arbítrio animal (arbitrium brutum). O arbítrio humano, contudo, é uma escolha que, embora possa ser realmente afetada por impulsos, não pode ser determinada por estes, sendo, portanto, de per si.”(KANT, 2003: 63).

<sup>37</sup> MENDONÇA, 1999:172.

## O Princípio Constituição da Moralidade

### IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

Para Kant, o homem é um ser de vontade, entendimento e escolha. O que distingue esse ser de todos os demais da natureza é a sua capacidade de impor leis, morais e jurídicas ao seu comportamento. Essas leis podem ser elaboradas pelo próprio indivíduo, quando ganham a denominação de autonomia ou decorrentes do meio externo, quando ganham a qualificação de heteronomia. O ser livre é aquele que elabora por si mesmo ou em conjunto com os demais integrantes de sua espécie, as leis para o seu agir, por vontade consciente<sup>38</sup>. Além disso, essas leis, em sua materialidade, não são fruto do desejo, por esse não se prestar à escolha, mas sim da razão, universal, por princípio<sup>39</sup>.

Dos conceitos de autonomia e heteronomia, KANT demarca o campo da legalidade e da moralidade. Nas suas palavras: “*A conformidade de uma ação com a lei do dever é sua legalidade (legalistas); a conformidade da máxima de uma ação com a lei é moralidade (moralitas) da ação. Ima máxima é um princípio subjetivo de ação, um princípio que o próprio sujeito converte em regra (como ele deseja agir); um princípio de dever, por outro lado, é um princípio que a razão a ele prescreve absolutamente e, assim, objetivamente (como ele deve agir)*”<sup>40</sup>.

Com apoio em Maritain discordamos do mestre. Este princípio não é meramente um juízo racional. Este princípio será encontrado, descoberto nas finalidades do homem, o que será mais adiante explorado. Neste sentido, feliz é a crítica de Jacques Maritain. “*Procurou particularmente afastar da moralidade qualquer bem supremo ou qualquer fim supremo, isto é, o soberano BEM. Por outras palavras, julgou Kant necessário subtrair a moralidade, - naquilo que ela possui de mais próprio, - à ordem da finalidade.*”<sup>41</sup>

Na esfera da moralidade, KANT opera uma divisão entre a Moral e o Direito. A moral diz respeito unicamente aos mandamentos internos do homem enquanto e o direito às normas de convivência pacífica e feliz com os outros. Kant parte de uma simples divisão entre natureza e cultura para iniciar a busca dos princípios de cada uma delas. No âmbito das ciências morais, ocorre uma segunda divisão, a critério agora da natureza do

---

<sup>38</sup> KANT, 2003:66

<sup>39</sup> KANT, 2003:33

<sup>40</sup> KANT, 2003:68

<sup>41</sup> MARITAN 1973:120.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

dever. Quando o dever é de foro íntimo, é chamado de moral, quando refere-se à liberdade alheia, jurídico<sup>42</sup>.

A sua definição de Direito é a coroação da universalidade da razão e, portanto, da liberdade: *“o direito é a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal da liberdade”*<sup>43</sup>

Na esfera moral há duas espécies de leis, as morais em sentido estrito e as jurídicas de acordo com os objetivos do sujeito. Enquanto a moral prescreve os deveres do homem para consigo mesmo, as leis jurídicas são de raiz externa, respeitando ao indivíduo nas relações com outros iguais, todos dotados de consciência. Vê-se então que para o Direito não importa saber as intenções dos atores, mas somente os resultados das ações. Destarte, se é estabelecido um contrato entre duas pessoas, não importa, para Kant, indagar se um ou os dois contratantes intentavam lesar a liberdade ou os interesses do outro ou de terceiro: a função da norma jurídica é apenas observar e sancionar, em hipótese de infração, a ocorrência efetiva de algum dano ao patrimônio jurídico dos indivíduos<sup>44</sup>.

Com essa separação KANT delimita o poder de Estado sobre os indivíduos e fornece elementos para a formulação de uma teoria de autonomia dos Órgãos, no tocante à esfera de atuação livre, deixada pela lei, esfera da discricionariedade. Há para os indivíduos e para os Órgãos Autônomos uma esfera, a da intimidade, em que a possibilidade de intervenção estatal é nula; a cada um é permitido fazer o que lhe corresponder a vontade, desde que esteja em conformidade com a prescrição externa e coercitiva da lei (legalidade), com o que se satisfaz KANT e, para nós, desde que esteja em conformidade com os fins do homem e dos Órgãos.

A distinção entre moral em sentido estrito e direito coloca, dentre seus elementos, o sujeito legislador do móvel da ação. Nas questões morais, **é o indivíduo mesmo** que a si impõe os deveres, considerados abstratamente, ou seja, independente de seu conteúdo. Portanto, é aquela prescrição imposta pela razão à ação, seja ela qual for. O dever, na ética kantiana, é o propiciador da liberdade posto que a liberdade é “a liberdade de agir segundo leis”. Por conseguinte, **a autonomia é a vontade moral desinteressada dos objetos**, a ela importando somente a moralidade da ação, sua adequação ao imperativo da moralidade:

---

<sup>42</sup> KANT, 2003:72.

<sup>43</sup> KANT, 2003:76.

<sup>44</sup> KANT, 2003:73

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

*“A autonomia da vontade é a qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma (independentemente de uma qualidade qualquer dos objetivos do dever<sup>45</sup>”)*

No agir externo, diferentemente, a autonomia é limitada pela **liberdade dos outros**. Todavia, deixada à sua própria sorte, sem uma legislação coativa externa, nada garantiria, segundo Kant, que a liberdade de todos e de cada um se cumpriria a contento. O Direito, em suma, é exatamente o garantidor dessa liberdade, mas suas leis não decorrem diretamente do indivíduo, mas sim do Estado. A heteronomia, de que a instituição máxima é portadora, é a antítese da autonomia, ou seja, no sentido estrito, não pode ser uma norma moral.

KANT elabora a separação entre MORAL e DIREITO, na feliz síntese de BOBBIO<sup>46</sup>, da seguinte maneira:

1. **primeiro critério, formal**, forma da obrigação, diz respeito ao modo do sujeito obriga-se, pelo dever (interno) ou por dever (imposição externa). Morente expõe este critério com clareza que reclama transcrição. *“Se agora quisermos formular isto em termos tirados da lógica, diremos que em toda ação há uma matéria, que é aquilo que se faz ou aquilo que se omite, e há uma forma, que é o porquê se faz ou porque se omite. E então a formulação será: uma ação denota uma vontade pura e moral quando é feita não por consideração ao seu conteúdo empírico, mas simplesmente por respeito ao dever; que dizer, por imperativo categórico e não como imperativo hipotético. Mas este respeito ao dever é simplesmente a consideração à forma do “dever”, seja qual for o conteúdo ordenado nesse dever”<sup>47</sup>.*

2. **interioridade ou exterioridade da ação: deveres internos** (legislação interna, autonomia: moral): e **deveres externos** (legislação externa, heteronomia: direito). No mesmo sentido, apresenta Gustav Radbruch.<sup>48</sup> Autônoma será a vontade que dê a si própria sua lei, sujeitando-se ao seu querer, à sua liberdade interna e heterônima será aquela que passivamente receber de outrem a lei que disciplinará sua conduta.

---

<sup>45</sup> BOBBIO, 1997:62

<sup>46</sup> BOBBIO, 1997:53/62.

<sup>47</sup> MORENTE, 1980:256.

## O Princípio Constituição da Moralidade

### IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

**3. interioridade ou exterioridade da liberdade:** “a legislação moral estabelece deveres por cujo cumprimento somos responsáveis apenas perante nós mesmos; a legislação jurídica prescreve deveres por cujo cumprimento somos responsáveis perante a coletividade.”<sup>49</sup>

Assim. O comportamento do homem deve ser “julgado” por dois critérios: o moral e o jurídico. No campo moral, vê-se obrigado por motivos internos, dá lei a si próprio, exercendo sua da liberdade. No campo jurídico, vê-se obrigado por vontade de terceiros, deveres externos, restrição à liberdade.

## 2. Órgão Público

As pessoas por viverem em sociedade se relacionam. A relação é a realidade ontológica presente no agir intersubjetivo, no agir entre os homens (alteridade). Não há relação senão entre sujeitos. O Universo se relaciona, segundo à sua finalidade, seguem de forma cega e inconsciente o atendimento de sua finalidade<sup>50</sup>.

A relação jurídica se realiza entre pessoas (alteridade) tendo por objeto o fato social, ou seja, a hipótese fática prevista no direito posto ou no direito natural capaz, de, em ocorrendo, provocar os efeitos jurídicos. Numa relação alguém será credor e outrem será devedor ou devedores (reciprocidade).

O homem mantém relações por ato de vontade e consciência, diferenciando-se dos animais. Pode escolher. A ordem moral está presente no homem independentemente de um *alter* e voltada ao bem último do ser humano, enquanto a ordem jurídica depende de um *alter*, alteridade externa e está voltada ao bem comum. Os seres humanos convivem, vivem em relação, necessitam dos outros. As relações são objetivas, encontramos no conviver do homem. A família é a relação de convívio de seus membros, assim como as associações de pessoas, são relações voltadas aos fins que os une. As relações humanas podem ser naturais ou voluntárias. São naturais as relações da família e da nação.

---

<sup>48</sup> RADBRUCH, 1997:53/56.

<sup>49</sup> BOBBIO, 1997:58/61.

<sup>50</sup> MENDONÇA: 1999:214.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

São voluntárias as relações das sociedades.<sup>51</sup>

As relações podem ser entre pessoas físicas (ser humano) ou entre associação de pessoas (pessoas jurídicas). A associação de pessoas voltadas ao cumprimento de um fim comum é relação jurídica. Desde a família até o Estado o homem mantém relações. São relações jurídicas aquelas que tem por objeto o cumprimento dos fins sociais dos sujeitos.

Ruy Cirne de Lima, nos ensina que: *“O fato jurídico é condição da relação jurídica. Fundamento ou causa desta é a disposição do sujeito em face do termo, como antecedente ou conseqüente de uma ação.”* São fundamentos da reação jurídica disposição do sujeito, vontade e a ação. A vontade *“implica a determinação prévia e exaustiva, pela norma jurídica, do conteúdo que o ato de vontade terá, ao ser praticado..”* Assim, *“.. chama-se,.. ordem jurídica ao conjunto das normas, em que se enuncia o princípio de ordem.”* *A organização é nota especial da ordem jurídica em seu aspecto dinâmico. Os grupos sociais são organização voltadas ao cumprimento dos fins do homem, que os realiza ao ser parte de cada grupo, ou organização.”*

Para desempenho das funções sociais o ESTADO manterá diversas relações por intermédio de seus ORGÃOS<sup>52</sup>, entes dotados de autonomia, que compõem um complexo designado pelo nome que define a natureza de suas atividades preponderantes. Os Órgãos do Estado estão, destarte, distribuindos em sistemas de ação independente e autônoma (Órgãos do Poder Legislativo; Órgãos do Poder Executivo e Órgãos do Poder Judiciário), na divisão clássica dos poderes. *“Os Poderes exercem suas funções com independência em relação aos demais. Cada um tem suas autoridades, que não devem respeito hierárquico às autoridades do outro Poder.”*<sup>53</sup>

A ação dos Órgãos, por semelhança da ação do HOMEM, está sujeita também à LEGALIDADE e à MORALIDADE. A LEGALIDADE da ação, ou sua juridicidade, está na sua conformidade com o bem comum. O direito positivo é uma tentativa de objetivar os comportamentos humanos que estão de acordo ou desacordo com as

---

<sup>51</sup> MENDONÇA: 1999:216/218.

<sup>52</sup> Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado. Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres da razão), não têm vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais. “(Celso Antonio Bandeira de Melo: 2004:129/130.

<sup>53</sup> SUBDEFELD. 200:42

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

exigências do bem comum, visando realizar os fins do ESTADO. Lícito será o comportamento segundo o bem comum ou, numa perspectiva do direito positivo, o procedimento permitido ou não proibido em lei. Ilícito, destarte, serão os comportamentos, procedimentos, proibidos pela lei.

A liberdade de ação dos órgãos é uma liberdade nos termos definidos num primeiro momento pela Constituição e, num segundo momento pelas Leis, campo da Legalidade Estrita. *“O administrador e o juiz, ao exercerem suas atividades (produzindo atos administrativos e sentenças), apenas aplicam a lei, apenas realizam concretamente a vontade geral, sem que suas vontades particulares interfiram no processo. A atividade pública deixa, assim, de ser vista como propriedade de quem a exerce, passando a significar apenas um dever-poder, indissolivelmente ligado a finalidade estranha ao agente. Ademais, ninguém exercerá autoridade pública que não emane da lei.”*<sup>54</sup>

Todavia, a lei positiva apresentará sérios problemas de interpretação e aplicação, que serão abordados adiante, e não pode esgotar a riqueza da realidade social, havendo necessidade de reservar uma espaço de atuação livre, sem lei, autonomia, campo da discricionariedade. Assim, os órgãos atuam num campo sujeito à legalidade, quando a lei define todos os elementos de sua atuação e noutra sujeito à discricionariedade, liberdade, autonomia. É nesse campo de atuação autônoma que o órgão estará sujeito à MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

Quando falamos em ação dos órgãos estamos na verdade, nos referindo a ação das pessoas imputadas aos órgãos. Isto porque ato, participio passado do verbo AGIR, é imanente ao SER HUMANO<sup>55</sup>. Só o HOMEM pode praticar atos. Estes seres humanos que têm sua atuação imputada ao ESTADO, são denominados, genericamente, agentes públicos. *“Mas quem são os homens que realizam concretamente os comportamentos a que a pessoa Estado está obrigada – isto é, que administram o imóvel público, prendem os criminosos, entregam os vencimentos aos funcionários? São os homens (a que chamamos de agentes públicos) indicados pelas normas jurídicas que organizam a*

---

<sup>54</sup> SUNDEFELD, 2000:45/46.

<sup>55</sup> “3. Então, para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo do próprio Estado.” (Celso Antonio Bandeira de Melo, 2004:130).

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

*estrutura interna do Estado.*”<sup>56</sup>

Todavia, uma caracteriza singular diferenciara ação do HOMEM, enquanto indivíduo e a ação do HOMEM enquanto Agente Público. No campo da legalidade, vinculação à norma, não há qualquer diferença. A diferença se ará no campo da liberdade, discricionariiedade. Enquanto, a exigência moral é de ação em conformidade com os fins últimos do ser humano, na atuação administrativa, a exigência de moralidade é atuação em conformidade com os fins próprios do ESTADO, do Órgão, com os fins sociais (princípio da finalidade). *“À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. Chama-se relação de administração segundo o mesmo critérios pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade.”*<sup>57</sup>

Temos, portanto, uma liberdade de ação, autonomia, vinculada à finalidade<sup>58</sup>. O Agente é livre para atender os fins do órgão. Sua autonomia será exercida, no espaço deixado pelo legislador, para o cumprimento dos fins, da finalidade do órgão.

### **3. Legalidade: Governo das Leis e não dos Homens. Vinculação à Lei.**

A subordinação do administrador público aos comandos da lei, também conhecido como principio da legalidade, permite a instituição de um governo das leis<sup>59</sup> e não dos homens, conquista da humanidade e característica essencial dos modernos Estados de Direito.

A lei passa a ser definidora da vontade do Estado<sup>60</sup>, cuja execução fica a cargo do agente que, vinculado aos seus comandos se limita a reproduzir concretamente

---

<sup>56</sup> SUNDEFLED, 2000:65.

<sup>57</sup> Ruy Cirne de Lima. Princípios de Direito Administrativo, p. 55/56 – Apud, 2000:15.

<sup>58</sup> Definição de Liberdade de São Tomas de Aquino: “La fuerza electiva do medios, guardado el orden del fin”.

Apud: DERISI, 1941:196.

<sup>59</sup> “Por “governo da lei” tendem-se duas coisas diversas embora coligadas: além do governo *sub lege*, que é o considerado até aqui, também o governo *per leges*, isto é, mediante leis, ou melhor, através da emanção (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas. Uma coisa é o governo exercer o poder segundo leis estabelecidas, outra coisa é exerce-lo mediante leis, isto é, não mediante ordens individuais e concretas.” (Noberto Bobbio, O Futuro da Democracia – Uma Defesa das Regras do Jogo, p. 157) Apud. SUNDFELD: 2000:46.

<sup>60</sup> “...não existe qualquer liberdade no agir do Estado, atuando a lei como seu único e próprio fundamento da ação.” (MORREIRA NETO, 2002:80.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

sua vontade. No Estado de Direito, só há vontade imputada ao Estado se decorrer diretamente da lei. Celso Antônio Bandeira de Melo nos exorta que “(...) o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática.”<sup>61</sup>

A liberdade de ação dos agentes públicos dá-se infralegalmente, “além de não poder atuar contra *legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*.”<sup>62</sup> Administrar é aplicar a lei em concreto. A lei, enquanto norma geral e abstrata não pode ter correspondência direta com as situações fáticas. As leis prevêm estandartes, modelos, hipóteses, cabendo sempre ao administrador o papel de interpretar para aplicar a norma aos casos concretos, nos ensina Afonso Rodrigues Queiro, “a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais.”<sup>63</sup> “*Esta é a razão de ser, o Estado de Direito, uma dádiva do princípio da legalidade, por definição, aquele que se submete às suas próprias leis, daí a expressão consagrada de Duguit, “suporta a lei que fizeste” (legem patere quam ficisti), que enuncia, em síntese, este princípio, uma vez que, ao declarar o Direito, o Estado se autolimita, assegurando à sociedade, que o criou e o mantém para organizá-la e dirigi-la, a preciosa dádiva de certeza jurídica.*”<sup>64</sup>

Princípio estruturado da época da crença na infabilidade da lei escrita, no auge do positivismo e seu correlato movimento de codificação, esqueceram seus idealizadores que na aplicação da norma aparecem as ambigüidades, os pontos obscuros, e, até as lacunas, cabendo ao administrador a tarefa de definir *in concreto* o comando normativo, suprir a omissão e afastar as ambigüidades. Portanto, exercerá sim ato de vontade, liberdade. Mas, por ter sua liberdade vinculada aos comandos normativos, o Administrador necessita fundamentar, sustentar suas decisões, valendo-se do método discursivo.

### **III – O Princípio da Moralidade**

#### **1. Escolhas do Administrador: Ambigüidade da Lei e a Discricionariedade.**

---

<sup>61</sup> BANDEIRA DE MELO, 2004:92.

<sup>62</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2000: 92.

<sup>63</sup> Apud: BANDERIA DE MELLO, 2000:92.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

A pretensão dos idealizadores do Estado de Direito, cuja coroação é o princípio da legalidade, é não deixar escapar dos ditames legais nenhuma ação administrativa. Todavia, padece o Legislador, por ser humano, da onisciência, não sendo capaz de, previamente e de forma completa, antecipar todas as decisões que deverão tomadas pelo administrador.

Apresenta-se para o Administrador dois parâmetros para sua atividade: a legalidade e a finalidade. Todavia, dada a ambigüidade da lei, sempre haverá necessidade de interpretação, o que, de imediato, afigura-nos possíveis mais de uma opção validamente extraídas do conteúdo da norma. Por outro lado, haverá também a possibilidade do legislador, deixar para o Administrador decisões que não foi capaz de tomar ou propositadamente não o fez.

Na interpretação da lei e na atividade discricionária, o administrador exerce sua vontade pessoal, criadora da norma específica vinculatória do Estado, exerce, portanto, **o espaço de liberdade que caracteriza a autonomia do órgão**. Este Espaço de liberdade, sob o domínio da moralidade, caracterizador da autonomia do órgão administrativo, existe em duas situações, a saber: interpretação da lei e discricionariedade.

A respeito da importância da moralidade na interpretação e aplicação da lei, ouçamos Maria Sylvia Zanella di Pietro: “A aplicação da lei, exige, em inúmeras circunstâncias, a prévia interpretação, com o objetivo de pesquisar o real sentido da regra jurídica, ou a prévia integração da norma, para decidir qual o preceito aplicável em caso de lacuna. E nesse trabalho, a moral desempenha papel relevante.”<sup>65</sup>

Tratando especificamente da interpretação e aplicação da norma pelo Juiz, citando Juan Igartua Salaveira, destaca a justificação ou motivação das decisões na moral, apontando as etapas que o Juiz segue, sustenta que ao fazer a apreciação axiológica da norma leva em consideração valores morais.<sup>66</sup>

A citada autora aponta idêntico fenômeno no direito administrativo, “*Em se tratando de direito administrativo, ocorre o mesmo: a lei, em inúmeros casos, deixa que a Administração extraia da norma as suas conseqüências, segundo*

---

<sup>64</sup> MORREIRA NETO, 2002: 80.

<sup>65</sup> DI PIETRO, 1991:12.

<sup>66</sup> DI PIETRO, 1991:17

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

*juízo de valor a ser feito em cada caso concreto; nessa apreciação, terão que prevalecer os valores éticos da instituição, que constituem limites à discricionariedade administrativa, os quais, se transpostos, ensejaram correção<sup>67</sup> pelo Poder Judiciário.”<sup>68</sup>*

Por discricionariedade, nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: *“Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal<sup>69</sup>, o campo da indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso específico a finalidade da lei.”<sup>70</sup>*

Hely Lopes Mereiles nos apresenta o conceito formulado por Fiorini: *“a discricionariedade é a faculdade que adquire a Administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propõe o Poder Público. A discricionariedade – prossegue o mesmo autor – adquire relevância jurídica quando a Administração quer custodiar em forma justa os interesses públicos entregues à sua tutela. (...) É, unicamente, uma autorização limitada a um fim determinando, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa. É uma forma de atuar da Administração para poder realizar uma reta administração dos diversificados interesses da coletividade.”<sup>71</sup>*

Os administrativistas são unânimes ao sustentar a existência de uma certa e determinada *liberdade de ação*, como característica da discricionariedade. Divergem, é bem verdade, quanto a extensão dessa liberdade, modo de controle e critério para mensuração de sua compatibilidade. A finalidade<sup>72</sup> é elemento comum nesses critérios<sup>73</sup>.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto elege a legitimidade da escolha, que não difere do critério apontado, conformidade com a finalidade. *“A discricionariedade é,*

---

<sup>67</sup> Neste aspecto discordamos da Autora, pois se é campo de liberdade, discricionariedade e autonomia, NÃO PODE HAVER CONTROLE DE OUTRO ÓRGÃO.

<sup>68</sup> DI PIETRO, 1991:18.

<sup>69</sup> Discordamos do Mestre, embora seja pessoal, não o será subjetivo, mas objetivo, já que terá um parâmetro objetivamente definido: conformidade com a finalidade do órgão.

<sup>70</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2002: 845.

<sup>71</sup> Bartolomé A Fiorini, La discrecionalidad en la Administración Pública, Buenos Aires, 1948, p. 38. Apud MREILLES, 2002: 164.

<sup>72</sup> “O fim é sempre imposto pelas leis e regulamentos, seja explícita, seja implicitamente” (MEIRELES, 2002:165).

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

*portanto, uma técnica jurídica, que se destina a sintonizar a ação administrativa concreta à idéia de legitimidade contida na lei (...) Há, pois, um conteúdo central da lei, que vincula o administrador público à finalidade a que se destina, mas esta vinculação não mais se dá à legalidade estrita, pois esta ficou incompleta no comando legal, mas à legitimidade, que deverá ser necessariamente deduzida daquele conteúdo.”<sup>74</sup>*

Celso Antônio Bandeira de Mello elege a razoabilidade como critério para medição da discricionariedade, e admite que este Juízo seja formulado pelo Poder Judiciário, fazendo tal formulação ser substituída pela do Administrador, ou seja, negando-lhe o direito de escolha, onde a lei outorgou e substituindo a discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial. Vejamos: *“Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar melhor satisfação ao objetivo da lei. Em suma, está-se aqui a dizer que a discricionariedade é pura e simplesmente o fruto da finitude, isto é, da limitação da mente humana. À inteligência dos homens falece o poder de identificar sempre, em toda e qualquer situação, de maneira segura, objetiva e inobjektável, a medida idônea para preencher de modo ótimo o escopo legal.”<sup>75</sup>*

Resta claro que há liberdade de ação e autonomia do órgão administrativo na interpretação da norma e no espaço não normatizado. Exercendo esta liberdade, o Administrador estará sempre adstrito à finalidade. O critério, meio, princípio ou regra para análise desta conformidade é o problema. Não pode ser a lei, pois seria mera análise de legalidade<sup>76</sup>. Não pode existir critério, pois, assim seria arbitrariedade. O critério é dado pelo princípio da moralidade.

Nas esferas da interpretação e da discricionariedade, terá o Administrador espaços, deixados pelo legislador, nos quais não há norma para servir de

---

<sup>73</sup> “Esta forma é exatamente a de disciplinar certa matéria sem manietar o administrador. Isto porque a lei pretende que seja adotada em cada caso concreto unicamente a providência capaz de atender com precisão à finalidade que a inspirou. (BANDEIRA DE MELLO, 2002: 845).

<sup>74</sup> MOREIRA NETO:2002:95

<sup>75</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2002, 847.

<sup>76</sup> Em sentido contrário, restringindo a análise da moralidade à legalidade é a posição do Tribunal de Justiça de São Paulo. TJSP, RDA 89/134, em cujas águas bebe a doutrina pátria.

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

parâmetro para julgamento de compatibilidade da ação aos fins (legalidade e finalidade) e em seu lugar, exerce tal função o princípio da **moralidade**, “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interna da administração”.<sup>77</sup>

Atribuindo a Maurice Hauriou a responsabilidade pelo desenvolvimento do conceito do princípio da moralidade, nos ensina Hely Lopes Meireles que ele exige do agente uma escolha pelo bem, pelo honesto, pelo justo, pelo conveniente, pelo oportuno, obedecendo à lei ética da instituição. “*A moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.*”<sup>78</sup>

A idéia de moralidade, tanto do espaço de liberdade da escolha da interpretação, entre as possíveis, como no espaço de discricionariedade, está associada à finalidade administrativa e ou política do órgão responsável pela aplicação da norma. Antonio José Brandão sustenta: “*Entre estes três elementos- condutas juridicamente relevantes, modificações da ordem jurídica, fim metajurídico – há correlação intrínseca, não arbitrária.*”<sup>79</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também na esteira dos ensinamentos de Hauriou e Antonio José Brandão tentando diferenciar moralidade administrativa de moralidade comum, acaba por construir o conteúdo do princípio da moralidade, ou seja: conformidade com a finalidade, sem confundir a finalidade em si, definida na norma, cuja violação é ilegalidade. “*Portanto, para que o administrador público vulnere esse princípio, basta que administre mal os interesses públicos, o que poderá ocorrer de três modos: 1º - através de atos com desvio da finalidade pública, para perseguir interesses que não são aqueles para os quais deve agir; 2º - através e atos sem finalidade pública; 3º - através de atos com deficiente finalidade pública, reveladores de uma ineficiência grosseira no trato dos interesses que lhe foram afetos.*”<sup>80</sup>

Humberto Ávila não destoa do aqui exposto ao conceituar princípio como “norma finalística” que estabelece um fim a ser seguindo, exemplifica seu conceito no princípio da moralidade, que se exterioriza “pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar,

<sup>77</sup> Hauriou, Apud. Hely Lopes Meirelles, 2002: 87.

<sup>78</sup> MEIRELLES, 2002: 88.

<sup>79</sup> BRANDÃO, 1951, 463.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

boa-fé, sinceridade e motivação.” São necessários, para o Autor, comportamentos com as marcas dos “valores morais” indicados, sem os quais “não se contribui para a existência de estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por conseqüência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto o princípio”<sup>81</sup>.

E, finalidade: “Como se pode perceber, o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade e conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração.”<sup>82</sup> (diríamos: legalidade, interesse público e finalidade)

Destarte, temos os elementos necessários à definição da moralidade administrativa: comportamentos nos campos da liberdade e autonomia de ação, na interpretação da norma ou deixado pela norma, na sua integração (discricionariedade) e vinculação à finalidade do órgão. Este inter, caminho a ser percorrido pelo Administrador, será construído, encontrado no “*conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interna da administração*” “corresponde à moralidade administrativa. O valor moral da conduta do agente deve ser avaliado pela conformidade com a finalidade do órgão. Deve ser verificado o melhor modo de cumprir a norma, a luz das finalidades dos órgãos e, considerar “imoral” todas as demais, que embora seus decisões amparadas na norma, não são a melhor forma de atender o seu fim, da norma e do órgão.

### **2. Aplicação do Princípio da Moralidade: Fundamentação intuitiva e discursiva.**

Como escolher, definir, identificar essas regras? Elas admitem demonstração discursiva? Ou na verdade são “princípios evidentes” intuitos pelo Administrador. Tenho para mim, que a escolha da decisão, do ato conforme a finalidade, no espaço de liberdade do agente pertence ao campo do saber intuído.

Humberto Ávila ensaia a utilização de diretrizes para aplicação do

---

<sup>80</sup> MOREIRA NETO, 21002: 94.

<sup>81</sup> ÁVILA, 2005: 71.

<sup>82</sup> ÁVILA, 2005: 77.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

princípio da moralidade. Para o autor, são cinco: “1. estabelecendo valores fundamentais; 2. instituindo um modo objetivo e impessoal de atuação administrativa; 3. criando procedimentos de defesa dos direitos dos cidadãos; 4. criando requisitos para o ingresso da função pública; 5. instituindo variados mecanismos de controle da atividade administrativa.”<sup>83</sup>

Embora estas diretrizes sejam importantes, não resolve o problema crucial da aplicação do princípio da moralidade, a justificação das decisões. Para fundamentação de suas decisões, no campo da legalidade, o Juiz e o administrador público recorrerão, sempre, ao método discursivo, “de cursus” por etapas, mediante ilações do conhecimento para o desconhecido, mediante o raciocínio.

O Professor Armando Câmara define o método discursivo da seguinte forma: “*É a forma discursiva de conhecer, pela qual, a partir de uma idéia, concluímos pela validade de outra. Captamos uma situação de ser e desta concluímos por outra. O conhecimento se faz por ilações por etapas; através de algo conhecido, chegamos a algo desconhecido.*”<sup>84</sup>

O discurso é o método apropriado para o conhecimento científico, entre os quais o direito positivo, pois parte do *conhecimento* (da norma posta e do fato), por desenvolvimento de raciocínios, por *ilações e deduções lógicas* (interpretações possíveis, argumentos, princípios) para definição do *conhecimento novo* (regra jurídica aplicável).

Em **Platão** encontramos a visão de idéias como fonte de nosso conhecimento. Platão aperfeiçoa o método socrático de formular perguntas e desenvolve a sua dialética que consiste numa “*contraposição, não de opiniões distintas, mas de uma opinião e a crítica da mesma. Conserva, pois, a idéia de que é preciso partir de uma hipótese primeira e depois a ir melhorando à força das críticas que se fizerem, e essas críticas onde melhor se fazem é do dialogo, no intercambio de afirmações e negações; e por isso a denomina dialética.*”<sup>85</sup>

“*A dialética consiste, para Platão, numa contraposição de intuições sucessivas, cada uma das quais aspira a ser a intuição plena da idéia, do conceito,*

---

<sup>83</sup> ÁVILA, 2005: 76.

<sup>84</sup> MENDONÇA, 1999:131.

<sup>85</sup> MORENTE: 1930:39.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

*da essência; mas como não pode sê-lo, a intuição seguinte, contraposta à anterior, retifica e aperfeiçoa essa anterior. E assim sucessivamente, em diálogo ou contraposição de uma intuição à outra, chega-se a purificar, a depurar o mais possível esta visão intelectual, esta vista dos olhos do espírito, até aproximar-se o mais possível dessas essências ideais que constituem a verdade absoluta.*<sup>86</sup>

**Aristóteles** vai, a partir da dialética platônica, desenvolver um método racional. Enfrenta o problema de como passar de uma afirmação à seguintes, essência da dialética platônica. Descobre a lei que regerá essa passagem, ou seja, a teoria da ingerência, desenvolvendo o que denominados de lógica.

*“As leis do silogismo, suas formas, suas figuras, são pois, o desenvolvimento que Aristóteles faz da dialética. Para Aristóteles, o método da filosofia é a lógica, ou seja a aplicação das leis do pensamento racional nos permite passar de uma posição a outra por meio das ligações que os conceitos mais gerais têm com outros menos gerais, até chegar ao particular. Essas leis do pensamento racional são, para Aristóteles, o método da filosofia.”*<sup>87</sup>

O Juiz e o Administrador, como manejadores de poderes de interesses de terceiros, responsáveis pelo cumprimento da vontade de terceiros para satisfazer interesses de terceiros, necessitam fundamentar, motivar, convencer os terceiros de suas decisões e ações. Por isso é indispensável a adequada utilização do método discursivo.

No tocante à aplicação do princípio da moralidade é apropriada a aplicação do método intuitivo. O método intuitivo, próprio dos filósofos, consiste na busca da apreensão da essência do SER. Do próprio ser e não dos fenômenos, sua manifestação. *“Pela intuição, ou forma intuitiva de conhecer, entramos em contato cognitivo com o objeto de forma direta e imediata. O sujeito apreende o objeto sem mediação de imagem.”*<sup>88</sup> A intuição é comparada a uma *Visão* – captação imediata do objeto, como aparece claramente na percepção ou visão sensíveis. A formulação de juízos evidentes por si mesmos na lógica só é possível por intuição. O intelecto humano capta imediatamente os conceitos como juízos sobre relações entre essências. *“O caráter imediato da inteligência intuitiva é atribuído a*

---

<sup>86</sup> MORENTE: 1930:40.

<sup>87</sup> MORENTE: 1930:41.

<sup>88</sup> MENDONÇA, 1999:131.

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

*uma destas duas razões: ou à presença direta do objeto à faculdade cognitiva ou a uma total ou parcial coincidência do sujeito com o objeto conhecido”<sup>89</sup>.*

No ensina Luiz Antonio Rizzato Nunes que “*pela intuição sensível o sujeito apreende através dos sentidos, de forma imediata, os dados da experiência externa ou interna. Como o sujeito capta as manifestações do mundo e representa os objetos diante de si, individualmente, tal percepção tem caráter particular. A intuição espiritual baseia-se na mente e consiste na imediata projeção do espírito sobre o objeto. Ela pode ser formal, quando se trate de mera apreensão de relações ou material quando se trate do conhecimento de uma realidade material de um objeto ou de um fato.*”<sup>90</sup>

O conhecimento intuitivo da lógica tem um caráter formal, como captação de relações. Já a chamada visão de essências representa um conhecimento intuitivo do tipo material. A intuição pode ser sensorial ou intelectual. Na sensorial o sujeito e o objeto são SERES distintos. Embora fora do sujeito, há captação imediata do objeto pelo sujeito. Na intelectual, há identidade entre ser e objeto, é o conhecimento do próprio ser .

O Professor Armando Câmara assim as define: “**Intuição sensorial** é uma apreensão direta, imediata e concreta do ser que se situa fora do objeto, que não integra o sujeito, que tem existência autônoma, exterior, transcendente a ele.” E “**Intuição intelectual**, que pode ser **abstrata**, como os primeiros princípios e as verdades evidentes por si mesmas, ou **concreta** é a apreensão direta e imediata do ser do próprio sujeito que pensa. É a apreensão, por nós mesmos, de nossa abertura ôntica.”<sup>91</sup>

Morente denomina sensível àquela que se refere aos objetos que se oferecem aos sentidos, coincidindo com o conceito de intuição sensorial. E espiritual à aquela que não depende de sentido. São exemplos a intuição da distinção entre as cores azul e vermelho. Da distancia entre um posto e outro. A apreensão dos valores é ato intuitivo, a intuição emotiva e volitiva. O ser intui sua finalidade, sua razão de ser e age em conformidade com esta finalidade. A consciência dos valores, assim, declara este, é, antes de mais nada, sentimento dos valores, um possuir pela emoção, primária e diretamente o valioso. Embora a apreensão dos valores possa ser um ato emocional, despertado pelo sentimento, ao encontrar

---

<sup>89</sup> Enciclopédia Filosófica – Venezia-Roma, 1957, L. Pelloux.

<sup>90</sup> RIZZATO NUNES, 1997: 148/149.

<sup>91</sup> MENDONÇA, 1999:133/134.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

conformidade como a finalidade do ser, o valor torna-se objetivo. “*O sentimento dos valores não é nem mais nem menos objetivo que o conhecimento matemático. Simplesmente. O seu objeto acha-se mais velado pelo caráter emocional do ato com que apreendemos os valores.*”

O Professor Armando Câmara: “*No ato de apreensão racional, do raciocínio mais sutil, podemos verificar a presença de elementos volitivos e sentimentais, pois o conhecimento do ser é obra da razão na qual há compenetração de energias emocionais e volitivas. No caso do conhecimento dos valores, predominam fatos volitivos e emocionais.*”<sup>92</sup>

As escolhas feitas pelo administrador, entre as interpretações possíveis e no uso da discricionariedade não têm qualquer parâmetro externo, sendo um conhecimento abrupto, surgindo da observação dos fatos e da escolha dos valores que devem ser prestigiados, justificadas pela moralidade, só podem ser objeto de conhecimento intuitivo.

O princípio da moralidade exige que o Administrador busque a essência da norma, o fim último a ser perseguido, a finalidade do órgão, e esta busca, nos ensina da Professora Maria Helena Diniz: “..deve ser feita pela via da intuição, que é método fundamental do caso”. Abordando o tema, Rizzato Nunes, ensina que “A intuição de que a festejada professora fala é a racional, que para ela não um ato simples, um só ato, sem complexidades. A intuição racional é “antes uma pluralidade de atos do pensamento”<sup>93</sup>

A técnica jurídica da fundamentação da sentença pode nos levar a conclusão equivocada de que todo ato de julgar seja puro silogismo. Pois a exposição dos fatos, as escolhas dos argumentos, distribuídos na fundamentação, levam à conclusão.

Piero Calamandrei, nos demonstra que há mais de intuição que discurso. O Juiz decide e depois, num ato racional, busca em seu conhecimento técnico os argumentos capazes de justificar, fundamentar sua decisão. “*Ao julgar, a intuição e o sentimento têm freqüentemente maior lugar do que à primeira vista parece. Não foi sem razão que alguém disse que a sentença deriva do sentir.*”<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> MENDONÇA, 1999:136/137

<sup>93</sup> Apud: RIZZARTO NUNES, 1987: 158/159.

<sup>94</sup> CALAMANDREI, 1960: 143.

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

Sua atividade intelectual é partir das conclusões, decisões, segundo seu sentimento de justiça, para chegar às premissas. A conclusão a que chega o juiz é guiada por aquela misteriosa e clarividente intuição, que se chama o sentimento de justiça.

O Autor aduz que os juízes fiam-se na sua sensibilidade moral e quando são obrigados a encher de argumentos jurídicos as razões de suas sentenças, consideram essa tarefa como um luxo de intelectuais desempregados, visto estarem convencidos que, desde aquela sua íntima voz da consciência tenha falado, á não são precisos argumentos racionais. O juiz, no qual os dotes morais são superiores aos intelectuais, intuitivamente sabe de que lado está a razão, posto que não consiga depois encontrar os expedientes dialéticos que o demonstrem.

Finaliza o autor: *“O sentimento de justiça, pelo qual, conhecidos os fatos, logo se sabe de que lado está a razão, é uma virtude inata, que nada tem a ver com a técnica do direito. O mesmo sucede na música, em que a maior inteligência não pode suprir a falta de ouvido.”*<sup>95</sup>

Dissertando a respeito do método tópico, João Del Nero afirma que “o juiz decide através de uma espécie de intuição; pelo sentimento do justo e não inferência ou silogismos descritos pela lógica; decide pela convicção que se forma em seu espírito e não por meios de raciocínios. Somente depois são por ele formulados argumentos para redigir os “considerandos” da sentença. A intuição justa, a escolha feita entre as várias respostas ao problema, a mais razoável e equitativa, é confirmada e exposta de forma sistemática.”<sup>96</sup>

Sendo a moralidade administrativa um espaço de liberdade, discricionariedade, não há parâmetros para demonstração discursiva, como na legalidade. Só resta apreensão intuitiva. Observa-se que a “moralidade administrativa” é invocada, como uma espécie de ícone a justificar e reforçar o juízo de ilegalidade, mas, a rigor, há sempre ofensa à lei ou à finalidade pública.

Para a busca da escolha (entre as várias interpretações possíveis) e

---

<sup>95</sup> CALAMANDREI, 1960:143.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

a busca da decisão (discricionária) deve o Juiz ir ao interior, essência da lei e do órgão, e intuir intelectualmente. Rizzato Nunes, descreve a intuição como *“a simpatia, pela qual o sujeito se transporta para o interior de um objeto para coincidir com o que ele tem de único – e, conseqüentemente, inexprimível - mas isso se dá dentro de uma realidade do sujeito e que ele aprende por dentro, algo com que ele espiritualmente simpatiza: é sua própria pessoa, pois é seu “EU” que dura, escoando-se através do tempo.”*<sup>97</sup>

Assim, deve o Juiz ter contato – intelectual – com a essência da lei, e não apenas sua dicção - ou do órgão, sua finalidade - para dela extrair um juízo de reprovação da conduta do agente, pela ofensa ao princípio da moralidade. Não vale a substituição da moral do administrador, extraída do interior do órgão, na correlação aos seus fins, pela moral do Juiz, ambas podem ser auferidas objetivamente, a partir do contato com a finalidade da lei e do órgão.

Sem este contato com a finalidade da lei e do órgão que a aplica é impossível dar juridicidade ao princípio da moralidade e, em que pese ter caráter normativo, assume, na prática, uma função meramente hermenêutica.

Vejam os alguns exemplos:

Inicialmente, é oportuno destacar um importante caso citado por Humberto Ávila: “concurso público, aprovação de 50 candidatos, nomeação de 33. Após o vencimento de validade, sem prorrogação e sem nomeação dos 17, publicação de edital para novo concurso. Ausência de justificativa e comportamento incompatível com a seriedade (STF, 2ª Turma, RE 192.568-0, rel. Marco Aurélio)”<sup>98</sup>. Aqui o princípio da moralidade é utilizado como parâmetro para o cumprimento da legalidade, em sua conotação kantiana. Da finalidade da norma e do contato intelectual com o interior, a essência do instituto (concurso público) é extraída uma nova norma, ou seja, atribuído ao princípio da moralidade o caráter normativo, impor comportamento, que poderia ser descrita da seguinte forma: “Candidatos aprovados, vencido o prazo de validade, com abertura de novo concurso, demonstrando a necessidade de provimento, direito dos aprovados à nomeação, apesar de vencido o prazo de validade.”

---

<sup>96</sup> DEL NERO, 1987:84.

<sup>97</sup> RIZZATO NUNES < 1997:172.

<sup>98</sup> ÁVILA, 2005: 77.

## O Princípio Constituição da Moralidade IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

**ADI nº 2.661-5** – Relator Ministro Celso de Mello. Situação: Lei Estadual que autoriza ao “comprador” do Banco do Estado do Maranhão a manutenção do depósito das disponibilidades de caixa do Tesouro Estadual. Fundamento legal: ofensa ao artigo 164, § 3º da Constituição Federal. Entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante: Baco Oficial é Banco Público (Empresa Pública ou Sociedade de Economia Mista).

Bastava invocar a violação ao dispositivo constitucional, ainda que críticas sejam feitas ao mesmo, para fundamentar a inconstitucionalidade da lei. Todavia vislumbrou o STF ofensa ao princípio da moralidade, *que “enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.”*

O que estava em jogo é a interpretação da expressão “banco oficial”, entendendo como Público e não como “em regular funcionamento” com autorização “oficial” para funcionamento. O que isso tem a ver com “parâmetros ético-jurídicos”? Valores éticos? Manutenção de monopólio?

Há citação de precedente, da mesma matéria, no qual a Ministra Ellen Gracie deixa consignado: *“A ratio subjacente à cláusula de depósito compulsório, em instituições financeiras oficiais, das disponibilidades de caixa do Poder Público em geral (CF, art. 164, § 3º) reflete, na concreção do seu alcance, uma exigência fundada no valor essencial da moralidade administrativa, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado.”* ADI 2.600- ES.

Com todo respeito, Ministra Ellen Gracie, a “ratio” é unicamente o controle político exercido sobre os bancos públicos e a possibilidade de acordos. Salutar à moralidade, seria a imposição de concorrência e escolha da instituição em razão dos benefícios financeiros, maior remuneração ou menor tarifa dos serviços destinados ao Estado.

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

Neste caso, o princípio da moralidade é invocado apenas para ancorar uma norma e, assim mesmo sem qualquer construção discursiva. Na ausência de norma expressa, chegar-se-ia à mesma conclusão? Teria o princípio da moralidade, no caso, por si só, consubstanciado a decisão? É evidente que não.

**AP 193.482-1/7 – TJ-SP - Vereador – Aposentadoria especial – Benefício instituído por lei municipal e concedido no curto prazo de oito anos de contribuição - Ofensa ao princípio constitucional da moralidade administrativa – Ação Popular procedente.**

*“A atuação parlamentar de legislar em causa própria, por sua iniciativa, editando a lei municipal que autorizou o convênio com a Carteira de Previdência, instituindo o benefício da aposentadoria especial, no curto prazo de oito anos de contribuição, com repasse de verba pública para cobrir déficit técnico, obviamente que desvia do bem comum colimado pela Administração ao mesmo tempo que ofende o princípio constitucional da moralidade.” (RT 706/63/65).*

O princípio da moralidade administrativa foi invocado apenas como ícone, sem fundamentação. No texto do Acórdão lê-se uma única referência direta ao princípio da moralidade: “Por último, os atos impugnados, à evidência<sup>99</sup>, são lesivos à moralidade administrativa.”

É evidente que se a matéria é de competência municipal o Vereador sempre vai legislar em causa própria. O problema é saber se há ofensa ao princípio da isonomia, a existência de um regime especial diferenciado e ponto final. Embora haja ofensa a moralidade, não há fundamentação. O Tribunal em contato interior com a razão, finalidade do instituto aposentadoria e com a função legislativa, constatou, intuitivamente, uma ofensa à moralidade, caracterizado pelo “desvio da finalidade” legislativa e pela criação de um sistema peculiar de aposentadoria. Nisto consiste a imoralidade administrativa, utilização da norma para fins diversos dos intrínsecos à função do órgão e do instituto (aposentadoria).

**AP n° 239.803.5-1- TJ-SP – Ação Popular – Permissão de uso de**

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

*bem público municipal, para a construção de um quiosque à beira-mar a ser utilizado exclusivamente por condôminos do permissionário, no Município de Guarujá – Ato administrativo que visou atender apenas os interesses de alguns particulares, sem qualquer benefício ou vantagem para a coletividade – Ilegalidade manifesta – Âmbito de ação popular que não está limitado à lesão ao erário alcançando, também, a moralidade administrativa – Lesividade que decorre da própria ilegalidade do ato praticado – Doutrina e jurisprudência – Sentença de procedência da ação – Desprovemento dos Recursos.*

É evidente que se trata de ofensa ao princípio da impessoalidade, dado a ausência de interesse público para a outorga direta da permissão. Mas, quiseram, Julgador e o Tribunal, invocar o princípio da moralidade sem qualquer relação com o caso. É a confusão entre moral comum e moralidade, como princípio jurídico.

A lesão da moralidade - uso de um instituto por uma um órgão para atingir fins diversos dos que deveria perseguir - contamina o ato, ainda que não ilegal, pois a imoralidade é da própria norma que autoriza tais atos administrativos.

**RE nº 439.280 – STJ – Relator Ministro Luiz Fux – Ação de Improbidade Administrativa. Lei nº 8.429/92. Violação dos deveres de moralidade e impessoalidade. Contratação Mediante Carta-Convite pelo Município de Empresas as quais faziam parte o Vice-Prefeito e o irmão do Prefeito, pessoas impedidas de licitar. Lesão à moralidade administrativa. Que prescinde da efetiva lesão ao erário. Sanções Político-Administrativas compatíveis com a infração. Princípio da razoabilidade.**

Ao fundamentar a decisão no princípio da moralidade, o Ilustre Relator assim se manifestou: *“Revisitando os fatos que nortearam o ato de improbidade pelos ora recorrentes, Prefeito e Vice-Prefeito então recém-emancipado de Barra Funda / RS, vislumbra-se que as empresas SAMAQ e TEDESPI, de propriedade do Vice-Prefeito (que também cumula o cargo de Secretário de Obras do Município) foram vencedoras em vários certames licitatórios, modalidade carta-convite, para a execução de obras, ferindo os princípios norteadores da atuação da Administração Pública.”*

Mais uma vez o princípio da moralidade é invocado meramente

---

<sup>99</sup> Conhecimento intuitivo? Dispensa demonstração da evidência? Mais qual o fundamento para o Poder

## **O Princípio Constituição da Moralidade** **IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

como princípio hermenêutico da norma. A rigor, há impedimento legal por força do artigo 9<sup>a</sup>, III e § 3<sup>o</sup> da Lei n<sup>o</sup> 8.666/93. Pelo fato da Empresa ser do Vice-Prefeito, se não fosse Secretário de Obras, responsável pela homologação do certame e do irmão do Prefeito, tendo apresenta o melhor projeto e melhor preço a sua contratação se imporia.

### **Referência Bibliográfica**

01. **ÁVILA**, Humberto. Teoria os Princípios. Da definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 4<sup>a</sup> edição. São Paulo, Malheiros, 2005;
02. **BOBBIO**, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait, 4<sup>a</sup> edição – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
03. \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10<sup>a</sup> edição. Tradução de Maria Celeste C J Santos. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997.
04. **BRANDÃO**, Antonio José. Moralidade Administrativa. RDA 25/57 p. 454-467.
05. **CALAMANDREI**, Piero. Eles, os Juízes, vistos por nós, os advogados. Tradução . Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1960;
06. **CANARIS**, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 3<sup>a</sup> edição. Introdução e Tradução de A Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2002;
07. **CANOTILHO**, J J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2 edição. Lisboa, Almedina, 1998.
08. **DERISI**, Octavio Nicolas. “*Los Fundamentos Metafísicos Del Orden Moral*”. Buenos Aires, Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Filosofia y Letras Instituto de Filosofia, 1941;
09. **DEL NERO**, João. Interpretação Realista do direito e seus reflexos na sentença. São Paulo, RT, 1987.
10. **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo, Atlas, 1991.
11. **FIGUEIREDO**, Marcelo. Probidade Administrativa. 5<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2004.
12. **GRAU**, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 2<sup>a</sup> edição. SP, RT, 1991.

**O Princípio Constituição da Moralidade**  
**IZAIAS JOSÉ DE SANTANA**

13. **HART**, Herbert L. A, *Direito, Liberdade, Moralidade*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Por Alegre, Antonio Sergio Fabris Editor, 1987;
14. **HESSEN**, Johannes. *Tratado de Filosofia – Tomo I*;
15. .... *Filosofia dos Valores*. Tradução de Cabral de Moncada. Coimbra, 1953;
16. **KANT**, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valério Rohde. São Paulo, Martins Fontes, 2002;
17. .... *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru-SP, Edipro, 2003;
18. **LIMA, Ruy Cirne**. *Preparação à dogmática Jurídica*. – Porto Alegre: Saraiva, 1958;
19. **MARITAIN**, Jacques. *A Filosofia Moral*. Tradução de Alceu Amoroso de Lima., Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1973;
20. **MEIRELLES**, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.
21. **MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição. São Paulo, Malheiros: 2004.
22. .... *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição. São Paulo, Malheiros, 2000.
23. **MENDONÇA**. Jacy de Souza. *O Curso de Filosofia do Professor Armando Câmara*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1999.
24. **MORENTE**, Manuel Garcia. *Fundamentos de Filosofia. Lições Preliminares*. Trad. De Guillermo De La Cruz Coronado. São Paulo, Mestre, 8ª edição, 1930;
25. **RANGEL JUNIOR**, Hamilton. *Princípio da Moralidade Institucional*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001.
26. **ROTHENBURG**, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre.SAF Editor, 1999;
27. **SUNDFELD**, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 4ª edição. São Paulo, Malheiros, 2000.
28. **VILANOVA**. Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema Do Direito Positivo*. São Paulo, Max Limonad, 1997.

## UMA FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO À PAISAGEM

*Maria Aparecida dos Anjos Carvalho*

“Não se deve confundir o *flâneur* com o basbaque; existe aí uma nuance a considerar... O simples *flâneur* está sempre em plena posse de sua individualidade; a do basbaque, ao contrário, desaparece. Foi absorvida pelo mundo exterior...; este o inebria até o esquecimento de si mesmo. Sob a influência do espetáculo que se oferece a ele, o basbaque se torna um ser impessoal; já não é um ser humano; é o público, é a multidão.” (Fournel, Victor. *C'est qu'on voit dans les rues de Paris*, Paris, 1858, pág. 263, *apud*. Walter Benjamin, Obras Escolhidas III, Editora Brasiliense, pag. 69)

Walter Benjamin, filósofo que se inscreve entre os participantes da Escola de Frankfurt, propõe, sobre uma leitura calcada na obra de Charles Baudelaire, uma reflexão sobre a relação dos parisienses do final do século XIX com a sua cidade - que sofreu, de 1850 a 1873 uma radical reconfiguração a partir da demolição/reconstrução operada pelo Barão de Haussmann – administrador de Paris por dezessete anos e conhecido como o “artista demolidor”.

A pedido do Imperador Napoleão III, Haussmann demoliu e reconstruiu Paris, conferindo-lhe além das largas avenidas, destinadas a neutralizar as rebeliões de rua, galerias comerciais cobertas de vidro e enfeitadas com panoramas de paisagens campestres, que denunciavam, de alguma forma, a nosso ver, a nostalgia de um tempo morto, a decadência de uma civilização em que a experiência autêntica era possível, porque possível, igualmente, a memória, o compartilhamento e a continuidade.

A transformação radical do espaço urbano, tal como promovida por Haussmann, leva consigo o acervo de memórias e valores – individuais e

coletivos – atomizando e fragmentando os sentidos compartilháveis entre os membros de uma coletividade.

É a memória – esse fio condutor que une o passado ao presente e que nos faz pertencer a um tempo, a um lugar e a uma história - que se perde com a transformação alucinada do espaço onde se vive. Essa permanente e frenética reconfiguração, que não deixa lugar para a continuidade, desloca para um futuro em permanente transfiguração o repositório dos significados possíveis da existência que já não comporta qualquer teia simbólica exatamente pela fluidez, restando, apenas, de contínuo, a tradução que isso possa ter em valor econômico.

As coordenadas do homem no eixo temporal e geográfico ficam, assim, irremediavelmente comprometidas, criando um vácuo de representação simbólica.

Quando a burguesia parisiense ia às compras, rodeada de espelhos, protegida do *furor* do trânsito e das ruas lamacentas, **a mercadoria já se constituía em fetiche**: a vida filtrada pelo mercado é a **experiência de choque**, a experiência inautêntica, posto que já não é possível conferir aos artefatos da cultura e da arte uma aura, um sentido, uma dignidade apta a imantá-los com um significado irreduzível ao dinheiro. (A perda da aura é outro conceito que aparece na obra de Baudelaire, alegoricamente, e é trabalhado por Benjamin).

As relações humanas se impessoalizam. O mal-estar da Modernidade transforma tudo em tédio e melancolia.

A figura do *flâneur* – aquele que faz uso do seu ócio para observar, anônimo na multidão, o fluir da vida destituída de sentido - é aquela que, de alguma forma, ainda que ensimesmada e alienada do conjunto, faz o ‘narrador em terceira pessoa’, expondo a ambigüidade do deslumbramento// desencantamento com os cânones da Modernidade. (Na contramão, o basbaque, tal como conceituado por Victor Fournel, é aquele que adere

incondicionalmente à proposta que o 'espetáculo' apresenta, sem qualquer reserva interior onde possa ser elaborada qualquer crítica).

Pois bem: somos hoje, em todas as grandes cidades do mundo, com maior ou menor intensidade, os herdeiros desse processo de fetichização: todos os elementos simbólicos da cultura restam neutralizados por valores substitutos que passam pela marca registrada de alguma atividade empresarial; o estilo de vida se torna, assim, homogêneo em qualquer parte do mundo, ***subtraindo da existência individual e coletiva os referenciais de pertencimento, transformando-nos, assim, em basbaques a reboque do espetáculo pret-à-porter.***

(Nesse sentido, queremos abrir um parêntesis para observar que o fato histórico conhecido como 'o 11 de setembro' é dotado de uma carga semântica bastante acentuada: segmentos mais radicais da cultura árabe muçulmana, absolutamente refratários aos valores do capitalismo, ao derrubarem as Torres Gêmeas, simbolicamente derrubaram os grandes vetores da cultura ocidental - o dinheiro e o mercado - reafirmando seus próprios valores culturais de cunho teocrático, opondo-se, portanto, à pasteurização cultural).

Como reagir, então – supondo que ainda seja possível reagir - a esta pasteurização? É possível preservar o espaço público de forma que ele não se torne um elemento a mais na perda da identidade de uma cultura? É possível gerenciar estas transformações a fim de que a feição da cidade não tenha a cara da especulação imobiliária pura e simples ou da guerra entre as trademarks?

Buscamos, assim, inscrever o direito à paisagem – incluindo a paisagem urbana – em um viés filosófico que remete à manutenção dos referenciais de memória e pertencimento – tão necessários, enquanto solo onde assenta a história pessoal e coletiva.

Com efeito, a formulação do direito à paisagem, embrionário ainda em nosso país, já alcançou em outras nações o estatuto de um **DIREITO DA**

**PAISAGEM**, tal como colocado por ANTÔNIO HERMANN BENJAMIN, em seu artigo *Paisagem, Natureza e Direito, uma Homenagem a Alexandre Kiss*<sup>1</sup>

O conceito – mais voltado ainda à simples proteção das paisagens naturais – tem caminhado, contudo, em direção a maior amplitude, incluindo-se nele o elemento de proteção à ***paisagem esteticamente equilibrada*** – *permitindo, assim, que caiba invocar, igualmente, a proteção ao patrimônio construído.*

Nesse sentido, o conceito de paisagem urbana poderia ser assim traduzido:

“Em relação à paisagem urbana, SILVA ( 1995, p.274) entende que ela é ‘a roupagem com que as cidades se apresentam a seus habitantes e visitantes’ e destaca que ‘será tão mais atraente quanto mais constitua uma transformação cultural da paisagem natural de seu sítio, e tanto mais agressiva quanto tenha violentado a paisagem natural *sem acrescentar-lhe valor humano algum*’. ( *grifo nosso*).

Menciona-se que o que se procura preservar em uma paisagem é a harmonia dos diversos elementos que a compõem e não cada um isoladamente. Ocorre que os elos que unem os diversos componentes das paisagens não são geralmente ecológicos, mas estéticos. Por este motivo, é que se entende a paisagem, antes de qualquer coisa, como um bem cultural ( MIRRA, 2002, p. 31).

Em face dos conceitos apresentados, observa-se que a idéia de paisagem está sempre ligada à relação estabelecida entre os seres humanos de um determinado espaço geográfico, integrada por elementos naturais e/ou artificiais, de onde decorrem reflexos culturais, sobretudo estéticos, para aqueles.”<sup>2</sup>

O que se manifesta como belo para uma coletividade guarda estreita relação com o sentimento de conforto gerado diante de algo que é repositório de um significado coletivo. Qualquer elemento dissonante em relação ao sentido compartilhável, violenta a harmonia dos elementos que compõem a paisagem.

---

<sup>1</sup> BENJAMIN, Antônio Hermann. *Paisagem, Natureza e Direito – Uma Homenagem a Alexandre Kiss*, in *Paisagem, Natureza e Direito*, organizador ANTONIO HERMANN BENJAMIN. São Paulo: Instituto O DIREITO POR UM PLANETA VERDE. -

<sup>2</sup> Apud MELLO, Jailson José. *Paisagem: um bem cultural a ser tutelado*, in *Paisagem, Natureza e direito*, organizador ANTONIO HERMANN BENJAMIM. São Paulo: Instituto O DIREITO POR UM PLANETA VERDE, p. 558-9

Daí resulta, por exemplo, que a imposição dos letreiros luminosos e dos *outdoors* de propaganda violenta a harmonia dos elementos da urbe, vez que traduzem apenas a disputa por fatias de mercado, atendendo a interesses de alguns e não de todos. Nada há nisso que coopere com aquilo que se possa chamar de público, de coletivo, de comunitário, razão pela qual, na cidade de São Paulo, deve ser aplaudida a Lei da Cidade Limpa.

Igualmente, a profusão de antenas de ERB ( estação rádio-base) de telefonia celular, que além de violentarem a arquitetura da cidade , por destituídas de qualquer conexão com a concepção original dos prédios, ainda ameaçam a salubridade do ambiente urbano, representando poluição eletromagnética.

Merece crítica a Lei Municipal 13.756 de 16/01/2004, que regulamentou, no território paulistano, a instalação das ERB (s), **mas, provavelmente, por pressão das empresas operadoras de telefonia celular, fez exceção à regra - por ela própria posta - quanto à necessária distância de 100 metros, no mínimo, entre as torres ( artigo 10 inciso IV),** para aquelas que forem instaladas no alto dos edifícios ( parágrafo 2º)... logo após estabelecer que devem ser instaladas prioritariamente nesses mesmos locais (parágrafo 1º.) ... ou seja: apenas nos casos excepcionais, em que a torre não estiver no alto de um edifício ( esteja, portanto, em local de menor densidade demográfica) é que a distância de 100 metros deve ser respeitada ...

*In verbis:*

**Art. 10** - A Estação Rádio-Base deverá atender às seguintes disposições:

- .
- .
- .
- .

IV - observar a distância mínima de 100,00m (cem metros) entre torres, postes ou similares, mesmo quando houver compartilhamento dessas estruturas, **consideradas as já instaladas regularmente e aquelas com pedidos já protocolados**

§ 1º - A implantação de ERB deverá ser feita prioritariamente em topo de edifícios, construções e equipamentos mais altos existentes na localidade, desde que com anuência dos condôminos ou proprietários.

§ 2º - Nas ERB's instaladas em topo de edifício não se aplicam o disposto nos incisos I, II, III, **IV**, VI, VII e VIII do "caput" desse artigo.

Por igual, a especulação imobiliária sem qualquer gerenciamento, ensejando a subida assustadora de torres na cidade onde quer que seja, e não raro, fazendo uso até do assédio a proprietários de casas para que sejam vendidas às incorporadoras, merece a coerção do Poder Público em prol da defesa da paisagem.

Qual poderia ser então, em síntese, o critério norteador para a regulação da proteção à paisagem urbana? Pode-se sugerir, com base na finalidade que a proteção visaria alcançar e a partir do fundamento que se deseja imprimir ao bem jurídico "paisagem urbana", que toda intervenção praticada no espaço público da cidade que esteja em dissonância com o interesse coletivo, privilegiando interesses de poucos, violentando os valores estéticos, culturais e ambientais da comunidade ou contribuindo para degenerar a qualidade de vida e o bem-estar físico ou psicológico dos habitantes da urbe, deve merecer atenção especial do Poder Público Municipal, que não pode se intimidar diante das fortes pressões dos interesses privados.

Talvez, fosse possível pensar, nos termos do artigo 2º. do Regimento Interno da Escola Superior de Direito Municipal, na criação de um núcleo de estudos a ser desenvolvido nesta instituição, em que o público-alvo fosse, além dos procuradores municipais, os procuradores da Câmara Municipal e assessores políticos da Administração, com fito a aprimorar a formulação de políticas públicas para a cidade.

Este aprimoramento seria essencial para que se criasse um banco de idéias que pudesse servir de inspiração aos administradores eleitos, quaisquer que fossem suas agremiações políticas, na medida em que os grandes desafios que se põem para a metrópole já houvessem sido, de alguma forma,

pensados tecnicamente, apontando, portanto, para as prioridades na busca de soluções.

Estamos às portas de um evento extremamente importante na nossa metrópole – a C40 SUMMIT SÃO PAULO - onde serão expostas as práticas das grandes cidades com relação à melhoria do meio ambiente urbano.

Um evento desse quilate deveria ser objeto de acompanhamento criterioso para um núcleo de estudos como este que está sendo proposto.

Não é possível ignorar que o grande desafio a ser equacionado nas grandes metrópoles diz respeito à qualidade do meio ambiente, que envolve praticamente todos os aspectos da organização da vida na cidade: transporte limpo, reciclagem de lixo, aproveitamento de luz natural nas construções, com redução de consumo de energia, etc. Todos estes aspectos envolvem um compromisso com o espaço urbano esteticamente equilibrado, com a qualidade de vida e com a preservação da paisagem urbana em todos os seus quadrantes.

Experiências que estão dando certo em outros países precisam ser observadas com atenção.

Por exemplo: Bogotá está investindo em ciclovias e tem conseguido aumentar o percentual de utilização de bicicletas pela população.

Pode-se mencionar como vantagens: melhoria do trânsito, melhoria, por via de conseqüência, da qualidade do ar, melhoria da saúde da população, melhoria da qualidade de vida, custos de investimento da obra relativamente baixos, em relação a outros melhoramentos, redução da poluição sonora e do tempo exigido para o deslocamento na cidade, resultando em menor stress e mais tempo para a reflexão e para as atividades do espírito.

Proporcionar ao munícipe tempo para que ele se dedique à apreciação do seu entorno significa resgatar laços de pertencimento com seu meio.

É preciso que a própria atuação dos agentes públicos sirva como mote, como alavanca para re-introduzir na coletividade o respeito e o apreço pelo que é de natureza pública e que, portanto, se preservado, representa um aporte na qualidade de vida de todos.

Tal postura poderia representar um resgate desse sentimento de pertencimento – já, também, tal sentimento, tão esgarçado pelo espírito redutor da economia de mercado...

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

**BENJAMIN**, Antônio Hermann ( org.). *Paisagem, Natureza e Direito*. São Paulo: Instituto **O DIREITO POR UM PLANETA VERDE**.

**BENJAMIN**, Walter. *Obras Escolhidas, vol. III – Charles Baudelaire, um Lírico no Auge do Capitalismo*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

**MELLO**, Jailson José. *Paisagem: um bem cultural a ser tutelado, in Paisagem, Natureza e direito*, organizador ANTONIO HERMANN BENJAMIM. São Paulo: Instituto **O DIREITO POR UM PLANETA VERDE**.

**OBRAS DE CONSULTA:**

**RELPH**, Edward. *A Paisagem Urbana Moderna*. Lisboa: Edições 70, 1987.

# PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Nathaly Campitelli Roque  
Procuradora do Município de São Paulo  
Mestre e Doutoranda em direito processual civil pela PUC/SP  
Professora Assistente Mestre da PUC/SP, de outras instituições, palestrante e autora  
de obras jurídicas

Resumo: 1. Introdução; 2. As vantagens processuais da Fazenda Pública consignadas pelo Código de Processo Civil; 3. Juizados Especiais da Fazenda: Prerrogativas que foram afastadas; 4. Prerrogativas que são compatíveis com o sistema do Juizado Especial da Fazenda. 5. Observações Finais

## 1. Introdução.

Com a edição da Lei 12.153/09, foi criado novo órgão jurisdicional, com competência exclusiva para julgamento de causas de pequeno valor (sessenta salários mínimos) nas quais sejam Ré as Fazendas Públicas Estadual e Municipal, a exemplo do que se previu para a União Federal com a Lei 10.259/01, inclusive com o reconhecimento da competência absoluta do órgão para julgamento destas causas nos limites territoriais onde estiver instalado

Sob a justificativa da necessidade de agilização do procedimento, algumas prerrogativas processuais reconhecidas à Fazenda Pública no Código de Processo Civil e outras normas foram expressamente afastadas. Assim, impõe-se a necessidade de fazer uma breve reflexão sobre o tema no âmbito da nova lei.

Para a interpretação das normas trazidas pela Lei 12.153/09, devemos tomar como fontes subsidiárias a Lei 9.099/95 e o Código de Processo Civil, além da legislação extravagante, no que tratar da Fazenda Pública, devendo ser mantidas as prerrogativas não expressamente

derrogadas ou que não sejam incompatíveis com o regime estabelecido pela nova legislação.

O breve artigo que oferecemos ao leitor decorre de nossa exposição na Jornada de Estudos sobre o Juizado Especial e a Fazenda Pública – Lei 12.153/09, realizado em 10 de setembro do corrente ano, organizado em conjunto pelo Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, pelo Centro de Estudos e pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e pela Advocacia Geral da União.

Não se pretende de nenhuma forma esgotar o estudo do tema, mas apresentar nossas impressões da análise do texto legal e de sua repercussão sobre a defesa em juízo da Fazenda Pública.

## **2; Vantagens processuais da Fazenda Pública consignadas pelo Código de Processo Civil**

Na defesa dos interesses da coletividade, representados pela Fazenda Pública, o legislador instituiu tratamento processual diferenciado a essa como parte no processo, como se pode verificar das seguintes regras legais:

- a) regime diferenciado de custas (art. 20, par. 4º);
- b) prazos diferenciados para defesa e apresentação de recursos (art. 188);
- c) citação por oficial de justiça (art. 222, “a”, CPC);
- d) intimação pessoal, nos casos previstos em lei (ex. EF);
- e) não imposição da pena de confissão, no caso de revelia (art. 320, II, CPC) ou de não impugnação específica (art. 302, CPC);
- f) reexame necessário – art. 475, CPC; Súmula 45, STJ;
- g) dispensa de pagamento de custas iniciais e de recursos (art. 511, CPC);
- h) execução especial contra si, com a proibição de penhora;
- i) impossibilidade de execução provisória a partir da Emenda Constitucional 30;
- j) proibição de liminares, nos casos previstos em lei (ex. Lei MS).

Lembramos que existe um grande debate sobre a constitucionalidade ou não das regras acima arroladas, por suposta afronta ao princípio a isonomia processual. Em que pese a discussão ser acirrada, percebe-se a tendência, tanto na doutrina quanto na legislação, de repensar as prerrogativas para torná-las mais ajustadas ao processo contemporâneo, que privilegia a celeridade e efetividade do processo, como passaremos a verificar a seguir.

### **3. Juizados Especiais da Fazenda: prerrogativas que foram afastadas pela Lei 12.153/09.**

Da leitura do texto da lei 12.153/09, verificamos que foram afastadas a prerrogativa do prazo diferenciado, do reexame necessário e imposto um dever probatório de apresentação de documentos. Analisemos um a um.

#### **a) Prazo diferenciado:**

Vale a pena transcrever o texto do artigo 7º da Lei 12.153/09<sup>1</sup>:

Art. 7º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

Pela simples leitura da norma, verifica-se que é afastado o regime do Código de Processo Civil estabelecido em seu artigo 188 (prazo em

---

<sup>1</sup> A disposição tem semelhança com o artigo 9º da Lei 10.259/01, que tem o seguinte teor: “Art. 9º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias”.

quádruplo para defesa e em dobro para recursos). Sendo assim, os prazos são singelos tanto para oferecer defesa ou recurso.

Na dicção do texto legal, o prazo mínimo para a citação para a audiência é de 30 dias, o qual é o dobro daquele previsto para defesa no Juizado Especial Cível (lei 9.099/95). O prazo será contado de trás para frente, ou seja, o termo inicial será o da audiência e o final, a data da citação, não podendo o interregno ser inferior a trinta dias.

Da mesma norma se infere que o prazo para apresentação de recursos será simples. Dever-se-á seguir os seguintes prazos descritos no quadro abaixo:

Recurso Inominado	Prazo de dez dias
Agravo da tutela de urgência	Prazo de dez dias
Recurso Extraordinário <sup>2</sup>	Prazo de quinze dias

b) Reexame necessário.

O reexame necessário foi expressamente afastado, conforme se verifica da dicção do artigo 11 da Lei 12.153/09:

“Art. 11. Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário.”

Em que pese a previsão legal, lembramos que houve alteração anterior no sistema do Código de Processo Civil no sentido de retirar do âmbito do reexame necessário as causas de valor menor de 60 salários mínimos (art. 475, II, CPC). Sendo assim, a disposição legal era desnecessária.

c) Imposição à Fazenda Pública do dever de apresentação de documentos à Fazenda.

---

<sup>2</sup> Lembramos que não é cabível recurso especial das decisões do juizado especial da Fazenda, pois o recurso inominado não é julgado por Tribunal, como expressamente exige o artigo 105, III, CF.

A imposição à Fazenda Pública do dever de apresentação de documentos é verdadeira inovação, já constante da regência dos Juizados Especiais Federais (art. 11, Lei 10.259/01). Vejamos os termos legais:

“Art. 9º A entidade ré deverá fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação.”

Tem a norma um objetivo claro: privilegiar a celeridade processual, com a garantia de que toda a documental já esteja produzida quando da audiência de tentativa de conciliação para a qual a Fazenda será citada.

Veja-se que se trata de verdadeiro dever processual, não ônus ou faculdade. Porém, a lei não traz expressamente uma sanção para o caso de descumprimento deste dever, podendo o juiz determinar busca e apreensão de documentos ou fixar prazo para apresentação, sob pena de multa, penalidades já previstas no sistema de direito processual.

Importante mencionar que cremos incompatível com o regime da Fazenda Pública a imposição de presunção de veracidade dos fatos a serem comprovados pelos documentos, já que a Fazenda Pública defende direito indisponível.

Eventual não localização dos expedientes poderá causar a responsabilização do agente por crime de responsabilidade e improbidade administrativa, se verificados os demais elementos de imputação.

Como não há vedação no sistema do Juizado Especial da Fazenda à apresentação extemporânea de documentos, cremos possível a apresentação de documento novo, nos termos estabelecidos no Código de Processo Civil (demonstração da impossibilidade de juntada do documento em momento processual anterior). Em sendo reiterada a condução de juntada intempestiva de documentos, há o risco de penalização por litigância de má-fé.

Lembramos que vigora no Juizado Especial da Fazenda o regime da livre apreciação das provas, expressamente consignado no art. 5º, da Lei 9099/95 e no Código de Processo Civil. Sendo assim, os documentos apresentados serão valorados com os demais elementos probatórios trazidos aos autos.

#### **4- Prerrogativas que são compatíveis com o sistema do Juizado Especial da Fazenda.**

Como as disposições restritivas de direitos devem ter interpretação restritiva, entendemos que todas as prerrogativas processuais que não foram expressamente afastadas e que sejam compatíveis com o sistema estabelecido estão mantidas.

Em primeiro, parece-nos que o próprio Juizado não deixa de ser uma prerrogativa, por se tratar de órgão especial para tratar de questões referentes à Fazenda Pública, na qualidade de ré (compõe sistema dos Juizados Especiais cíveis), o qual tem competência absoluta para julgamento das causas a ele sujeitas.

Também nos parece que as exclusões de competência estabelecidas aos Juizados Especiais da Fazenda Pública também podem ser vistas como uma prerrogativa, já que se garante que as lides estabelecidas nos incisos I a III do parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei 12.153/09 devem ser julgadas pelo juízo comum.

Entendemos, também, que são compatíveis com o sistema do Juizado Especial da Fazenda Pública, dentre outras:

a) *restrição a liminares*: Aplicam-se as restrições ao deferimento de liminares, nos termos da Lei 8.437/1992, tanto quanto à matéria (vedações em MS, que esgote a lide, que defira compensação tributária) quanto ao procedimento (intimação imediata, oitiva da autoridade em 72 horas, recurso com efeito suspensivo no caso de aumento de vencimentos);

b) é possível apresentação de *suspensão de liminar* (art. 4º, Lei 8.437/92);

c) *as citações e intimações devem ser feitas na forma do CPC*, ou seja, citação por oficial de justiça, intimações pelo correio, intimações do advogado pela imprensa;

d) apesar de não ter sido expressamente previsto na Lei 12.153/09, *é possível a aplicação do processo eletrônico*, caso implementado, devendo a citações e intimações podem ser feitas por via eletrônica, inclusive para a Fazenda Pública (art. 154, parágrafo único, CPC);

e) *a revelia não gera efeitos de confissão*, por força da aplicação do artigo 320, II, CPC, porém a ausência do representante da Fazenda Pública à audiência ou a falta de contestação podem causar a responsabilização pessoal do procurador, sem prejuízo de eventuais obstáculos à produção de provas;

f) *a execução contra a Fazenda Pública segue o rito do artigo 100, da Constituição Federal*, nos termos do artigo 13 da Lei 12.153/09, o que derroga o sistema do Juizado Especial Cível (Lei 9.099/95) e do Código de Processo Civil.

## **5. Observações Finais.**

Como por nós asseverado no início desta breve apresentação, nossa intenção foi apresentar o regime processual da Fazenda Pública nos Juizados Especiais da Fazenda Pública quanto às prerrogativas processuais do ente público.

Reforçamos que apenas as garantias expressamente afastadas é que não podem ser estendidas ao Juizado Especial da Fazenda Pública. O tratamento diferenciado da Fazenda Pública se justifica, ao nosso entender, pelo seu atual regime constitucional, de principal protetor do interesse da coletividade e titular de uma série de deveres-poderes de ação.

A iniciativa do Juizado Especial da Fazenda Pública pode ser vista como um passo para a modernização da atuação da Fazenda Pública em juízo, com sua adesão aos ditames da celeridade processual, sem, porém, comprometer sua função constitucional.

## SUMÁRIO

1. Breve introdução
  2. Garantias constitucionais ao bom exercício da função pública
  3. Princípio constitucional do concurso público
  4. Princípio constitucional da estabilidade
- Referências Bibliográficas

## REGIME ESTATUTÁRIO E ESTADO DE DIREITO

RICARDO MARCONDES MARTINS

Procurador do Município de São Paulo, Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP,  
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP

**Sumário:** 1. Breve introdução. 2. Garantias constitucionais ao bom exercício da função pública. 3. Princípio constitucional do concurso público. 4. Princípio constitucional da estabilidade.

**Resumo:** O estatuto constitucional dos servidores públicos é essencial para a existência de um Estado de Direito. Um conjunto de regras constitucionais imuniza os servidores públicos contra a malévola influência política. Essa imunização é vital para o bom cumprimento da função pública. Além de chamar a atenção para esse fato, este estudo examina dois dos princípios básicos desse estatuto: o princípio do concurso público e o princípio da estabilidade. Ambos vêm sendo, de uma forma ou de outra, amesquinados. Ao estabelecer o estreito vínculo desses princípios com as bases do sistema constitucional, evidencia-se a inconstitucionalidade desse apoucamento.

**Palavras-chave:** servidores públicos, regime estatutário, concurso público, estabilidade.

### 1. Breve introdução

O tema dos servidores públicos não é um dos preferidos da doutrina brasileira. Escassa é a produção teórica sobre o assunto. Talvez por um motivo simples: não é um dos mais rentáveis do ponto de vista econômico. Além de ser um tema pouco explorado, sofre preconceito por parte de muitos. Grande parcela do povo brasileiro tem antipatia pelos servidores; muitos os associam à ineficiência, à falta de cortesia, à deficiente prestação dos serviços públicos e até mesmo à corrupção. Isso se agravou na década de noventa do século passado em que o país foi assolado pela densa execução de uma política neoliberal: reformas constitucionais e infraconstitucionais enfraqueceram consideravelmente o regime jurídico dos servidores públicos. A mídia apoiou as reformas e, como a mídia, mormente a televisiva, contribuiu decisivamente para formação de boa

parte da opinião pública,<sup>1</sup> elas acabaram sendo apoiadas pela maioria da população. Neste opúsculo pretendo emitir {só para não parecer que ele é alheio}um grito, ainda que tímido, contra esse movimento. Pretendo aqui, ainda que de forma sintética, explicitar os *princípios constitucionais* dos servidores públicos, explicar o porquê a Constituição consagra um conjunto de *garantias* e fixa os traços básicos do *regime estatutário*. A partir dessa análise, objetivo demonstrar que a fuga desse regime, seja efetuada pelo Reformador da Constituição, pelo Legislativo ou pelo próprio Executivo, é inválida. As afirmações que faço são baseadas na mais profunda convicção de que refletem a correta compreensão do *direito positivo brasileiro*.

## 2. Garantias constitucionais ao bom exercício da função administrativa

Celso Antônio Bandeira de Mello, em palestra proferida no I Ciclo de Estudos de Direito Público, promovido, em dezembro de 1985, pela Associação de Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo, cuja transcrição foi publicada no oitavo número da Revista de Estudos de Direito Público da referida Associação, enunciou algo que não havia sido notado por ninguém na doutrina brasileira. Sintetizo sua lição: a Constituição estabelece as imunidades parlamentares, necessárias para que os parlamentares bem exerçam a função legislativa, como, por exemplo, a imunidade por opiniões palavras e votos (art. 27, §1º; 29, IX; 53 da CF/88); estabelece os predicados da magistratura, a vitaliciedade, a inamovibilidade, a irredutibilidade de vencimentos, necessários para que os magistrados bem exerçam a judicatura (art. 95 da CF/88); paralelamente, estabelece prerrogativas dos servidores públicos, necessárias para que estes bem exerçam a função administrativa. Nas palavras do benemérito professor: “as disposições constitucionais atinentes aos servidores públicos cumprem, acima de tudo, uma função correspondente à dos predicamentos da magistratura e das imunidades parlamentares”.<sup>2</sup>

Deveras, a Constituição não estabelece *privilégios*, mas *prerrogativas* necessárias ao cumprimento dos deveres ínsitos à função pública. Esta, é conceito corrente, compõe-se de dois elementos: a) o dever de atuar em prol do interesse alheio e b) a manutenção de prerrogativas

---

<sup>1</sup> Em perspicaz análise da televisão, Pierre Bordieu observa: “se sabe que há uma proporção muito importante de pessoas que não lêem nenhum jornal; que estão devotadas de corpo e alma à televisão como fonte única de informações. A televisão tem uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela muito importante da população”. (*Sobre a televisão*, p. 23). Se a afirmação é aplicável à população francesa, é em grau muito mais elevado à brasileira. Como bem nota Celso Antônio Bandeira de Mello: “em País de alto contingente de iletrados e no qual a parcela de alfabetizados que lêem, mesmo jornal, é irrisória, o rádio e a televisão são os meios de comunicação que verdadeiramente *informam* e , de outro lado, *formam*, a seu sabor, a opinião pública, de tal sorte que os senhores de tais veículos dispõem de um poder gigantesco”. (*Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. XII-rodapé 5, p. 704).

<sup>2</sup> “Servidores públicos: aspectos constitucionais”, *Estudos de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo* 8/84.

necessárias ao cumprimento desse dever.<sup>3</sup> Toda a prerrogativa, vale dizer, todo o poder estatal, é meramente *instrumental*: existe para o cumprimento do *dever* de atender ao interesse público. As imunidades parlamentares, os predicamentos da magistratura e os direitos constitucionais dos servidores públicos não foram estabelecidos para o deleite dos respectivos agentes. Não foi uma arbitrariedade constitucional: foram estabelecidas porque são consideradas indispensáveis ao bom desempenho da função pública. A lição enunciada pelo Prof. Celso Antônio, contudo, não se esgota nessa obviedade.

Muitos admitem essa premissa, assumem que por trás do estabelecimento dessas prerrogativas está a crença na necessidade delas para o bom desempenho da função, e supõe tratar-se de uma mera *opção política*. Parece, aliás, ser esse o entendimento prevalecente na doutrina. Daí a importância da referida aula magna do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello: das regras constitucionais relativas aos direitos do *regime estatutário* extraem-se *princípios constitucionais* diretamente atrelados ao *Estado de Direito*. Quando o constitucionalismo consagrou o chamado Estado de Direito, a integral submissão do Estado ao sistema normativo vigente, consagrou também uma série bem extensa de subprincípios *implícitos*. A diretriz fundamental é a seguinte: o princípio do Estado de Direito implica que toda a atuação do Estado deva consistir no exercício de *função pública*.<sup>4</sup> Dessa idéia decorrem tantas outras que se torna difícil uma enumeração exaustiva.<sup>5</sup> Citam-se algumas: a) quem apresenta o Estado não possui, no exercício de suas funções, *liberdade*, quer dizer, não é livre para decidir segundo seus interesses pessoais, deve sempre buscar a ótima realização do interesse público; quando muito os agentes que apresentam o Estado, no exercício da *função*, possuem *discricionariedade*, jamais *liberdade* (não existem *poderes autônomos* no Estado

---

<sup>3</sup> Cf. meu *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, Cap. II-1, p. 37-38. Nas palavras de Santi Romano: “As funções (*officia, munera*) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”. (*Princípios de direito constitucional geral*, p. 145). No Brasil o conceito foi difundido por Celso Antônio Bandeira de Mello: “existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las”. (*Curso de direito administrativo*, 27 ed., Cap. I- 54, p. 71).

<sup>4</sup> Sobre a relação entre o Estado e a *função pública*, vide meu *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, Cap. I e II, p. 33-63.

<sup>5</sup> Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira: “Na sua vertente de *Estado de direito*, o princípio do Estado de direito democrático, mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional, que densificam a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantido aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança”. (*Constituição da República Portuguesa anotada* – v. 1: artigos 1º a 107, p. 205). Mais adiante os ilustres constitucionalistas portugueses indicam o “cerne do Estado de direito democrático”: “a *proteção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça* (especialmente por parte do Estado)”. (Idem, p. 206). Canotilho, em seu *Direito constitucional e teoria da Constituição*, aprofunda o tema: “O princípio do estado de direito não é um conceito pré- ou extra-constitucional mas um conceito constitucionalmente caracterizado. Ele é, desde logo, uma *forma de racionalização* de uma estrutura estadual-constitucional. No princípio do estado de direito conjugam-se elementos formais e materiais, exprimindo, deste modo, a *profunda imbricação entre forma e conteúdo* no exercício de actividades do poder público ou de entidades dotadas de poderes públicos”. (4. ed., p. 254-255).

de Direito);<sup>6</sup> b) por conseguinte, no exercício da função é vedado o arbítrio, toda atuação do Estado deve estar fundamentada no sistema normativo vigente e deve ter por finalidade a ótima realização do interesse público (toda atuação estatal diz respeito a um *dever estatal*). O Estado de direito, em síntese, veda o arbítrio dos agentes públicos, a conduta pautada em critérios pessoais, subjetivos; a atuação estatal passa a ser *aplicação de normas jurídicas*; exercer função pública é editar normas, é concretizar o ordenamento posto.<sup>7</sup>

Para compreender a relação entre os direitos básicos do regime estatutário e o Estado de Direito deve-se atentar para o seguinte: há como impedir ou ao menos minimizar a *influência do poder político* sobre o exercício da *função administrativa*? Basta pensar: de nada adianta impor a alguém o dever de apenas aplicar o direito posto, cumprir o Direito, globalmente considerado, e deixá-lo livre para obstar esse cumprimento. Se todo o corpo de agentes administrativos estivesse à mercê dos governantes, toda a concepção de Estado de Direito ruiria, a diretriz de que a atuação estatal deva ser sempre o cumprimento de uma função pública tornar-se-ia mera teoria vazia, retórica inútil. O Direito não despreza a *natureza humana*. Por isso, é inerente ao Estado de Direito o *princípio da responsabilidade do Estado*, o *princípio do controle judicial* e, pois, o *princípio da manutenção das prerrogativas necessárias à imunização da função administrativa à influência política*. Nas palavras iluminadas de Celso Antônio Bandeira de Mello: “o regime constitucional dos servidores públicos almeja exatamente fixar regras básicas favorecedoras da neutralidade do aparelho estatal, a fim de coibir sobretudo o Poder Executivo de manipulá-lo com desabrimento capaz de comprometer objetivos do Estado de Direito”.<sup>8</sup>

Muitos juristas não conseguem compreender *cientificamente* o fenômeno normativo. O Direito não é um simples *amontoado de normas jurídicas*. Se fosse, compreendê-lo seria impossível. O Direito é um verdadeiro *sistema de normas*. O que faz uma mera soma, um mero amontoado, tornar-se um sistema? A submissão a *critérios racionais aglutinadores*, aos

---

<sup>6</sup> Sobre a incompatibilidade entre Administração Pública e a *liberdade*, vide meu *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*, p. 57 et. seq.

<sup>7</sup> Sobre o exercício da função pública como *aplicação de normas jurídicas*, vide meu *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, Cap. III, p. 64-102.

<sup>8</sup> “Servidores públicos: aspectos constitucionais”, *Estudos de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo* 8/82. Vale a pena transcrever a lição do mestre: “Cumprir que este Estado, que este aparelho gigantesco, que esta máquina onipresente seja imparcial, seja neutra, caso contrário sossobrarão os objetivos do Estado de Direito. Ora bem, para que esta máquina seja imparcial, seja neutra, é preciso que os agentes que a operam disponham de certas condições mínimas para cumprir as funções que lhes cabem dentro de um espírito de isenção, de neutralidade, de lealdade para com terceiros, de isonomia no trato com os administrados. Como isto seria possível se os agentes do aparelho estatal e basicamente do Poder Executivo não dispusessem de um estatuto jurídico, de um regime jurídico, que os garantisse, que lhes desse o mínimo de independência perante os ocasionais detentores do Poder? [...] Só mesmo uma máquina preparada para ser isenta, imparcial, leal, e que trate isonomicamente os indivíduos pode garantir a realização dos objetivos do Estado de Direito, prevenindo e impedindo o uso desatado do poder em prol de facções que, mediante favoritismos e perseguições, se eternizariam no comando da sociedade”. (*Servidores públicos: aspectos constitucionais*, p. 83-84).

chamados *elementos estruturantes* do sistema. É comum que os operadores do Direito, no dia-a-dia de seu trabalho, tratem o fenômeno normativo de modo não-científico. Esse equívoco desastroso é exclusivo da ciência jurídica. Ninguém lida, por exemplo, com a engenharia ou a medicina com total desprezo pelas respectivas balizas científicas. Os aplicadores do direito, os juristas, ao lidarem com o Direito, comumente, desprezam a Ciência Jurídica. Esse mal deve ser evitado a todo custo. O jurista deve ter presente, cada vez que examina um problema jurídico, cada vez que examina um texto normativo isolado, que está diante de um *sistema*, de algo que obedece a *critérios racionais*. Deve, em suma, atentar para o fato de que toda a norma jurídica se assenta nos chamados *princípios jurídicos*.<sup>9</sup>

Uma idéia-chave está por trás de todas as normas de direito público. As normas de direito administrativo foram concebidas para impedir o uso desatado do poder. Em pouquíssimas palavras: a função primordial do direito administrativo é impedir a *corrupção*. As leis administrativas existem para que os agentes públicos não ajam em prol de seus próprios interesses, para que exerçam efetiva e corretamente a *função pública*. Se os administradores fossem deuses, boa parte da legislação administrativa seria desnecessária. O Direito administrativo foi concebido para impedir que o dinheiro público seja desperdiçado, para impedir que haja perseguições e favoritismos, para, enfim, garantir que o agente exerça *função pública*. Na feliz síntese de Celso Antônio Bandeira de Mello: o direito administrativo é arma do administrado contra o uso desatado do poder.<sup>10</sup> Reitero: o direito administrativo é um ramo dogmático elidido para impedir a corrupção de quem exerce função pública. Essa idéia está na base da própria disciplina e de todas as normas a

---

<sup>9</sup> A palavra *princípio* é atualmente utilizada com dois significados bem distintos: *mandamento nuclear* do sistema jurídico e *valor juridicamente positivado*. Nesta exposição, a palavra é utilizada no primeiro sentido. Sobre o tema, vide meu *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*, p. 13-29. O conceito de princípio jurídico como elemento estruturante do sistema foi difundido no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello (“Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo”, *RDP* 15/53; *Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. I-24, p. 53. No direito estrangeiro, vide o magistral estudo de Jean Rivero, “Los principios del derecho en el derecho administrativo Frances contemporaneo”, *RAP* 6/289-300.

<sup>10</sup> “Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. *Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão* [...]. É, pois, sobretudo, um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder”. (*Curso de direito administrativo*, 27ª. ed., §I-20, p. 47). Deveras, o Direito Administrativo protege o cidadão contra o uso desatado do poder – nesse sentido é escudo – e possibilita ao cidadão atacar o uso desatado do poder – e nesse sentido é arma. Em suma: escudo e arma do cidadão.

ela atinentes. Trata-se, seguindo a doutrina de Friedrich Müller, de um *preconceito*<sup>11</sup> necessário à correta compreensão das normas de direito público.

Se os direitos constitucionais básicos do *regime estatutário dos servidores públicos* são imprescindíveis para que não haja corrupção, eles não são um privilégio dos servidores, mas uma *garantia*, uma garantia fundamental dos cidadãos. Sem essas prerrogativas, os agentes públicos estariam nas mãos dos governantes, sujeitos à vontade dos corruptos de plantão. Nenhum cidadão teria a mínima garantia de que as leis seriam cumpridas corretamente, nenhum cidadão teria a mínima garantia de que o dinheiro público não seria desviado para os bolsos dos corruptos. A impessoalidade estaria comprometida. É de uma obviedade ululante: se alguém precisa se corromper para manter seu ganha-pão, como regra geral, se corrompe. Ninguém é santo ou herói. Raros são os que abrem mão do seu ganha-pão por idealismo. Não se presume um comportamento sobre-humano de quem exerce função pública. Não se trabalha com sonho ou utopia, mas com a realidade. Sem essas prerrogativas os interesses do povo estariam comprometidos. Os bens, os negócios, o dinheiro estatais, em última análise, pertencem ao povo. As garantias da impessoalidade dos agentes públicos são garantias individuais dos cidadãos. Estes possuem o *direito individual* de serem tratados de *forma impessoal*, honesta, isonômica e o *direito político* a uma boa-administração.<sup>12</sup> Logo, as prerrogativas dos servidores constituem, pois, ao mesmo tempo, um *direito individual* e um *direito político* de todo o cidadão.

Quem se debruça sobre o ordenamento jurídico brasileiro e o estuda como um *sistema* logo percebe: os direitos constitucionais básicos do *regime estatutário dos servidores públicos* são imprescindíveis para que não haja corrupção, são vitais para que exista um verdadeiro Estado de Direito, são pressupostos da *boa-administração*. Por trás das *regras constitucionais dos*

---

<sup>11</sup> Friedrich Müller diferencia a pré-compreensão jurídica ou referida ao direito da pré-compreensão geral (*Teoria estruturante do direito* – I, p. 55 et seq.). Enquanto a última se refere a toda a visão de mundo do sujeito cognoscente, a primeira refere-se a preconceitos positivos necessários à correta interpretação. Deveras: o intérprete, ao examinar um texto de direito público, deve partir do preconceito de que o direito público é a arma e o escudo do cidadão. Quem não inicia a atividade hermenêutica imbuído desse “preconceito” tende a chegar a um resultado equivocado. Do mesmo modo: o conceito de função pública, as características dela, as balizas do regime de direito público são preconceitos necessários à boa interpretação do direito público. Insiste-se: interpretar o direito público pressupõe ter presente, previamente, o conceito de Estado, de função estatal, de indisponibilidade e supremacia do interesse público e, principalmente, que esse ramo do direito foi construído para servir de arma e de escudo do cidadão, para evitar a corrupção dos agentes públicos.

<sup>12</sup> Em sua preciosa monografia sobre boa-administração, Juarez Freitas também alude ao tema: “Por mais que se entenda a proposta de flexibilização, o regime estatutário ou institucional é vital para que se alcancem os desideratos constitucionais. O constituinte derivado, apesar das vastas reformas que vem promovendo na esfera dos direitos dos servidores públicos – não raro, desafiadoras, para dizer o mínimo, da resiliência constitucional –, felizmente não abandonou, de um todo, a linha de que, para a segurança da sociedade, convém reservar aos ocupantes de certos cargos efetivos um tratamento especial, apto a propiciar a formação de carreiras a salvo de cooptações partidárias e da previsível descontinuidade governativa”. (*Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 117).

*servidores públicos* há *princípios constitucionais* diretamente atrelados ao princípio do Estado de Direito. Ora, se são decorrência lógica, desdobramento imediato do Estado de Direito, se são garantia individual e direito político dos cidadãos, são, indiscutivelmente, autênticas *cláusulas pétreas*.

### 3. Princípio constitucional do concurso público

O princípio constitucional do concurso público, estabelecido no inciso II do art. 37 da CF/88, impede que os governantes nomeiem para os cargos públicos apenas seus *amigos*. Trata-se de um desdobramento imediato da *isonomia* e da *impressoalidade*, uma peremptória exigência da república e do Estado de Direito.<sup>13</sup> A importância desse princípio é tão evidente que ele se aplica, por expressa disposição constitucional não apenas dos *servidores públicos*, mas também aos *empregados públicos*. Trata-se, pois, de princípio não restrito ao *regime estatutário*.

Não cabe neste estudo expor toda teoria dos concursos públicos.<sup>14</sup> Ressalto que somente é possível a nomeação *sem concurso* para cargo ou emprego público nos casos expressa ou implicitamente previstos no texto constitucional. Os casos expressos são os seguintes: 1) por exigência do *princípio democrático*, os *cargos eletivos*, próprios da *representação popular*, nos termos do parágrafo único do art. 1º.; 2) também por exigência do princípio democrático, os *cargos de provimento vitalício*, cuja nomeação é efetuada pelos *representantes populares* (presidente da república e senadores);<sup>15</sup> 3) os cargos em comissão, de livre nomeação, nos termos do inciso II do art. 37. 4) as atividades temporárias e as atividades que apesar de não serem temporárias o interesse público exige o exercício imediato, ambas previstas no inciso IX do art. 37. Os casos implícitos consistem na *impossibilidade* lógica, fática ou jurídica de realizar *concurso público*.<sup>16</sup>

O reformador da Constituição não diminuiu a eficácia desse princípio. Ele vem sendo amesquinhado pelo *legislador infraconstitucional* e pelo *Judiciário*. Tornou-se, infelizmente, comum a edição de leis que *deturpam* as hipóteses de *inexigibilidade de concurso público*. Toda a

<sup>13</sup> Em sua tese de doutorado, Adilson Abreu Dallari observa: “Para que se tenha uma idéia da importância do tema, basta dizer que ele figura no texto da Declaração Geral dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948, com o seguinte enunciado: ‘cada indivíduo tem o direito ao ingresso, sob condições iguais, no serviço público de seu país’. (*Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed., p. 28).

<sup>14</sup> Sugiro a leitura da monografia dos promotores Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz, *O regime jurídico do concurso público e seu controle jurisdicional*. Bem como da coletânea de trabalhos organizada por Fabrício Motta, *Concurso público e Constituição*, 1. ed., 2. tir., 2007.

<sup>15</sup> O acesso ao cargo de Presidente da República é direta decorrência da escolha popular: o povo escolhe quem assumirá o cargo. O acesso ao cargo de Ministro do STF é indireta decorrência da escolha popular: o povo escolhe quem nomeará o ocupante do cargo.

<sup>16</sup> Aplicam-se aos concursos públicos, *mutatis mutandis*, a teoria dos *pressupostos constitucionais à licitação*. Trata-se de teoria desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. IX-V, p. 539-540. Sobre ela, vide meu “Dispensa de licitação e discricionariedade”, in Rodrigo Garcia Schwarz (coord.), *Direito administrativo contemporâneo*, p. 263-270.

regra constitucional deve ser interpretada em consonância com os *princípios estruturantes* do sistema. Por que o constituinte previu os *cargos em comissão*? Para que o agente político nomeie alguém de sua *confiança subjetiva*, alguém que feche os olhos para seus atos de corrupção? Óbvio é que não. Certas funções exigem profissionais altamente qualificados, profissionais que, pela sua capacitação, encontram amplas oportunidades no mercado de trabalho. Esses profissionais, gabaritados para certas funções, não se prestariam a participar de um concurso público. Vale dizer: a realização de concurso público é incompatível com certas funções públicas porque os profissionais adequados para exercê-las, como regra geral, jamais se disporiam a participar de um concurso. Nesse caso, inexistente *pressuposto fático* para sua realização: ele não pode ser instaurado porque não haveria *interessados* aptos a dele participar. Não faz sentido abrir um concurso para nomear um Ministro da Justiça ou um Secretário de Negócios Jurídicos. Justamente para esses casos é que o constituinte previu os *cargos em comissão*. Perceba-se: para nomear alguém para essas funções, faz-se necessária a *confiança*, não a *confiança subjetiva*, a confiança do nomeante de que o nomeado jamais se voltará contra ele, mas a *confiança objetiva*: a confiança de que o nomeado bem exercerá a função porque é qualificado para tal. Perceba-se: a confiança objetiva implica a *confiança* por parte de todos da sociedade, ou seja, diante do prestígio no respectivo campo de atuação, da experiência profissional, da elevada capacitação técnica, da, enfim, notoriedade da qualificação do nomeado, todos da sociedade, independentemente de suas convicções políticas, consideram-no apto ao exercício da função, todos *confiam* nele. É evidente que quase sempre há mais de um profissional que atenda essa exigência, daí a *discricionariedade na nomeação*: o sistema permite ao nomeante que, dentre todos os habilitados, escolha aquele que possua mais afinidade com suas convicções ideológicas. A prática distancia-se desses conceitos: o legislador, de todas as esferas de governo, despreza os *pressupostos teóricos* para a criação de *cargos em comissão*; o administrador, também de todas as esferas de governo, despreza os *pressupostos teóricos* para a *nomeação* dos respectivos cargos. Milhares de cargos em comissão são criados apesar de presente o *pressuposto fático* à realização de concurso,<sup>17</sup> nomeações são efetuadas com base na *confiança subjetiva* e não na preconizada *confiança objetiva*.

---

<sup>17</sup> Num importante julgado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reagiu a essa situação. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei n. 157.950-0/6-00, julgada em 28.01.09, sendo Rel. o Des. Debatin Cardoso. Constou da ementa: “Criação de cargos de provimento em comissão, destinados, muitos deles, a funções burocráticas ou técnicas de caráter permanente – Inadmissibilidade”. E na fundamentação do acórdão, pontuou-se com precisão: “Não basta denominar os cargos como sendo de diretor, chefe ou assessor para que se abra uma exceção à regra do concurso público e se justifique seu provimento em comissão, pois o que importa não é o rótulo, mas a substância deles, fazendo-se necessário examinar as atribuições a serem exercidas por seus titulares e tais atribuições devem estar definidas na lei”.

A contratação para atividades temporárias ou atividades que demandem execução imediata, com base no inciso IX do art. 37 da CF/88, segue também uma *regra racional*. A realização de concurso público leva um *tempo* e importa num *custo* que não são desprezados pelo sistema. Não faz sentido realizar concurso público para atividades que durem apenas seis meses ou menos. Sempre que a *duração da atividade* for razoavelmente incompatível com o tempo e o custo da realização do concurso público, este é dispensado. “Atividade temporária” é um conceito indeterminado e, como todo conceito dessa ordem, possui uma *zona de certeza positiva*, uma *zona de certeza negativa* e uma *zona de incerteza*.<sup>18</sup> Atividades que durem até seis meses estão na zona de certeza positiva: não é razoável realizar o concurso. Atividades que durem mais de dois anos estão na zona de certeza negativa: é razoável realizá-lo. Atividades que durem mais de seis meses e menos de dois anos estão na zona de incerteza: depende do juízo do agente competente. Claro que essa zona de incerteza pode ser afastada diante do caso concreto, diante da natureza da atividade: dependendo do caso, pode não ser razoável a contratação direta para o exercício de certa atividade por um ano. Ademais, quando o interesse público exige o imediato exercício de atividade não-temporária, admite-se a contratação temporária durante o tempo necessário à realização do concurso. Também aqui a prática distancia-se da teoria. Basta um exemplo: a Lei federal 8.745/93, no inciso V do art. 4º., com a redação dada pelo art. 166 da Lei 11.784/2008, permite contratação temporária por prazo de quatro anos para vários cargos.

Um recente equívoco da jurisprudência também vem contribuindo para o desprestígio do princípio do concurso público. O STJ adotou o entendimento de que passados cinco anos da assunção de cargos efetivos sem concurso público, há a estabilização do vício da nomeação e, por isso, o direito à permanência no cargo.<sup>19</sup> Trata-se de supino equívoco da jurisprudência.

---

<sup>18</sup> Trata-se da clássica lição de Fernando Sainz Moreno: “El problema de la indeterminación puede explicarse gráficamente mediante unos círculos concéntricos. El círculo interno traza el límite de una zona de certeza positiva (es seguro que ‘eso’ puede denominarse con ese término); el círculo externo marca el límite de una certeza negativa (es seguro que ‘eso’ no puede denominarse así). Entre esos dos círculos hay una zona de duda, de ‘indeterminación’. Se trata, por supuesto, de una explicación gráfica aproximada porque las líneas de ambos círculos son también borrosas. Existen, pues, dos límites: el de la certeza positiva (lo que es seguro) y el de la certeza negativa (lo que es seguro que no es). Entre ambos está el ámbito de duda”. (*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 70-71).

<sup>19</sup> Apenas a título de exemplo, foi o que decidiu no Recurso em mandado de segurança 25.652-PB (2007/0268880-8), j. 16.09.08, DJe 13.10.08, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Eis a ementa: “Servidores públicos que assumiram cargos efetivos sem prévio concurso, após a CF de 1988. Atos nulos. Transcurso de quase 20 anos. Prazo decadencial de cinco anos cumprido, mesmo contado após a Lei 9.784/99, art. 55. Preponderância do princípio da segurança jurídica”. Afirmou-se no acórdão: “Penso que é importante frisar mais uma vez, que a Administração Pública quedou inerte, por duas décadas, quanto à alegada ilegalidade nas investidas dos recorrentes, pelo que se formou em relação a eles (os recorrentes) o direito subjetivo de não serem acionados em razão daquelas investidas e, em relação à Administração, ocorreu a perda do direito de desfazer aqueles mesmos atos”. E concluiu-se: “Por tais fundamentos, dou provimento ao Recurso Ordinário, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos”.

Deve-se distinguir o *ato administrativo* que nomeou, de forma inválida, os servidores da *situação jurídica* de ocupar cargo público de provimento efetivo sem prévia aprovação em concurso. O ato, após cinco anos, se estabiliza:<sup>20</sup> o sistema não admite a invalidação da nomeação e, conseqüentemente, não admite a invalidação de todos os atos proferidos pelos servidores no exercício do cargo, bem como não exige a devolução aos cofres públicos do que indevidamente receberam. Isso não significa que o cargo passa a admitir o provimento sem concurso: não importa quanto tempo passe, a invalidade da nomeação exige a exoneração do servidor. É, *a contrario sensu*, o que se extrai do art. 19 do ADCT: o constituinte atribuiu estabilidade ao servidor admitido sem concurso que estava em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados. Quer dizer: fora dessa hipótese, o decurso da nomeação sem concurso não gera estabilidade.

#### **4. Princípio constitucional da estabilidade.**

Outro princípio fundamental do estatuto dos servidores públicos é o princípio da *estabilidade*: o servidor público só *perde o cargo* nos casos expressamente previstos no texto constitucional (art. 41, §1º, da CF). Se o princípio do concurso evita a nomeação arbitrária, o princípio da estabilidade evita o exercício arbitrário da função. Dou apenas um exemplo: imagine que os servidores encarregados de numerar as folhas dos processos administrativos e rubricá-las não possuíssem estabilidade e o superior hierárquico, com vistas a acobertar ilegalidade ou, pior, ato de corrupção, exigisse a substituição das folhas de um processo. O servidor ficaria no seguinte dilema: ou se recusa a obedecer e perde seu ganha-pão ou obedece e mantém-se no cargo. Por óbvio, se não houvesse estabilidade, o servidor ficaria, sempre, nas mãos dos superiores hierárquicos. Bastaria recusar-se a cometer uma ilegalidade, recusar-se a praticar um ato de corrupção e pronto: estaria “na rua”, seria exonerado. E perceba-se: nem do Judiciário o servidor poderia se socorrer, pois, inexistindo estabilidade, a dispensa seria *ad nutum* a critério do superior hierárquico. Conforme antecipado, a falta de estabilidade dos servidores transforma o Estado de Direito em Estado do arbítrio. Trata-se, pois, de um princípio diretamente atrelado às bases da Constituição da República. A estabilidade dos servidores não é privilégio deles, mas uma garantia individual do administrado contra a malévola influência política no exercício da função pública e um direito político do cidadão à boa-administração.

---

<sup>20</sup> Sobre a estabilização dos vícios dos atos administrativos, vide meu *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, Cap. VIII-5.5, p. 295 et seq.

A Emenda Constitucional n. 19/98 afetou sensivelmente esse magno princípio constitucional. Até 04.06.98, o período necessário para aquisição da estabilidade era de *dois anos*. A Emenda 19 alterou a redação do *caput* do art. 41 e elevou o período do *estágio probatório* para *três anos*. Ademais, até a Emenda havia apenas *duas hipóteses* de perda da função: sentença judicial transitada em julgado e decisão proferida em processo administrativo disciplinar em que seja garantida a ampla defesa. A Emenda alterou o §1º do art. 41 para acrescentar uma terceira hipótese: reprovação em procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa. Acrescentou também o §4º ao art. 169, prevendo uma quarta hipótese: quando a adoção das medidas previstas no §3º — redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargo em comissão e função de confiança e exoneração de servidores não estáveis — não forem suficientes para assegurar a observância do limite fixado em lei complementar para a despesa com pessoal (hoje fixado no art. 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei complementar 101/01: 50% da receita corrente líquida, para a União; e 60%, para os Estados e Municípios). A reforma foi fruto de uma política neoliberal.<sup>21</sup> Buscou-se, a todo custo, enfraquecer o servidor público.

Na doutrina brasileira quem melhor compreendeu a teoria da reforma constitucional foi o Ministro Carlos Ayres Britto: a *reforma* só é permitida para *reforçar* o *programa constitucional* originário, para fazê-lo *melhor*, não para alterá-lo, substituí-lo, enfraquecê-lo. Toda reforma que contrarie essa diretriz é inválida.<sup>22</sup> Impõe-se a toda emenda a *interpretação restritiva*, ainda mais quando ela diz respeito a valores sensíveis. A boa doutrina não titubeia em afirmar a inconstitucionalidade da quarta hipótese apresentada por violação ao *direito adquirido* dos

---

<sup>21</sup> Sobre o tema, recomendo a leitura da dissertação de mestrado de Priscilia Sparapani, *A estabilidade do servidor público civil após a Emenda Constitucional n. 19/98*, apresentada, em 1998, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>22</sup> Transcrevo parte de sua argumentação: “A este respeito, é de se afastar o receio de que o prestígio exegético das cláusulas pétreas – nos casos de dúvida fundada, lógico –, venha a significar banalização das mesmas (tudo, ou quase tudo, passaria a ser encarado como cláusula pétrea). É que a postura interpretativa contrária é de muito maior gravidade sistêmica, pois redundaria no mais intolerável tipo de banalização: *a banalização da própria Lei Fundamental do País, que fica muito mais vulnerável a agressões por via de emendas*. A alternativa é radical: ou o hermeneuta prestigia as cláusulas pétreas e assim reduz a possibilidade de produção de emendas, ou prestigia as emendas e assim fragiliza a integridade das cláusulas pétreas. A primeira opção é a que temos por acertada, até porque melhor nos habilita a afastar o temor da banalização, a saber: uma coisa é a indicação das matérias constitutivas de cláusulas pétreas, de par com as normas constitucionais que dão o conteúdo mínimo de cada qual dessas cláusulas de intangibilidade, pois aí estamos diante dos princípios que mais estabilizam a Constituição e concomitantemente mais se aproximam do centro da circunferência democrática; outra coisa, porém, são os preceitos constitucionais que estão a serviço das cláusulas pétreas, que têm a ver com elas, sim, *mas sem a força de elementarizá-las*. Regras periféricas, então, da própria circunferência de cada cláusula pétrea, e, com mais razão, da circunferência democrática. Por isso que tais preceitos jazem à disposição do Poder Reformador, desde que o resultado desse labor reformista seja o fortalecimento ou a rebustez da parte axiológica situada no centro da circunferência em causa”. (*Teoria da Constituição*, p. 204-205, grifos no original).

servidores.<sup>23</sup> O direito adquirido impede a aplicação da hipótese a quem já era servidor, mas não obsta a aplicação a quem ingressou nos quadros públicos após a reforma. Contudo, a hipótese é inaplicável também para os novos servidores: o *princípio da estabilidade é cláusula pétrea*, pois é pressuposto para configuração do Estado de Direito. Só são juridicamente válidas hipóteses de perda da função que digam respeito à conduta do servidor, mais precisamente, ao descumprimento por parte dele dos deveres funcionais. O núcleo da *estabilidade* está na proteção do servidor contra a influência política e essa proteção só ocorre enquanto o servidor estiver imunizado da perda do cargo por hipótese que não lhe seja diretamente imputada. Noutras palavras: a perda do cargo só pode ocorrer em virtude da *responsabilização disciplinar* do servidor, somente porque este não cumpriu, a contento, sua *função*. Não pode, jamais, ser imputada pela *vontade governante*. Quem *bem* exerce a função pública está constitucionalmente *protegido*, garantido contra o uso desatado do poder. É de evidência solar: a despesa com pessoal acima do limite legalmente fixado não é imputada ao servidor, não é de responsabilidade dele, é de responsabilidade de quem autorizou a despesa. Se o servidor *estável* não descumpriu seus deveres funcionais, não pode, sob pena de ofensa à cláusula pétrea do Estado de Direito, ser exonerado contra sua vontade. O §4º do art. 169, acrescentado pela Emenda n. 19/98, é, nesses termos, inconstitucional. A terceira hipótese não é inconstitucional, mas é inútil. Se o servidor for reprovado em avaliação periódica de desempenho pode ser, de plano, reprovado? Óbvio que não. O próprio dispositivo constitucional ressalva: “assegura ampla defesa”. O servidor só pode ser exonerado se for *responsabilizado* por alguma falta funcional.<sup>24</sup> Exige-se a instauração de *processo disciplinar*. Quer dizer: a hipótese inserida no inciso III do §1º é mero desdobramento do inciso II do mesmo parágrafo. A reforma, nesse caso, numa interpretação conforme, não foi inválida, mas foi inútil.

---

<sup>23</sup> Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. V-§27, p. 268-269; §60, p. 291, §§142-150, p. 330-336.

<sup>24</sup> Nesse sentido, doutrina José Maria Pinheiro Madeira: “O aludido procedimento de avaliação periódica de desempenho, que poderá ensejar a perda do cargo, não possui eficácia plena, posto que depende de lei complementar para especificar tais circunstâncias. Uma vez regulamentado, o servidor somente perderá o cargo por este processo avaliatório, acaso o seu desempenho esteja em desacordo com a conduta presumida para a esfera pública”. (*Servidor público na atualidade*, 8. ed., p. 257). Em sentido contrário, manifesta-se Priscilia Sparapani, para quem ineficiência não se equipara à desídia: “um servidor pode ser zeloso no cumprimento de suas funções, pode ser assíduo, responsável, pontual, atuante e, mesmo assim, não produzir o que dele se espera e, por conseguinte, ele não será considerado desidioso, mas, sim, ineficiente”. (*A estabilidade do servidor público civil após a Emenda Constitucional n. 19/98*, p. 160). Essa interpretação contraria a cláusula pétrea do Estado de Direito e, por isso, não é admissível. Se o servidor bem exerceu suas funções, não pode ser exonerado. A exoneração forçada do servidor estável só é constitucionalmente admissível quando efeito de *responsabilização*, vale dizer, quando importar autêntica *demissão*. Apesar de distinguir a ineficiência da falta funcional, a autora exige a instauração de processo disciplinar para exoneração do servidor: “Na esteira dessa assertiva, e a par do que foi dito acima, enfatiza-se aqui, uma vez mais, que quando a Administração avalia o servidor público periodicamente e destas avaliações resultada comprovada a ineficiência para o desempenho de suas atividades, haverá que se instaurar, na hipótese, processo administrativo disciplinar porque a partir do momento em que a Administração imputa ao servidor uma conduta ineficiente, está procedendo a uma acusação”. (Op. cit., p. 163).

O legislador e o administrador também contribuem para o amesquinamento do princípio da estabilidade. Tornou-se corrente, antes da Constituição de 1988, a criação de *empregos públicos* ao invés de *cargos públicos*. Quer dizer: difundiu-se a possibilidade de dois regimes para o funcionalismo público: o *estatutário*, regido pelas leis de direito público, e o *celetista*, regido pela CLT. Do ponto de vista teórico, o regime celetista não se adequa à função pública. Explico: o regime celetista apóia-se num acordo de vontade entre o empregador e o empregado, o regime da relação decorre desse acordo, o vínculo é *contratual*.<sup>25</sup> O regime estatutário não se apóia num *contrato*: a nomeação decorre de um *ato unilateral* condicionado à aquiescência do administrado,<sup>26</sup> o regime é integralmente estabelecido na lei, não é fixado por acordo. A Administração não possui *liberdade*. Mesmo quando ela afirma celebrar um *contrato de emprego*, jamais se submete, integralmente, ao regime celetista: as partes não são livres para fixar, por exemplo, o regime de remuneração.<sup>27</sup> Não há, tanto para servidores como para empregados públicos, direito à *negociação coletiva*, pois o regime é integralmente fixado na lei. Os princípios da *legalidade* e da *indisponibilidade do interesse público* impedem que a Administração e o empregado disciplinem, por acordo, o regime da relação.

A Constituição de 1988, no *caput* do art. 39, determinou que todas as entidades federativas instituíssem, no âmbito de sua competência, *regime jurídico único* para os servidores da administração direta, autárquica e das fundações. Foi uma clara tentativa de afastar o máximo possível do mundo jurídico o regime celetista. O reformador tentou o retrocesso: alterou a redação

---

<sup>25</sup> Por todos, doutrina Octavio Bueno Magano: “Parece-nos que a relação de trabalho é produto de negócio jurídico inserível no âmbito da autonomia privada, assim considerada a área do Direito em que se atribui aos indivíduos a faculdade de disciplinar os próprios interesses, observadas as limitações impostas pelo Estado”. (*Direito individual do trabalho*, 4. ed., p. 28). No mesmo sentido, afirma Rodrigo Garcia Schwarz: “Podemos ressaltar que a relação de emprego tem, na realidade, origem contratual. O contrato de trabalho forma-se independentemente de qualquer solenidade, mas sempre a partir do acordo de vontade das partes”. (*Direito do trabalho*, 2. ed., p. 70).

<sup>26</sup> Com invulgar didática, explica Celso Antônio Bandeira de Mello: “o conteúdo do vínculo jurídico que transcorre entre o funcionário e o Estado não foi determinado por via consensual. Não decorre de uma produção da vontade conjunta das partes entre as quais intercorre a relação. O ato de nomeação é unilateral e proporciona a inserção de alguém debaixo de um regime jurídico prefixado, sobre o qual a vontade do funcionário não tem força jurídica para interferir. É certo que não basta o ato de provimento para se perfazer a relação funcional. É necessária a posse, através da qual o nomeado aceita o cargo e exprime um compromisso de bem servir, a fim de que se aperfeiçoe o vínculo entre ele e o Estado. Há, efetivamente um acordo, mas este diz respeito, unicamente à formação do vínculo. Cinge-se a ele. Limita-se a expressar sua concordância em se inserir debaixo de uma situação geral e abstrata. Não atinge, nem pode atingir, o conteúdo da relação formada, pois este não se encontra à sua disposição como objeto da avença”. (*Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, 2. tir., p. 11).

<sup>27</sup> Em relação ao regime estatutário, o STF já se manifestou sobre a impossibilidade de *negociação coletiva*. Na ADI 492/DF, j. 12.11.92, DJ 12.03.93, p. 3.557, Rel. Min. Carlos Velloso, o STF declarou a inconstitucionalidade das letras “d” e “e” do art. 240 da Lei federal 8.112/90, hoje revogadas pela Lei 9.527/97, que previam o direito dos servidores públicos federais à negociação coletiva. Cistou do voto do Min. Carlos Velloso: “Não sendo possível, portanto, à Administração Pública transigir no que diz respeito à matéria reservada à lei, segue-se a impossibilidade de a lei assegurar ao servidor público o direito à negociação coletiva, que compreende acordo entre sindicatos de empregadores e de empregados, ou entre sindicatos de empregados e empresas e, malgrado o acordo, o direito de ajuizar dissídio coletivo”. Grande parte da argumentação constante do acórdão estende-se integralmente ao regime celetista.

do dispositivo para suprimir a previsão do *regime único*. O STF, na MC/ADI 2.135, considerou a alteração inconstitucional por *vício formal*.<sup>28</sup> Pelos argumentos expostos neste estudo, é evidente que também havia inconstitucionalidade *material*: submeter o *regime de pessoal* da administração pública ao *regime celetista* subtrai dos agentes públicos as imunidades à influência política necessárias ao bom desempenho da função administrativa e fere mortalmente o Estado de Direito. Sem embargo, restabeleceu-se a redação originária e continua impositivo o *regime único*.

Apesar disso, o regime celetista não desapareceu do regime de pessoal da administração pública. Em dois casos ele é *obrigatório*: 1) Todos aqueles que foram estabilizados pelo art. 19 do ADCT submetem-se ao regime celetista. Isso porque o §1º do dispositivo determina que o tempo de serviço desses servidores seja considerado como título quando se “submeterem a concurso para fins de efetivação”. Não faria sentido se submeterem a concurso, se fossem equiparados aos servidores estatutários.<sup>29</sup> 2) O regime de pessoal das empresas públicas e das sociedades de economia mista *exploradoras de atividade econômica* é, por força do art. 173, §1º, II, da CF, o celetista, pois do contrário a *concorrência* no mercado com os particulares poderia ser *desleal*. Em duas hipóteses, o regime *celetista* é facultado: 1) Os agentes contratados para atividades temporárias ou de necessidade imediata, nos termos do inciso IX do art. 37 da CF, podem ser submetidos ao regime celetista.<sup>30</sup> Nada impede que a entidade federativa os submeta ao regime estatutário. E a segunda hipótese, justamente a pertinente a este estudo, exige algumas explicações adicionais.

O legislador ou o administrador, fora das hipóteses mencionadas, pode submeter o pessoal da administração ao regime celetista? Por todas as razões apresentadas, é evidente que não. Seria o mesmo que supor a construção de uma fortaleza com portas de papelão.<sup>31</sup> Sendo o *direito administrativo* a *arma* e o *escudo do cidadão*, a submissão ao *direito privado* só é viável quando fundada num *critério racional*, sob pena de configurar *inválida* “fuga para o direito privado”.<sup>32</sup> Há

---

<sup>28</sup> Trata-se de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 2135 MC/DF, j. 02.08.07, DJe 07.03.08, Rel. para o acórdão Min. Ellen Gracie.

<sup>29</sup> Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. V-rodapé 13, p. 265.

<sup>30</sup> Por todos, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 27. ed., Cap. V-rodapé 24, p. 281. É posição prevalecente na doutrina, conforme informe José Maria Pinheiro Madeira: “entende a doutrina majoritária que o regime jurídico do pessoal contratado pela Administração Pública para desempenhar, temporariamente, serviços de excepcional interesse público, somente pode ser o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, aliás, o único que se aperfeiçoa com o caráter temporário da contratação”. (*Servidor público na atualidade*, 8. ed., p. 31). Nesse ponto, discordo da doutrina majoritária: a contratação temporária não me parece incompatível com o regime estatutário. Nesse caso, por óbvio, a estabilidade do servidor não impede sua exoneração no *termo final* do vínculo.

<sup>31</sup> A feliz imagem é, segundo informa Celso Antônio Bandeira de Mello, de Geraldo Ataliba (*Curso de direito administrativo*, 29. ed., p. 798). O intérprete deve presumir absoluta *racionalidade* no sistema normativo. Não faria sentido a previsão de tantas regras protetoras dos servidores, se, facilmente, essas regras pudessem ser afastadas pelo legislador.

<sup>32</sup> E expressão é de Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado*.

um critério racional nesse tema: sempre que o *afastamento* das *imunidades* à influência política não for prejudicial ao Estado de Direito, a submissão ao regime celetista, apesar de inconveniente, não é inválida. E quando esse afastamento não prejudica o Estado de Direito? Quando se tratar de *atividades subalternas*. Com isso não estou desprestigiando as atividades subalternas, só quem trabalhou sem o serviço de *limpeza* sabe o quanto ele é imprescindível. Mas, se quem presta o serviço de limpeza nas repartições públicas não possui as garantias do regime estatutário, como a *estabilidade*, não haverá, apesar disso, graves riscos de aumento da *arbitrariedade* e da *corrupção*. As garantias constitucionais à influência política, para as atividades subalternas, não são imprescindíveis para a manutenção do Estado de Direito. Por isso, ainda que seja inconveniente, por razões que não cabem neste estudo explicitar, a submissão das atividades subalternas ao regime celetista não fere os princípios básicos do regime de direito público.<sup>33</sup>

O regime celetista não garante a estabilidade, mas isso não significa que não sofra o influxo do princípio da *impessoalidade*. Não pode o empregado ser exonerado sem prévia instauração de *processo administrativo*, em que lhe seja garantida a ampla defesa. Impensável também exonerá-lo sem expressa *motivação*. A Súmula 390 do TST incide, ao menos no plano sintático, num equívoco:<sup>34</sup> o empregado público, quando o vínculo empregatício for válido, não é estável. Ela é correta quando houver invalidade do vínculo: o emprego público for uma *contrafação* de cargo público, mas nesse caso, a Justiça do Trabalho seria incompetente para conhecer a matéria.<sup>35</sup> Se embargo, reitero: a dispensa do empregado público não segue regime idêntico à dispensa imotivada do empregado nas relações privadas, faz-se necessária a instauração de processo administrativo e uma razão objetiva e impessoal para dispensa explicitada em motivação expressa.

O princípio da estabilidade é apoucado por uma das causas do amesquinamento do princípio do concurso público: a deturpação dos *cargos em comissão*. É próprio desses cargos a exoneração *ad nutum*. Prevalece na doutrina, ainda hoje, o entendimento de que essa exoneração

---

<sup>33</sup> Essa é a lição do benemérito Celso Antônio Bandeira de Mello: “Que atividades seriam estas, passíveis de comportar regime trabalhista, se a lei assim decidir? Só poderiam ser aquelas que – mesmo desempenhadas sem as garantias específicas do regime de cargo – não comprometeriam os objetivos (já referidos) em vista dos quais se impõe o regime de cargo como sendo o normal, o prevalente. Seriam, portanto, as correspondentes à prestação de *serviços materiais subalternos*, próprios dos serventes, motoristas, artífices, jardineiros ou mesmo de mecanógrafos, digitadores etc., pois o modesto âmbito de atuação destes agentes não introduz riscos para a impessoalidade da ação do Estado em relação aos administrados caso lhes falem as garantias inerentes ao regime de cargo”. (*Curso de direito administrativo*, 27. ed., p. 264).

<sup>34</sup> “I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”.

<sup>35</sup> O STF na Medida Cautelar em ação direta de inconstitucionalidade 3395 MC/DF, j. 05.04.06, DJ 10.11.06, p. 49, Rel. Min. Cezar Peluso deferiu liminar para fixar a exegese do art. 114, I, da CF/88, com a redação dada pela Emenda 45/2004, no sentido de que ele não abrange — e, portanto, não é da competência da Justiça do Trabalho — as causas instauradas entre o Poder Público e o servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária”. Sobre o tema, vide, por todos: Arnaldo Silva Júnior, *Dos servidores públicos municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 35-39.

prescinde de motivação.<sup>36</sup> Logo, quando o legislador pretende fugir da garantia da estabilidade, cria um cargo em comissão. Tornou-se uma praxe na administração brasileira: “quando o estável não faz, sempre há um comissionado que faz”. Ora, essa situação decorre de uma *deturpação*: os cargos em comissão são próprios para os casos de *inexigibilidade de concurso* por *falta de pressuposto fático*. Fora dessas hipóteses, configuraram não apenas *burla* ao *princípio do concurso*, mas *burla* ao *princípio da estabilidade*. Sem a garantia constitucional da estabilidade, o agente comissionado fica a mercê do constrangimento político e, para não perder seu ganha-pão, acaba, como quase qualquer pessoa em situação idêntica acabaria, cedendo ao descumprimento do Direito.

Muito ainda poderia ser dito sobre as *garantias constitucionais* dos *servidores públicos*. A previsão da *aposentaria integral*, a previsão da *revisão anual da remuneração*, temas que não serão desenvolvidos neste estudo, são regras constitucionais necessárias para o ótimo desenvolvimento da *função pública*. Um Estado com funcionalismo público *enfraquecido* é um Estado *fraco*, não preparado para a influência do poder econômico e do poder político. E, no presente momento histórico, o poder político é comumente sobrepujado pelo econômico. As considerações aqui apresentadas são marcadas por uma idéia-chave: as regras constitucionais relativas ao regime dos servidores públicos não são privilégios de uma classe, são garantias dos administrados, imprescindíveis para a manutenção do Estado de Direito. Todo enfraquecimento dessas regras, seja efetuada por reforma constitucional, por lei infraconstitucional ou por norma administrativa, deve ser examinada com a máxima cautela. São regras vinculadas aos princípios estruturantes do sistema jurídico, de modo que a afetação delas repercute nos valores mais importantes do sistema. Por tudo isso, em não raras vezes, o enfraquecimento dessas regras afeta cláusulas pétreas, é inconstitucional e, portanto, inválido.

### Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. Servidores públicos: aspectos constitucionais. *Estudos de Direito Público – Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo*, São Paulo, ano IV/V, v. 8, p. 81-92, jul.-dez. 1985 e jan.-jul. 1986.

\_\_\_\_\_. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Público (RDP)*, São Paulo, ano IV, v. 15, p. 284-288, jan.-mar. 1971.

---

<sup>36</sup> Oxalá o tema seja revisto no Brasil. Na doutrina estrangeira, o tema há tempos é rediscutido. Consulte: Juan Igartua Salaverría, *La motivación en los nombramientos discrecionales*.

- \_\_\_\_\_. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- BORDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- \_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada – v. 1: artigos 1º a 107*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación en los nombramientos discrecionales*. Navarra: Thompson-Civitas, 2007.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993.
- MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- \_\_\_\_\_. Dispensa de licitação e discricionariedade. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (coord.). *Direito administrativo contemporâneo*. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 263-278.
- MOTTA, Fabrício (coord.). *Concurso público e Constituição*. 1. ed., 2. tir. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito I*. Tadução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- RIVERO, Jean. Los principios del derecho en el derecho administrativo Frances contemporaneo. *Revista de Administración Pública (RAP)*, Madrid, ano II, n. 6, p. 289-300, sept.-dic. 1951.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- SANTI ROMANO. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- SILVA JÚNIOR Arnaldo. *Dos servidores públicos municipais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SPARAPANI, Priscilia. *A estabilidade do servidor público civil após a Emenda Constitucional n. 19/98*. 2008. 209 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.



## Notas sobre chamada execução fiscal “administrativa”

### 1. Introdução

O Conselho Nacional de Justiça divulgou recentemente os indicadores da Justiça Estadual<sup>1</sup>. A publicação conhecida como “Justiça em números” traz informações que refletem o cotidiano dos que atuam na execução fiscal no Estado de São Paulo.

Ali consta que em 2009 havia 10,3 milhões de execuções fiscais no Judiciário Paulista e que o volume de ações de conhecimento aproximava-se de 4,8 milhões já existentes. Ou seja, *grosso modo*, para cada ação de conhecimento em curso existiam duas execuções fiscais em tramitação na 1ª instância.

Os números demonstram que existe uma inadequação estrutural no Poder Judiciário, uma vez que a proporção de execuções fiscais em relação às demais ações não se traduz no apoio material e humano disponível para gestão deste volume.

Esta inadequação estrutural se torna evidente quando a realização de atos materiais na execução se torna necessária, em especial, na localização do devedor e na penhora de seus bens. Estes dois atos formam o núcleo da atividade executiva e dependem quase que exclusivamente de atos que competem, a teor da Lei 6.830/80, exclusivamente ao Poder Judiciário.

A prática diária daqueles que atuam nas lides fiscais demonstra que por vezes passam-se anos entre um pedido de diligência e a efetiva expedição do respectivo mandado. A demora, por certo, compromete a eficácia do ato e põe a perder o trabalho administrativo de pesquisa realizado pela Fazenda, aumentando tanto os custos diretos da execução (custas judiciais) quanto os indiretos (despesas da Administração para gestão da execução).

Algumas propostas legislativas foram apresentadas com o objetivo de solucionar a crise crônica pela qual passa a execução fiscal no Brasil. Ao invés de aumentar os recursos disponíveis, estas propostas, em maior ou menor medida, buscam transferir alguns atos da execução para a competência da própria Administração exequente. De forma genérica, o modelo de cobrança decorrente destas propostas é chamado de “execução fiscal administrativa”, principalmente por seus críticos.

Existem três projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que versam sobre “reforma” na Lei de Execuções Fiscais, sendo que um se encontra no Senado Federal e dois na Câmara dos Deputados<sup>2</sup>.

O projeto que consta no Senado Federal, de autoria do Senador Pedro Simon – PLS 10/05 – institui a “penhora administrativa”, mantendo no demais os dispositivos da Lei 6.830/80<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> O relatório integral apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça está disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas\\_judiciarias/jn2009/rel\\_justica\\_estadual.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas_judiciarias/jn2009/rel_justica_estadual.pdf)> Acessado em: 25 de set. 2010.

<sup>2</sup> Havia outro projeto, de autoria do Deputado Celso Russomano – PL 5615/05, que foi retirado de tramitação a seu pedido. Como justificativa, o deputado alegou a existência de outros projetos em tramitação. Em linhas gerais transferia à Administração toda a atividade executiva, deixando aberta ao executado a defesa judicial por meio dos embargos. O autor do projeto buscou o fundamento jurídico de sua proposta na auto-executoriedade dos atos administrativos.

<sup>3</sup> Em setembro de 2010 o PLS encontrava-se na CCJC do Senado.

Na Câmara dos Deputados existem dois projetos que tramitam em conjunto<sup>4</sup>. O primeiro – PL 2412/07 – é da autoria do Deputado Régis Fernandes de Oliveira. O segundo – 5080/09 – foi proposto pelo Executivo por meio do Ministério da Fazenda, com endosso da Advocacia Geral da União. Seu maior defensor era o então Procurador Geral da Fazenda Nacional, Luís Inácio Lucena Adams, atual Advogado Geral da União<sup>5</sup>.

Os projetos são polêmicos. As discussões em torno das propostas se desenvolvem sob forte carga emocional, o que afasta qualquer imparcialidade das conclusões<sup>6</sup>.

O objetivo do presente texto é apresentar brevemente aquela que é considerada a proposta mais abrangente e audaciosa e que teve origem no próprio poder executivo federal.

Comentar um projeto de lei é uma empreitada arriscada já que seus dispositivos ainda precisam percorrer longo e incerto trâmite legislativo. Para minimizar este risco, buscamos destacar as principais ideias que sustentam a proposta evitando, sempre que possível, a literalidade dos dispositivos.

## **2. Projeto de lei 5080/09 – Exposição de motivos<sup>7</sup>.**

O projeto apresentado pela PGFN tem a pretensão de superar as dificuldades encontradas na cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa por meio do atual modelo de execução fiscal restrito à esfera judicial.

Como principal causa da morosidade enfrentada cita-se a "alta dose de formalidade de que se reveste o processo judicial" (§ 2º da Exposição de Motivos). Também foi destacado que apenas uma fração muito pequena das execuções fiscais são embargadas ou atacadas por meio de exceção de pré-executividade (§8º).

Inserindo o projeto num contexto que envolve as "graves distorções nos mercados" e o dano à livre concorrência causado pela ineficácia da cobrança da dívida ativa, os autores buscam ressaltar os seguintes pontos no que diz respeito à ampla defesa, devido processo legal e acesso ao judiciário (§26):

- 1) a desnecessidade de garantir o crédito para impugnar a execução no judiciário;
- 2) maior prazo para apresentação dos embargos (até noventa dias contados da notificação da inscrição em dívida ativa);
- 3) possibilidade de apresentar, no âmbito administrativo, impugnação de pré-executividade;

---

<sup>4</sup> Em setembro de 2.010 ambos encontravam-se na CCJC da Câmara, aguardando realização de audiência pública.

<sup>5</sup> O texto proposto pelo Ministério da Fazenda pertence a um conjunto de projetos de modernização tributária. Dele fazem parte os PL 5081/09 e 5082/09 que tratam, respectivamente, de disposições relativas à prestação de garantias em acordos perante a PGFN e da instituição da chamada "Lei Geral de Transação Tributária".

<sup>6</sup> Como exemplo, citamos os textos apresentados no XXXIII Simpósio Nacional de Direito Tributário, realizado em 2008 (Execução fiscal. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Pesquisas tributárias - Nova Série - 14 - Execução Fiscal. São Paulo: CEU/RT, 2007).

<sup>7</sup> Íntegra disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/648721.pdf>. Acessado em: 25 set. 2.010.

4) a constrição de bens pela Administração só ocorre após o executado deixar de apresentar garantia no prazo de sessenta dias da respectiva notificação; e

5) possibilidade de o executado requerer e obter do juízo federal liminar para suspender o curso da execução.

A nosso ver, estes pontos não resolverão os problemas atuais enfrentados na cobrança por meio da Lei 6.830/80 uma vez que apenas transferem atividades atualmente desenvolvidas em juízo para a Administração.

Também não fica claro na exposição ou no texto do projeto quais são as formalidades que envolvem o processo e que poderão deixar de ser observadas pelo Executivo. Este ponto, aliás, já suscita dúvidas: existiria alguma formalidade exigida no contexto atual e que poderia ser dispensada exclusivamente por ser o ato executado pela Fazenda e não mais pelo juízo? E por que não eliminá-la simplesmente da execução “judicial”?

Neste ponto lembramos lição proferida em outro contexto, mas plenamente aplicável ao caso:

“Por princípio, o processo não deve conter formalidades inúteis. A existência de formalidades que possam ser suprimidas em prol da celeridade do processo e sem prejuízo para os seus fins não condena as formalidades em si, nem valoriza a informalidade; simplesmente condena o que é inútil; o que tanto vale para o processo judicial como para qualquer outro”<sup>8</sup>.

Ao contrário do proposto, a quantidade de incidentes administrativos previstos sugere que o projeto, se aprovado, ao invés de simplificar o curso da execução poderá aumentar em muito o uso de mandado de segurança, o que deverá contribuir para uma maior morosidade. Para justificar a assertiva, basta citar o disposto no art. 7º do projeto.

Art. 7º A contar da notificação, o devedor poderá arguir, no prazo de trinta dias, fundamentadamente, sem efeito suspensivo, perante a Fazenda Pública, o pagamento, a compensação anterior à inscrição, matérias de ordem pública e outras causas de nulidade do título que possam ser verificadas de plano, sem necessidade de dilação probatória.

Parágrafo único. A rejeição de qualquer dos fundamentos da arguição pela Fazenda Pública não impede a sua renovação em sede de embargos à execução."

No *caput* do artigo prevê-se uma espécie de exceção de pré-executividade de índole administrativa. Seu objeto é restrito a questões de ordem pública e que não exijam dilação probatória, campo fértil para mandado de segurança. A decisão (irrecorrível) que afastar as alegações trazidas certamente será levada ao Poder Judiciário por meio de mandado de segurança.

---

<sup>8</sup> BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame in Teses Estudos e pareceres de processo civil*, vol. 1. São Paulo: RT, 2005.

Outra previsão polêmica que certamente ensejará mandado de segurança preventivo é a possibilidade de penhora pelo sistema Bacen-Jud, mas a cargo da Administração (art. 15 e 17 do projeto).

A proposta também se apoia no direito estrangeiro. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no encaminhamento do anteprojeto ao Ministério da Fazenda, cita experiências da França e dos Estados Unidos da América<sup>9</sup>, dentre outros países.

De fato é possível encontrar experiências no direito estrangeiro que se aproximam muito da proposta, algumas, até, indo além. Analisar até que ponto estas experiências podem ser aproveitadas no Direito Brasileiro excede o propósito deste texto e não será aqui tratado<sup>10</sup>.

### **3. Execução fiscal “administrativa”<sup>11</sup>**

O projeto pretende dispor “sobre a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública”. O primeiro ponto que merece destaque é sua facultatividade para a Fazenda Pública Municipal e sua obrigatoriedade para a Fazenda Nacional e para os Estados e Distrito Federal<sup>12</sup>.

Em outras palavras, será permitido a cada município (assim como para suas respectivas autarquias e fundações pública) optar ou não por sua aplicação, sopesando suas vantagens e desvantagens. O texto foi, contudo, omissivo quanto à extensão da opção – poderia ela ser feita caso a caso? A Fazenda Municipal interessada talvez queira adotar o modelo administrativo para as cobranças que considere mais expressivas deixando o volume maior de execuções seguir o rito da Lei 6.830/80. Seria possível? Parece que sim.

O art. 35 do projeto<sup>13</sup> prevê que a lei se aplica às execuções em curso na data da entrada em vigor, desde que não embargadas, e às instauradas após. Foi então estabelecido um marco que delimita temporalmente a opção para as execuções em curso que, obviamente, deverá ser feita caso a caso. Assim, se a lei permitiu – sem oitiva do executado, ressalte-se – que o exequente opte por mudar o rito da execução em seu curso, por que não permitiria a escolha caso a caso desde o início?

Em linhas gerais o processo administrativo de execução começa com a inscrição do débito em dívida ativa e com sua conseqüente notificação do devedor.

O art. 3º do projeto começa a delimitar a abrangência dos atos que podem ser executados pela Fazenda Pública<sup>14</sup>. Em síntese só serão realizados os atos prévios à

---

<sup>9</sup> Ofício nº 624 PGFN /PG, disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2007/r150307d-oficio-624-PGFN.pdf>> Acessado em: 25 set. 2010.

<sup>10</sup> Para uma visão ampla sobre o tema sugerimos GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>11</sup> Aqui abrimos um parêntesis para destacar que em nenhum momento é afirmado que a proposta pretenda criar uma execução de índole administrativa. Retomaremos o assunto adiante.

<sup>12</sup> A obrigatoriedade para Estados e Distrito Federal se imporá após cinco anos da entrada em vigor da lei – art. 37.

<sup>13</sup> Art. 35. Esta Lei aplica-se às execuções fiscais não embargadas na data de sua vigência e àquelas que forem instauradas após a mesma data.”

<sup>14</sup> Art. 3º. Os atos de constrição preparatória e provisória serão praticados pela Fazenda Pública credora, cabendo seu controle ao Poder Judiciário, na forma prevista nesta Lei.

expropriação dos bens que deverá ocorrer em juízo. O art. 13 do projeto<sup>15</sup> dispõe claramente que caberá à Fazenda promover o ajuizamento da execução fiscal em até 30 dias contados da primeira constrição, salvo se ocorrer sobre ativos financeiros, caso em que o prazo é reduzido a três dias (art. 17 e seu §1º)<sup>16</sup>.

Temos então que será ônus da Fazenda localizar o devedor e notificá-lo validamente a respeito da inscrição, assim como localizar bens suficientes para a satisfação de seu crédito. Apenas depois de ter superado esses obstáculos poderá levar a cobrança ao Poder Judiciário.

O projeto prevê duas espécies de constrição. A primeira, dita preparatória, ocorre no curso normal da cobrança decorrido o prazo de 60 dias contados da notificação e desde que o devedor não tenha praticado uma das três condutas possíveis que o projeto lhe oferece (art. 5º): pagamento (inc. I), solicitar parcelamento (inc. II), prestar garantia integral por meio de depósito administrativo, fiança bancária ou seguro-garantia (inc. III).

A segunda espécie de constrição é chamada de provisória e pode ocorrer posteriormente à propositura da execução fiscal. Será aquela decorrente de reforço da constrição preparatória realizada ou sua substituição<sup>17</sup>, preenchidos os requisitos do art. 17 do projeto.

Por certo, ambas estão sujeitas a controle judiciário.

O projeto não define o que deve ser entendido como “constrição”, mas a leitura de seus dispositivos leva a crer que se trata de verdadeira penhora, conquanto condicionada à confirmação judicial.

Primeiro, verificamos que, conforme o §7º do art. 2º, a Certidão da Dívida Ativa será título apto para registro da constrição preparatória em cartórios em geral.

Segundo, o projeto confere à constrição preparatória eficácia típica de penhora. Vejamos o texto dos §§2º e 3º do art. 9º:

“§2º Efetivada a constrição preparatória, resta vedada a alienação ou a constituição de ônus sobre o bem ou direito objeto da constrição pelo prazo de cento e vinte dias, sem prejuízo do disposto no art. 185 da Lei no 5.172, de 1966.”

“§3º Decorrido o prazo do §2º sem a convolação da constrição preparatória ou da provisória em penhora ou arresto, por parte da

---

<sup>15</sup> Art. 13. A Fazenda Pública deverá providenciar o ajuizamento da execução fiscal, ressalvado o disposto no § 1º do art. 17, no prazo de trinta dias, contados da efetivação da primeira constrição.

<sup>16</sup> Art. 17. A constrição preparatória ou provisória de dinheiro em conta bancária, ou em quaisquer aplicações financeiras, que não poderá exceder o montante em execução, será efetivada pela Fazenda Pública, que a determinará, por intermédio da autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio informatizado.

§ 1º A Fazenda Pública deverá ajuizar a execução fiscal três dias após a realização da constrição preparatória sobre dinheiro, sob pena de ineficácia imediata da constrição.

<sup>17</sup> Art. 15. A Fazenda Pública poderá, no interesse da eficácia da execução, promover diretamente o reforço da constrição preparatória insuficiente e a substituição de bens objeto de constrição por outros, obedecida a ordem enumerada no art. 655 da Lei no 5.869, de 1973.

autoridade judiciária, os órgãos de controle e registro de bens e direitos deverão promover automaticamente a desconstituição da constrição, comunicando imediatamente esse ato ao SNIPC<sup>18</sup>, preferencialmente por meio informatizado.”

A convalidação da constrição preparatória em penhora é um efeito do despacho judicial que defere a petição inicial e que determina a citação do devedor na execução fiscal proposta (art. 13, §7º, inc. II)<sup>19</sup>.

Ou seja, materialmente o ato de constrição equivale a uma penhora, porém os efeitos decorrentes são provisórios e só se tornam definitivos quando a constrição é efetivamente convalidada em penhora por ato do juízo e no prazo consignado.

Previsão que certamente suscitará discussão é a do §5º do art. 13<sup>20</sup> segundo a qual o âmbito de cognição *ex officio* do juiz sobre a constrição provisória é restrito à verificação de impenhorabilidade de bens e excesso de garantia. Qualquer outro ponto exigiria que fosse suscitado pela parte.

Uma dúvida que surge envolve saber se o juiz poderá questionar a validade da notificação de inscrição. A omissão no texto sugere que a resposta seja negativa. Com efeito, se entendermos de forma diferente, justificando a resposta positiva na possibilidade de conhecimento de ofício de qualquer matéria de ordem pública, seria necessário admitir que o juiz pudesse instaurar verdadeira correição em todo o processo de lançamento fiscal.

Como já afirmado, com a notificação de inscrição o devedor poderá, se assim desejar, arguir em até 30 dias a extinção da dívida por pagamento ou compensação anteriores, além de matérias de ordem pública ou que levem à nulidade do título. Estas últimas são condicionadas à sua demonstração de plano e sem necessidade de dilação probatória.

Importante destacar que a arguição descrita não suspenderá o prazo de 60 dias que condiciona os atos de constrição preparatória citados.

A natureza administrativa da instância fica evidente quando se afirma no parágrafo único do art. 7º que “A rejeição de qualquer dos fundamentos da arguição pela Fazenda Pública não impede a sua renovação em sede de embargos à execução.”. Se diferente fosse, o projeto veicularia inconstitucionalidade evidente.

Como se conclui facilmente, o *caput* do artigo prevê uma espécie de exceção de pré-executividade de índole administrativa. O prazo inferior aos 60 dias conferidos pelo art. 5º impede o uso protelatório do expediente já que não possui efeito suspensivo.

A constrição preparatória poderá ser reforçada ou substituída após a propositura da execução fiscal (cf. art. 15, já citado). O reforço e a substituição poderão ser realizados pela Fazenda Pública e comunicados ao juízo em até cinco dias para que não percam a eficácia. A previsão importa em reconhecer que as atividades persecutórias de natureza

---

<sup>18</sup> Trata-se do Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes – SNIPC e que será abordado adiante.

<sup>19</sup> Art. 13, § 7º, O despacho do juiz que deferir a inicial importa em ordem para, preferencialmente por meio eletrônico:...II - convalidação da constrição preparatória em penhora ou arresto

<sup>20</sup> Art. 13 § 5º O juiz não se pronunciará de ofício acerca da validade da constrição preparatória ou seu reforço, salvo quando: I - a constrição recair sobre bem impenhorável; e II - houver evidente excesso de garantia.

administrativa não se exaurem com a propositura da execução e, mesmo após, prescindem de autorização judicial.

Outro dispositivo do projeto muito criticado é o já citado art. 17 e que conferirá à Fazenda exequente a possibilidade de constrição direta de dinheiro em conta bancária ou em qualquer outra aplicação financeira.

O artigo prevê que a constrição provisória (ou preparatória) poderá ser realizada diretamente pela Fazenda Pública (BACEN-Jud pela Fazenda). Além da redução de prazo para propositura da execução fiscal, há também a exigência de comunicação do ajuizamento tempestivo à autoridade supervisora do sistema bancário.

A principal polêmica que deve surgir aqui envolve a atribuição de um enorme poder à Fazenda Pública. Isto porque a possibilidade de "constrição on line" persistirá mesmo após a propositura da execução fiscal (agora como constrição provisória, nos termos do art. 15).

As prerrogativas da Fazenda não são ilimitadas já que não será possível a efetivação da constrição preparatória ou provisória sobre faturamento de empresa. Para esta hipótese será exigido que haja pedido formulado ao juiz com arbitramento do percentual para penhora<sup>21</sup>.

A notificação da inscrição teria, segundo o §10º do art. 5º, o efeito de interromper a prescrição, "nos termos de lei complementar". Esta condição, contudo, não será aplicável às dívidas de natureza não tributária já que para elas não vige a reserva legal prevista pelo art. 146, inc. III, alínea b, da Constituição Federal.

O art. 20 e seus §§ tratam da suspensão da cobrança na falta de bens. Enquanto não for possível efetivar a constrição preparatória, a autoridade administrativa responsável deverá "suspender" o ajuizamento da execução fiscal<sup>22</sup>. Por certo não se trata de suspensão do ajuizamento como parece indicar o texto já que a constrição preparatória acaba por ser verdadeira condição para propositura da execução fiscal perante o juízo competente<sup>23</sup>. O texto apenas reforça que a propositura da execução fiscal exige que haja bens previamente identificados para responder pelo débito.

Os autos do processo administrativo deverão ser arquivados após um ano da notificação da inscrição caso não tenham sido localizados bens aptos a suportarem a constrição preparatória<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Art. 18 A Fazenda Pública poderá solicitar ao juiz competente para a execução fiscal que arbitre o percentual do faturamento da empresa devedora que poderá ser penhorado.

<sup>22</sup> Art. 20. A autoridade administrativa legalmente incumbida de promover a execução fiscal suspenderá o ajuizamento da execução enquanto não forem localizados bens, inclusive dinheiro, renda ou faturamento, sobre os quais possa recair a constrição preparatória.

<sup>23</sup> Esta disposição certamente oferecerá aos processualistas oportunidade para discussões teóricas, sobretudo num contexto em que as condições da ação classicamente consideradas são revisadas no bojo da reforma do Código de Processo Civil.

<sup>24</sup> Art. 20, § 1º Decorrido o prazo máximo de um ano contados da notificação de que trata o art. 5º, sem que sejam localizados bens, a autoridade administrativa ordenará, fundamentadamente, o arquivamento dos autos do processo administrativo.

Caso sejam encontrados bens, a cobrança deverá prosseguir com desarquivamento dos autos<sup>25</sup>, desde que não tenha decorrido o prazo prescricional. Por certo, o uso da expressão “prescrição intercorrente”<sup>26</sup> faz alusão ao intervalo de tempo decorrido pós-notificação de inscrição.

O acesso ao Poder Judiciário mereceu atenção na proposta apresentada.

Art. 22 O devedor poderá impugnar os atos praticados pela Fazenda Pública, no prazo de quinze dias, contados da data da ciência, mediante petição nos autos da execução fiscal ou, se esta não houver sido ajuizada, por meio de petição que correrá em apenso aos autos dos embargos à execução, se houver, apresentando pedido fundamentado de sustação ou adequação da constrição preparatória, provisória ou averbação administrativa, enquanto perdurarem seus efeitos.

O art. 22 possui uma redação extremamente confusa que certamente gerará insegurança caso não venha a ser revisada. As dúvidas poderão se formar em torno dos atos passíveis de impugnação, do que poderá ser alegado e da forma pela qual deverá ser feita.

Enquanto o *caput* parece prever uma regra de impugnabilidade geral dos atos praticados pela Fazenda Pública, em 15 dias de sua ciência, seu final já parece restringir aos atos de constrição. Seria possível impugnar o ato de julgamento previsto no art. 7º? Uma interpretação sistemática indica que não, já que há previsão naquele artigo da possibilidade de renovação das questões "em sede de embargos".

E o julgamento da impugnação à avaliação dada ao bem pelo Oficial da Fazenda (art. 11, §3º)<sup>27</sup>? Aqui a questão é mais complicada. Naquele dispositivo consta que a renovação da questão no judiciário tem seu prazo contado da citação na execução fiscal ou nos embargos. Há contradição com o previsto no art. 22 já que a questão parece se enquadrar na expressão "adequação da constrição". Caberá ao Poder Judiciário estabelecer estes limites.

Quanto ao que poderá ser alegado, consta no §5º limitação ao que se puder provar documentalmente<sup>28</sup> e seu §6º afasta a possibilidade da impugnação "versar sobre a liquidez ou existência do débito."<sup>29</sup> Ou seja, seu objeto seria ainda mais restrito do que a “exceção de pré-executividade administrativa” prevista no art. 7º, já que nela será possível, por exemplo, alegar-se pagamento anterior.

---

<sup>25</sup> Art. 20, § 2º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, bens, os autos do processo administrativo serão desarquivados e será dado prosseguimento à cobrança.

<sup>26</sup> Art. 20, § 3º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, a autoridade administrativa poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

<sup>27</sup> Art. 11 § 3º Na hipótese de o órgão de cobrança não acolher a impugnação, o devedor poderá renová-la em juízo no prazo de quinze dias, contados da citação efetuada após o ajuizamento da execução ou nos embargos previstos no § 3º do art. 23.

<sup>28</sup> § 5º A impugnação será rejeitada liminarmente se for protelatória ou se não estiver instruída com a documentação necessária à comprovação, de plano, do alegado pelo executado, não sendo admitida a dilação probatória.

<sup>29</sup> § 6º A impugnação de que trata este artigo não poderá versar sobre a liquidez ou existência do débito objeto da execução.

Certamente esta interpretação não será acolhida pelo Poder Judiciário. A prática da execução fiscal de hoje leva a crer que, à forma da exceção de pré-executividade, tudo aquilo que puder ser comprovado documentalmente e envolver a existência do título poderá ser discutido.

A forma desta impugnação não é menos complexa. Enquanto o *caput* do art. 22 leva a crer que a impugnação pode ser apresentada incidentalmente à execução fiscal ou correr em apenso a seus embargos, o §1º do dispositivo, em confusa redação, afirma:

§ 1º Quando não houver execução ou embargos ajuizados, o prazo para a impugnação contará da citação realizada na execução, sendo facultado ao devedor ajuizar, desde logo, sua impugnação, que será distribuída ao juiz competente para a execução fiscal, que será considerado prevento.

A dúvida que surge é saber em que condições poderá haver citação da execução antes de seu ajuizamento. A parte final do parágrafo sugere que o texto deva ser interpretado no sentido de permitir ao devedor que apresente sua impugnação antes mesmo da propositura da execução fiscal, já que, após, não há que se falar em prevenção do juízo com a impugnação<sup>30</sup>.

Temos então três possibilidades em função do curso do andamento da cobrança:

1. impugnação incidental na execução - mediante petição naqueles autos - art. 22, *caput*;
2. impugnação autônoma de atos anteriores aos embargos - art. 22, §1º;
3. impugnação autônoma de atos posteriores aos embargos - em apenso aos embargos - art. 22, *caput*.

O processamento da impugnação será feita de forma autônoma, quando não existirem execução ou embargos, ou em apenso aos embargos, caso existentes. É preciso destacar que a propositura dos embargos não exige a existência de execução. De fato, embora o *caput* do art. 23 preveja um prazo preclusivo<sup>31</sup>, seu §3º faculta o uso do expediente desde o recebimento da notificação da inscrição<sup>32</sup>. O que, em si, já deverá tornar raro o expediente da impugnação.

Teremos então duas espécies de embargos: anteriores e posteriores à execução.

Os tradicionais embargos à execução seguem o modelo do CPC, sem a exigência de penhora prévia e com efeito suspensivo condicionado à demonstração de fundamentação adequada e risco de dano irreparável ou de difícil reparação<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Para todos os efeitos a prevenção do juízo será efeito da propositura da própria execução fiscal.

<sup>31</sup> Art. 23. O executado poderá opor embargos em trinta dias, contados do recebimento da citação realizada na execução.

<sup>32</sup> Art. 23 3º É facultado ao executado opor embargos à execução a partir da notificação de que trata o art. 5º.

<sup>33</sup> Art. 25 § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, em decisão fundamentada, determinar a suspensão da prática dos atos de execução, independentemente de garantia, desde que, sendo relevantes os fundamentos dos embargos, o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

Já os embargos anteriores são, nos termos da lei, facultativos e podem ser propostos a partir da notificação de inscrição.

A interpretação sistemática da lei nos leva a concluir que o lançamento pode ser levado ao controle judicial por meio de embargos após a notificação da inscrição e até 30 dias da citação. A defesa será concentrada, como se conclui do §2º do art. 23<sup>34</sup>.

A previsão do §4º do art. 23 que confere presunção absoluta de veracidade à CDA quando não houver propositura de embargos e que veda novas alegações visando a extinção do débito, salvo as previstas nos inc. I a III, deve ser interpretada restritivamente, e em termos<sup>35</sup>.

O prazo final para embargos é apenas o termo que encerra a possibilidade do devedor suspender o curso da execução, se o caso, mediante alegações no próprio juízo executivo, salvo as exceções da lei. De maneira alguma significa que a presunção relativa de veracidade da qual goza a CDA se torna absoluta.

O devedor poderá levar a dívida ao controle judicial por meio de ações autônomas, cuja previsão reside no art. 26<sup>36</sup>, mesmo após o decurso do prazo de 30 dias do art. 23. Entender de forma diferente configuraria nítida restrição de acesso ao judiciário. Assim, não há que se falar em presunção absoluta de veracidade para a CDA.

Em termos de ações autônomas, fica evidente que o projeto não pretendeu limitar o acesso ao Poder Judiciário nos moldes do art. 38 da Lei 6.830/80 já que não veicula as mesmas restrições.

As disposições que talvez sejam mais efetivas para conferir concretude à execução são as relativas à criação do SNIPC - Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes.

Este sistema ficará sob responsabilidade do Ministério da Fazenda e conterà “bases de informação patrimonial de contribuintes, contemplando informações sobre o patrimônio, os rendimentos e os endereços, entre outras.”<sup>37</sup>.

Esta imensa base de dados poderá ser utilizada por todos os entes federados mediante convênio. Como o fundamento do compartilhamento de informações provém da Constituição Federal (art. 37, XXII), seu uso pelos municípios prescindirá da opção prevista no art. 1º.

---

<sup>34</sup> Art. 23 § 2º Não serão admitidas a reconvenção e a compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimento, serão arguidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.

<sup>35</sup> Art. 23 §4º Quando o executado deixar de oferecer embargos tempestivos, a certidão de dívida ativa passará a gozar de presunção absoluta de veracidade, não se admitindo novas alegações tendentes à extinção do débito, exceto quando....

<sup>36</sup> Art. 26. Quando o devedor se opuser à inscrição em dívida ativa ou à execução por meio de ação autônoma, será ela distribuída ao juiz competente para conhecer da execução fiscal e dos embargos, que restará preventivo.

<sup>37</sup> Art. 4º §1º Fica o Poder Executivo autorizado a instituir Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes - SNIPC, administrado pelo Ministério da Fazenda, inclusive com base nas informações gerenciadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, organizando o acesso eletrônico às bases de informação patrimonial de contribuintes, contemplando informações sobre o patrimônio, os rendimentos e os endereços, entre outras.

O SNIPC efetivamente concretiza o preceito do inc. XXII do art. 37 no que diz respeito ao “compartilhamento de cadastros e informações fiscais”. Embora já existam convênios neste sentido, a inovação se encontra na centralização das informações que deverá possibilitar maior robustez aos dados.

Outra novidade que consta no projeto é a obrigatoriedade de compartilhamento de informações de entidades privadas “que por obrigação legal operem cadastros e controles de operações de bens e direitos” (art. 4º, §2º). O limite deste compartilhamento à vista do sigilo fiscal dos contribuintes é um ponto que ficou pouco claro no texto.

#### **4. Conclusões**

As conclusões de um estudo cujo objeto é um projeto de lei acabam por seguir um de dois caminhos: ora a constitucionalidade da proposta, ora sua aptidão para atingir os fins aos quais se destina.

No presente estudo buscamos destacar as principais ideias veiculadas na proposta tendo em vista aqueles que consideramos serem os principais problemas da execução fiscal nos moldes da Lei 6.830/80: localizar o devedor e seus bens.

A proposta não combate aquela que parece ser a principal causa dos problemas: a histórica desproporcionalidade dos recursos do Poder Judiciário para gerir um volume imenso de executivos fiscais. Ao invés de buscar corrigir a situação buscou-se transferir a competência para realização dos principais atos materiais da execução para a esfera administrativa.

Também não se pretende criar uma execução fiscal “administrativa” como afirmam seus críticos com declarado objetivo de desqualificação da ideia. O que se propõe é a criação de uma fase administrativa prévia à propositura da execução fiscal, na sequência da inscrição.

Caberá à Fazenda diligenciar para localizar o devedor, o que se fará mediante a notificação da inscrição. Neste ponto as disposições dos §§1º e 2º do art. 6º da proposta serão de extrema importância, já que consolidam normas e princípios a respeito da validade da notificação e da obrigatoriedade de atualização cadastral<sup>38</sup>.

Também caberá à Fazenda localizar bens aptos à satisfação de seu crédito. Só depois de localizados poderemos entrar na fase judicial da cobrança. Isto se o devedor não buscar o socorro do Poder Judiciário por meio de embargos anteriores, já que lhe serão facultados.

A criação desta fase administrativa não parece ser a efetiva solução do problema já que, sem a criação de uma estrutura adequada no âmbito de Administração, estará sujeita aos mesmos obstáculos enfrentados no modelo da Lei 6.830/80.

Se assim for, a proposta apenas revela o objetivo da União e dos Estados de investirem na administração tributária para aparelhá-la para as tarefas que lhe serão impostas. Este objetivo deve ser pressuposto também para os Municípios que optarem pela via mista.

---

<sup>38</sup> § 1º Presume-se válida a notificação dirigida ou entregue no endereço informado pelo devedor à Fazenda Pública, a partir da prova de seu recebimento.

§ 2º Cumpre ao devedor atualizar o seu endereço e informá-lo à Fazenda Pública quando houver modificação temporária ou definitiva.

Uma consequência da proposta é que não mais se poderá imputar a lentidão da execução fiscal à inércia do Judiciário. A prescrição “intercorrente” será uma medida da ineficácia da Fazenda Pública de se desincumbir do ônus de localizar o devedor e seus bens.

Todavia, cremos que a verdadeira inovação que tem o potencial de revolucionar a execução da dívida ativa é a criação no SNIPC com efetiva centralização da gestão e compartilhamento de informações. Uma base de dados coesa e atualizada com certeza reduzirá os esforços da angustiante tarefa de localização do devedor assim como de seus bens.

E esta medida é autônoma em relação às demais mudanças propostas.

No que diz respeito à constitucionalidade do projeto, segunda via possível para as conclusões, só podemos lançar algumas conjecturas.

A questão primordial envolvida é saber se as atividades transferidas à Administração possuem natureza jurisdicional, situação esta que inviabilizaria todo o projeto.

O raciocínio dos críticos do projeto parte da realização da constrição preparatória pela Fazenda, ato que importaria em redução do poder de disposição intrínseco ao direito de propriedade e que, por não emanar de autoridade judicial, ofenderia o princípio do devido processo legal.

Cremos que há duas questões prévias que precisam ser respondidas: a penhora é, intrinsecamente, um ato jurisdicional? A outra envolve delimitar o conceito de devido processo legal no contexto da execução.

Com relação à primeira questão, ensina Cândido Rangel Dinamarco que a penhora é ato pelo qual se individualiza o bem que responderá pela execução. O bem penhorado sairia da condição abstrata imposta pela responsabilidade patrimonial e se tornaria constricto, ou, nas palavras do mestre:

“concretamente sujeito à autoridade do juiz em relação a determinado crédito. Bem constricto é bem sobre o qual se impõe uma sujeição, ficando o titular impedido de exercer sobre ele qualquer ato capaz de subtraí-lo à autoridade do juiz.”<sup>39</sup>

A proposta apresenta um mecanismo pelo qual a constrição preparatória que leva à individualização do bem, por ser promovida pela Fazenda Pública, possui eficácia temporalmente limitada e permite que o devedor a combata em juízo. Este modelo já revela preocupação com eventual prejuízo aos direitos do devedor.

O modelo de execução fiscal da Lei 6.830/80 não exige da Fazenda nenhuma cautela na indicação do bem à penhora, deixando ao devedor o ônus de demonstrar a forma que lhe será menos gravosa (seja voluntariamente, antes da penhora propriamente dita, seja oferecendo bem em substituição).

Ou seja, ambos os modelos permitem que a Fazenda indique o bem a ser penhorado. O que talvez cause maior surpresa na proposta é que esta indicação ocorra e se efetive, mesmo que provisoriamente, antes da citação. O erro do raciocínio reside no fato de

---

<sup>39</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. 4. 3ª Ed. São Paulo: 2009. Pág. 599 e ss.

que a legitimidade da constrição preparatória não se apoia na citação, mas nos efeitos conferidos pela lei à notificação de inscrição.

Este parece ser um caminho apto a demonstrar a constitucionalidade da proposta considerada em abstrato.

Quanto ao que se deve entender por devido processo legal na execução, não podemos deixar de mencionar que o STF já considerou válido sob a égide da Constituição Federal vigente um procedimento administrativo de execução muito mais agressivo do que a proposta apresentada pela Fazenda Nacional. Trata-se da execução extrajudicial prevista no Decreto Lei 70/66.

Este diploma foi considerado constitucional em 1.998 pelo STF no julgamento do Recurso extraordinário nº 223.075-1/DF em 1998. Embora a formação da Corte tenha se alterado desde então, seu entendimento continua o mesmo<sup>40</sup>.

Recentemente foi reconhecida repercussão geral na mesma discussão no RE 627.106/PR. Seu julgamento será determinante para o futuro da proposta aqui discutida.

---

<sup>40</sup> RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Execução extrajudicial. Decreto-Lei nº 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. (AI 678256 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07 PP-01659)



**PREFEITURA DA CIDADE DE**  
**SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 11ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA  
DA COMARCA DE SÃO PAULO-SP**

**Autos nº 053.09.025315-1**

Requerentes: **CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, DISTRITAIS NORTE,  
SUL, LESTE, OESTE E CENTRAL**

O **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, por seu Procurador, nos autos da ação de conhecimento sob o rito ordinário em epígrafe, vem respeitosamente apresentar **CONTESTAÇÃO**, impugnando a demanda pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expendidos.

- **DA AÇÃO**

As entidades corporativas supraidentificadas propõem “ação declaratória de ineficácia de lei c.c anulatória de ato jurídico” em face do Município de São Paulo, com o explícito objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei municipal 13.707, de 7 de janeiro de 2004, que instituiu, no âmbito desta Comuna, o feriado do Dia da Consciência Negra, nos dias 20 de novembro.

Sustentam o pedido, típico de ação reservada ao controle abstrato de leis, na alegada incompetência do legislador municipal para dispor sobre



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

feriados, matéria afeta ao Direito do Trabalho, no que exorbitar dos limites definidos pela Lei federal 9.093/95, cujo art. 2º faculta aos Entes federativos de menor abrangência tão-somente a instituição de feriados religiosos, em número igual ou inferior a quatro, computada a Sexta-Feira da Paixão.

Arguem ofensa ao art. 22, I da Constituição Federal e ao art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Colacionaram julgados de tribunais da Justiça especializada, acerca de leis idênticas editadas noutros Municípios.

Assuem estar postulando a anulação de lei como objeto principal da demanda, resultado que acreditam possível se circunspecto à esfera das partes.

Requereram a antecipação da tutela, para a imediata "suspensão dos efeitos do feriado" do ano corrente, deferida liminarmente por este MM. Juízo *a quo*.

A decisão, porque equiparada à medida cautelar prevista no rito das ações diretas de inconstitucionalidade pela Lei federal 9.868/99, acabou suspensa no bojo de Agravo de Instrumento interposto pela Municipalidade, noticiado nos autos e pendente de julgamento colegial.

Golpeada a eficácia e ameaçada a vigência de ato normativo gestado em sua autonomia política, no concerto de seus Poderes, arautos da vontade de seus cidadãos, o Município de São Paulo vem promover a defesa da manifestação dos desígnios políticos, sociais e culturais de seu Povo, ora vergastada por entidades que, revestidas em fins meramente civis, trazem à retaguarda influentes interesses econômicos, cuja prevalência perseguem mesmo às custas do interesse público local.

- **PRELIMINARMENTE**

### **I - inadequação da via eleita**

A ação proposta veicula explícito pedido de anulação de lei municipal com supedâneo em alegação de inconstitucionalidade, sem que esta se faça meramente prejudicial a objeto distinto, de caráter principal. Assim, encerra em seu bojo a inescindível finalidade de expungir, pura e simplesmente, o ato normativo do ordenamento jurídico.

Questionada em tese a validade da lei, e não como fundamento de pretensão concreta, evidencia-se a natureza de representação de inconstitucionalidade de lei municipal. Ainda que posta de lado a questão atinente à legitimação das entidades requerentes para o manejo de ações dessa natureza<sup>1</sup>, resta configurada a **competência privativa do Tribunal de Justiça** para seu processo e julgamento, a teor do disposto no art. 125, § 2º da Constituição Federal e no art. 74, VI da Constituição Bandeirante.

Consoante se admite na própria Exordial, a anulação de lei municipal insere-se na competência da Justiça Estadual Comum – muito embora se invoquem arestos do Tribunal Regional do Trabalho, como se verá. Ocorre que o órgão perante o qual deveria ter sido apresentada a demanda não era uma das Varas da Fazenda Pública da Capital, e sim o próprio Tribunal de Justiça. Mais que simples equívoco, o endereçamento ao órgão de 1º grau revela estratégia urdida para a obtenção facilitada da medida liminar que, no âmbito do controle abstrato, é condicionada à maioria absoluta dos votos do Órgão Especial ou Plenário pelo art. 10 da Lei 9.868/99. O artifício, utilizado pelas requerentes em vários dos Municípios em que seus associados mantêm atividades, tem sido repellido por esta Corte, como ilustram os julgados em anexo.

---

<sup>1</sup> Refutada pelo Juízo de Diadema-SP e por este Tribunal nos autos da Apelação nº 815.915.5/1-00, em anexo.



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

Deve este MM. Juízo, assim, valer-se da oportunidade constante do reexame dos pressupostos processuais (art. 267, § 3º) e reconhecer **de ofício** sua incompetência absoluta para examinar em tese a validade de lei local.

Não se concebia, aliás, pudesse o poder geral de antecipação, conferido a todos os órgãos jurisdicionais pelo art. 273, funcionar como **sucedâneo da medida cautelar típica da ação direta de inconstitucionalidade**. Apenas esta recebe do ordenamento brasileiro a eficácia paralisante da lei ou ato normativo municipal impugnado em face da Constituição Estadual, e apenas em sede de controle concentrado pelo Tribunal de Justiça pode ser deferida.

Não atrai a competência do Juízo de 1º grau nem torna adequada a via eleita o fato de as requerentes terem, em breve passagem, afirmado que *“a ação somente terá efeitos para as partes”*. Malgrada a assertiva, a ação assume, às escâncaras, natureza de representação de inconstitucionalidade em tese<sup>2</sup>, haja vista que:

1. a causa de pedir **não descreve ou impugna qualquer ato concreto** das autoridades municipais, mas tão-só a Lei 13.707 em seus efeitos gerais e abstratos;
2. o pedido é limitado à anulação da lei municipal, sem conter pedido de tutela a direito material específico da entidade ou de seus associados como objeto principal da ação;
3. **não há lide, no sentido de pretensão resistida, que contraponha, a algum direito do autor, certo comportamento, situação fática ou situação jurídica do réu**. A demanda não tem perfil de conflito subjetivo, portanto, mas de processo objetivo em que inexistem interesses individuais delimitados ou direitos subjetivos violados,

---

<sup>2</sup> Inclusive tendo as requerentes admitido, em outro trecho, que *“não estão as Proponentes requerendo a declaração de inconstitucionalidade da lei, em caráter incidental ou difuso...”*.



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

restringindo-se o objeto à aferição da conformidade de uma norma à norma superior. Do processo não resultará utilidade prática imediata para o autor (utilidade, se houver, será indireta ou mediata).

Destarte, vibrante a presença de todos os caracteres da representação de inconstitucionalidade e do processo afeito à jurisdição constitucional abstrata. Mesmo que os efeitos da sentença de procedência, caso se permita o desenrolar do processo, projetem-se *inter partes*, **não se admite a propositura de ação, perante órgão julgante de 1º grau, cujo único pedido seja a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.**

Se à jurisdição ordinária defere-se apenas o controle difuso, é forçoso que o pedido de invalidação de lei deva servir de antecedente lógico de um outro pedido, principal, operando a declaração *incidenter tantum*, restrita aos fundamentos da sentença, não ao dispositivo.

Neste sentido, é copiosa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

**“RECLAMAÇÃO. CONTROLE CONCENTRADO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AS AÇÕES EM CURSO NA 2. E 3. VARAS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO - OBJETO DA PRESENTE RECLAMAÇÃO - NÃO VISAM AO JULGAMENTO DE UMA RELAÇÃO JURÍDICA CONCRETA, MAS AO DA VALIDADE DE LEI EM TESE, DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO SUPREMO TRIBUNAL (ARTIGO 102-I-A DA CF). CONFIGURADA A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO PARA O CONTROLE CONCENTRADO, DECLARA-SE A NULIDADE "AB INITIO" DAS REFERIDAS AÇÕES, DETERMINANDO SEU**



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

**ARQUIVAMENTO, POR NÃO POSSUIREM AS AUTORAS  
LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA  
DE INCONSTITUCIONALIDADE.”** (Reclamação nº 434/SP,  
Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK  
Julgamento: 10/12/1994)

Formulado *sic et simpliciter* o pedido de anulação da lei em ação de feição comum, interpõe-se, entre a demanda e a tutela, um vácuo por demais extenso para ser transposto: a impossibilidade jurídica. Veda o ordenamento brasileiro que indivíduos ou pessoas jurídicas não legitimadas pelo art. 103 da Constituição Federal pleiteiem em juízo, diretamente, a invalidação de leis; o provimento jurisdicional que tem por objeto a retirada de ato legislativo do sistema jurídico é excepcional, não se possibilita senão no processo de natureza objetiva.

Imprópria a via escolhida para a insurgência contra a lei municipal, falece às requerentes um aspecto essencial do interesse de agir – a adequação do procedimento. Assim, não só em respeito ao pressuposto processual da competência, na modalidade absoluta (art. 267, IV), como também em atenção às condições da ação, uma vez não indeferida a Inicial na forma do art. 295 cumpre exarar a decisão correspondente, na presente fase do procedimento, extintiva do feito sem resolução do mérito.

**II – carência de objeto da ação: a Lei 13.707/04 encontra-se revogada**

Quer se qualifique como ação ordinária com pedido de declaração de invalidade de lei *incidenter tantum*, quer como representação de inconstitucionalidade disfarçada, a demanda, sob ambas as perspectivas, **carece de objeto.**



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

O reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei municipal 13.707/04 e sua anulação são pedidos integrantes do objeto da ação e este com aqueles mantém dependência lógica. A possibilidade e o interesse processual em sua realização, pois, erigem-se determinantes para a viabilidade do julgamento do mérito e a própria subsistência do feito.

Contudo, ao ingressarem em juízo tencionando infirmar a validade do referido ato normativo e lograr a cessação de sua eficácia, as requerentes não se deram conta de que este não mais sequer possui **vigência**.

**A LEI 13.707/04 ENCONTRA-SE REVOGADA PELA LEI 14.485 DE 19 DE JULHO DE 2007, QUE CONSOLIDA, NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, AS DATAS COMEMORATIVAS E FERIADOS ENTÃO PREVISTOS EM LEIS ESPARSAS.**

Em seu art. 9º, a Lei 14.485 expressamente institui o feriado municipal do Dia da Consciência Negra, como se observa da transcrição abaixo:

*"Art. 9º. Fica instituído o feriado municipal do Dia da Consciência Negra, a ser comemorado todos os dias 20 de novembro."*

Mais adiante, no dispositivo seguinte, o texto legal enuncia o conjunto dos feriados paulistanos, nele incluindo a data em apreço:

*"Art. 10. São considerados feriados no Município da Capital, para efeito do que determina o art. 2º da Lei Federal nº 9.093, de 12 de setembro de 1995, os dias 25 de janeiro, 02 de novembro, **20 de novembro**, sexta-feira da Semana Santa e Corpus Christi."* (grifos nossos)

Conquanto não declare revogada a lei a originalmente instituir tal feriado – como o fez em relação a outras tantas concernentes a datas



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

diversas – é indubitável ter a Lei 14.485/07 revogado-a **tacitamente**, na medida em que **dispôs exaustivamente acerca da mesma matéria**, ajustando-se à terceira forma ab-rogativa enumerada pelo art. 2º, § 1º do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), *litteris*:

*“Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*

*§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou **quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.** (grifos nossos)*

As próprias requerentes noticiam a existência da Lei 14.485 em sua causa de pedir (fl. 09), mas sem atinarem para sua eficácia extintiva da vigência da lei por cuja ineficácia propugnam. Indelével que lei revogada seja destituída de eficácia, mormente quando nenhuma ultratividade possua (inexistem fatos constituídos sob sua vigência que permaneçam por ela disciplinados), mesmo porque lei criadora de feriado é meramente formal, de efeitos concretos.

Presente na causa de pedir, mas ausente do pedido, **não pode a Lei 14.485/07 ser declarada inconstitucional nesta ação, sob pena de incongruência entre a tutela e a demanda e colisão com o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII da CF/88 – a jurisdição deve ser inerte e o juiz, imparcial) e afronta às basilares regras dos arts. 2º, 128 e 460 do CPC.** Com efeito, as requerentes não impugnam a Lei 14.485/07, razão pela qual não há como lhe estender os efeitos da medida liminar.

Não há como se deixar de constatar, destarte, a inocuidade da medida antecipatória, concedida, nos termos do pedido, para determinar “a suspensão dos efeitos do feriado civil instituído pela Lei nº 13.707/04”. É juridicamente impossível sobrestar a eficácia e desconstituir a validade *pro futuro* de norma despida de vigência.



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

Por outro lado, o provimento de mérito final requerido **não trará qualquer utilidade às partes autoras**: ao recair sobre ato normativo extinto, e não sobre a lei que atualmente institui o Dia da Consciência Negra, será inapto a entregar o bem da vida colimado, que é a exoneração do dever de respeito ao feriado municipal em 20 de novembro.

Restritas as tutela antecipada e definitiva, uma e outra, à suspensão e anulação da Lei 13.707, já revogada, não há o que suspender ou anular. A decisão liminar é carente de objeto; as requerentes, por sua vez, são carentes de ação, dada a **falta de interesse de agir no aspecto utilidade** e a **impossibilidade jurídica do pedido**.

A Municipalidade, descobrindo-se envolvida em lide eivada de tantos vícios que o afastamento de uns não permitiria superar sua inviabilidade à vista dos outros, desde já requer, também por este motivo, a decretação da extinção do processo sem resolução do mérito, haja vista ter sido a petição inicial indevidamente deferida, quando contrastada ao art. 295, *caput*, III e parágrafo único, III.

Junta-se o texto integral da Lei municipal 14.485 de 19 de julho de 2007, para comprovação de seu teor e vigência (art. 337 do CPC).

### **III – ausência de autorização assemblear e de relação nominal dos associados**

As entidades corporativas vêm a juízo em defesa dos interesses de empresas que representam. Muito embora lhes confira o ordenamento jurídico a legitimidade para tanto, há condições que se impõem para a representação judicial de pessoas naturais ou jurídicas por intermédio de associações.

Garante o **art. 5º, XXI** da Constituição Federal às entidades associativas a atuação em prol de seus filiados, em juízo ou fora dele, se por estes



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

**expressamente autorizadas**<sup>3</sup> . A seu turno, exige o art. 2º-A, parágrafo único da Lei 9.494/97:

*“Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, **a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.**”* (grifos nossos)

Além de buscarem certificar a verdadeira representatividade da entidade associativa, os preceitos constitucional e legal desvelam a preocupação de se delimitar subjetivamente os efeitos da coisa julgada, pois só quem efetivamente representado no processo pode se aproveitar de ou ser prejudicado por seu resultado. As requerentes, porém, **não juntaram qualquer dos documentos exigidos**. Do compulsar dos autos, verifica-se a ausência tanto da autorização assemblear quanto da relação nominal de associados.

Intitulando-se “Centro das Indústrias”, devem as requerentes esclarecer quais são as empresas cuja atividade preponderante tenha natureza industrial que estão abrangidas por seus estatutos. **É imprescindível a delimitação do universo de estabelecimentos industriais que seriam dispensados de observar o feriado municipal em 20 de novembro**, pena de se beneficiarem, do afastamento da eficácia da lei, empresas não representadas na ação, estranhas ao grupo filiado às requerentes.

A autorização assemblear **não é suprida pela autorização estatutária genérica** à propositura de ações pela associação em prol de seus associados. Há que ser concedida em vista da demanda específica a ser proposta,

---

<sup>3</sup> “Art. 5º. XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

por deliberação da maioria qualificada a decidir sobre o ingresso em juízo, assumindo todas as consequências daí decorrentes, mesmo porque o grupo de associados existente à época da elaboração do estatuto pode não mais ser o grupo atual, tendo este interesses diversos.

Portanto, não se deve acatar a substituição, pretendida na Inicial, da ata expressamente exigida pelo dispositivo legal supratranscrito por uma simples previsão estatutária, feita sem atenção às particularidades da demanda concreta.

A petição inicial, também por estes motivos, não poderia ter sido deferida.

- **DO MÉRITO**

**I – competência do Município para instituir feriados civis pertinentes ao interesse local**

O pedido formulado na Inicial, caso se admita seja examinado, encontra sólida oposição no grau de certeza atribuído *prima facie* ao fundamento contrário à pretensão: a presunção de constitucionalidade da lei (art. 97 da Constituição Federal).

Desta usufruem, indiscriminadamente, as leis editadas por todos os Entes da Federação. É írrito ao art. 1º, *caput*, ao art. 18 e, especialmente, ao art. 30, I e II da Constituição Brasileira que se menoscabe a lei municipal. Isto se faz quando se diminui a força material de sua presunção de legitimidade perante a Carta Estadual, que repercute, no plano processual, impondo o ônus de sua desconstituição a quem sustente a inconstitucionalidade e majorando o grau de certeza que tal arguição deve alcançar.

Do conjunto das alegações expendidas na Exordial, não resulta suficientemente verossímil que a Lei 13.707/04 fosse inconstitucional, durante



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

sua vigência (hoje insubsistente), quer sob o parâmetro federal, quer sob o parâmetro estadual.

Limitam-se as requerentes a descrever vício de natureza formal, acusando a suposta incompetência do legislador municipal para instituir feriados em demasia às condições delineadas pelo legislador federal, na medida em que vincula a matéria ao Direito do Trabalho, exclusivamente disciplinável pela União (art. 22, I).

O art. 2º da Lei federal 9.093/95, de veras, estabelece que os Municípios poderão criar feriados religiosos, de acordo com a tradição local, em número igual ou inferior a quatro, já computada a Sexta-Feira da Paixão.

A vigência do preceito, no entanto, longe está de interditar ao Município de São Paulo, e a tantos outros que seguiram na mesma esteira, a definição de um dos dias do calendário como destinado à homenagem à comunidade negra, na figura de um dos expoentes da resistência à opressão escravista, atribuindo-lhe a natureza jurídica de feriado local.

Em princípio, argumente-se *a contrario* à qualificação jurídica que o agravo conferiu à matéria da Lei 13.707/04 e à hierarquização entre a lei federal e a lei municipal neste particular.

A instituição de feriado local **não se compreende por inteiro nos domínios do Direito do Trabalho**. A relevância jurídico-trabalhista que possa adquirir, com efeito, constitui um dos muitos aspectos da entidade normativa, e portanto não lhe esgota. A relevância para a coletividade local, a repercussão na História da Comuna, a condição de elemento da cultura própria, o valor pedagógico para a consciência dos munícipes em se acenar para a importância da data, dentre outros, são aspectos igualmente dignos de reconhecimento e proteção na ordem constitucional.

A deliberação dos cidadãos de um Município, através de seus representantes eleitos, por instituir feriados e datas comemorativas próprios exprime, para a comunidade que ali vive e para o restante da Nação, a



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

institucionalização da tradição local. Noutros termos, confere objetividade jurídica a um fato histórico-cultural valorado positivamente no âmbito daquela Cidade.

Se o respeito que a partir de então deve ser dispensado à data adentra as fronteiras do Direito do Trabalho, lá produzindo consequências típicas, nem por isso queda desnaturada sua natureza de fenômeno ínsito ao Direito Municipal, a ser estudado e apreciado, quanto à validade formal e material da lei que o veicula, sob os auspícios das balizas que a Constituição da República põe à autonomia dos Entes federativos de terceiro grau. Insere-se a questão, pois, sob a égide do **interesse local**, vetor da competência legislativa dos Municípios (art. 30, I).

De fato, podem concorrer, sobre uma mesma matéria, interesses de diferentes pessoas políticas, cada qual incidindo sobre um **aspecto diverso** do objeto e o entregando à respectiva competência legislativa. O interesse local adutor da competência municipal não precisa isolar-se na matéria. Basta que **prepondere**, sem necessariamente excluir, sobre os interesses nacional e regional.

Esta a melhor interpretação do art. 30, I da Constituição Federal de 1988, herdeira da *ratio essendi* do preceito similar contido na Carta anterior, que definia a competência normativa da Comuna pelo "peculiar" interesse local. Dispensado o adjetivo, mantém-se o escólio da doutrina especializada:

- O interesse local mede-se pelo critério da **preponderância**, não da exclusividade.

Dispensem-se também enfadonhas transcrições de autores e obras, em respeito ao saber jurídico do Douto Magistrado, certamente versado em Direito Constitucional e leitor dos comentários doutriniais lançados ao dispositivo em apreço na literatura jurídica brasileira.

E o que se demonstrará é que a instituição de um feriado **civil** – portanto sequer compreendido na disciplina da lei federal invocada – é lícita ao



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

Município, desde que guardem os motivos do feriado **pertinência** temática ao interesse local.

Ilustre-se antes, em acento à correta inteligência devida ao critério constitucional de competência municipal, como se manifestam, na experiência brasileira, a legitimidade da coexistência de interesses federativos.

A lei municipal que estatui a mão de direção das vias locais de circulação traduz a disciplina de assunto nitidamente afim ao interesse local, a saber, a ordenação dos espaços públicos urbanos. Sem prejuízo, concerne a matéria também ao trânsito, de interesse da União (art. 22, XI), por envolver o tráfego de veículos terrestres.

Pergunta-se: há quem duvide da validade de referida lei municipal, sustentando-a violadora da competência privativa da União para legislar sobre o trânsito?

Cabe semelhante indagação no presente caso. De que lei municipal consagre data de relevância local, para efeitos locais, em vazão a desejo da comunidade local, exsurge ofensa à competência da União para legislar sobre Direito do Trabalho?

Vêm à baila uma plêiade de outras manifestações da competência legislativa municipal que, se encaradas por olhar pouco aguçado juridicamente, apresentar-se-iam colidentes com a competência privativa do Ente de maior dimensão territorial.

É próprio da competência legislativa municipal **fixar o horário de funcionamento** dos estabelecimentos comerciais sítos em seu território, como de há muito reconhecido pela jurisprudência sumulada do STF e pelo legislador federal.

Cuidaria o intérprete desavisado que, por decorrer da normatização dos horários do comércio local a imposição de limites ao expediente dos empregados do setor, o Município estaria adentrando a seara reservada à lei obreira. Não há como desmentir a possível repercussão das medidas sobre o salário



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

dos comerciários, quando exigido o adicional por serviço extraordinário (hora extra), garantido pelo art. 7º, XVI da CF/88, com suporte na lei municipal.

Todavia, o próprio detentor do poder de regular as relações entre o capital e o trabalho curva-se à preponderância do interesse local quando o aspecto a ser destacado é o horário de funcionamento das lojas. Assim dispõe a Lei **federal** 10.101/00:

*“Art. 6º-A. É permitido o trabalho em feriados nas atividades do comércio em geral, desde que autorizado em convenção coletiva de trabalho e **observada a legislação municipal**, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição.” [\(Incluído pela Lei nº 11.603, de 2007\)](#)*

Observa-se a estreita relação entre a matéria disciplinada pela norma legal acima e a matéria aduzida pela causa de pedir, a ponto de quase se confundirem. Está o legislador federal a **ressalvar**, de sua genérica permissão para o trabalho aos **feriados**, o eventualmente disposto em sentido contrário na legislação **municipal** – e por “legislação” assina-se compreender não só leis como decretos executivos, dada a amplitude do termo.

Ao reconhecer o titular da competência do art. 22, I que das deliberações do legislador do Município, tomadas a partir do art. 30, I, podem advir efeitos reflexos sobre os liames que vinculam empregadores e empregados no âmbito local, fica estabelecida, desde o plano normativo imediatamente abaixo da Constituição Federal (plano das leis emanadas do Congresso Nacional), a **coordenação** entre normas de diferentes esferas federadas incidentes sobre diferentes aspectos de um mesmo objeto.

Coordenação, saliente-se, entre leis de igual hierarquia, porquanto leis municipais produtos da competência do art. 30, I, não se inserem sob, mas ao lado de, leis federais.



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

A par de afirmar a validade de normas locais que tangenciem a disciplina dos feriados, a ordem jurídica nacional reconheceu, através do art. 6<sup>a</sup>-A da Lei 10.101/00, poder o legislador do Município dispor em caráter **principal**, autonomamente, sobre feriados. Hão as pessoas que exercem atividade econômica em seu território, com mobilização do fator mão-de-obra, de respeitar o quanto decidido pela Edilidade, com o respaldo do Prefeito, sobre datas de especial apreço para a Comuna.

Cediço, enfim, que deflua um ou mais efeitos jurídico-trabalhistas da existência de um feriado, seja nacional, estadual ou municipal. Desarrazado, porém, que se faça tais efeitos ofuscarem os demais contornos da norma, a ponto de se transformá-la em mera disposição extravagante à CLT. Não pretendeu o legislador paulistano, ao firmar o dia 20 de novembro como Dia da Consciência Negra, disciplinar as relações entre empregadores e empregados. É espezinhar a nobre finalidade norteadora da *ratio legis* interpretá-la neste sentido.

Acerca da instituição de feriados, como em qualquer outra hipótese, é mister existir pertinência suficiente da questão com o interesse **específico** do Ente menor. Os motivos inspiradores de um feriado civil devem guardar intimidade com as circunstâncias históricas, culturais, sociológicas ou antropológicas do povo radicado na área personificada em Município. Conferido o nexo lógico, legitima-se a norma local.

**COMO JÁ ASSENTOU O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, nos autos do **RE nº 251.470** (em anexo), de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, a matéria tange ao interesse local, em medida suficiente para deflagrar a competência legislativa do Município. Na oportunidade, julgou-se e proclamou-se a legitimidade da instituição de idêntico feriado por outra das Capitais brasileiras, o Município do Rio de Janeiro:

*“Diz respeito à competência concorrente de que cogita o artigo 23 da Carta da República. Entre os incisos*



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

*nele insertos não se tem, em si, o referente à decretação de feriado. A atividade em tal campo faz-se à luz da autonomia municipal consagrada no artigo 30, inciso I, nela contido. Compete aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local. Ora, na espécie dos autos, os representantes do povo do município do Estado do Rio de Janeiro concluíram no sentido da homenagem a Zumbi e o fizeram a partir da atuação cívica revelada pelo personagem que acabou por integrar a História no panteão que a Pátria deve cultivar.*

*O que cumpre perquirir é se a atuação municipal fez-se à margem da Carta do Estado e aí a resposta é desenganadamente negativa. Atuou o Município em via na qual surge a autonomia maior norteadas por conceitos ligados à conveniência e à oportunidade."*

Feitas em tese essas considerações alusivas aos feriados civis e sua pertinência ao interesse local dos Municípios em geral, é o momento de expor o quanto se atrela o Dia da Consciência Negra ao interesse específico do Município de São Paulo, e o porquê de ter a data merecido referência institucional como feriado civil paulistano.

#### **IV – do fundamento constitucional material das Leis 13.707/04 e 14.485/07**

O reconhecimento do martírio do Líder do Quilombo dos Palmares não se insula na homenagem à pessoa: antes, presta tributo a uma comunidade etnicamente definida, por razões históricas óbvias. **A própria Constituição de 1988 respalda e incentiva a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos que compõem a Nação brasileira:**



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

*“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.*

*(...)*

*§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.”*

Notável o preceito constitucional. A uma por legitimar, para o específico propósito de instituição de datas marcantes, a adoção do critério étnico pelo legislador. A duas, por atribuir a competência à lei, sem distinguir sua origem, franqueando à União, Estados, Distrito Federal e Municípios dispor sobre o assunto. Ainda que interpretada restritivamente a expressão, uma vez omissa o legislador federal a respeito, pode o legislador municipal atuar, moldado apenas pelo Texto da Lei Fundamental.

Interpretação ampliativa, por sua vez, merece a expressão “datas comemorativas” para abarcar os feriados, até por assegurar a **máxima efetividade** da norma: instituir feriado é prestigiar mais veementemente o significado do fato histórico etnicamente relevante do que instituir mera data comemorativa.

Não bastasse o disposto no § 2º, poderia o Município honrar a memória da luta pela afirmação dos direitos civis à população afrodescendente com arrimo no § 1º, que incumbe o Estado (leia-se o Poder Público em geral) da **proteção das manifestações culturais de todos os grupos participantes do processo civilizatório nacional**<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> “§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.”



**PREFEITURA DA CIDADE DE**  
**SÃO PAULO**  
 PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
 DEPARTAMENTO JUDICIAL

Respalda-se o legislador municipal até mesmo em lei federal. O legislador da União não ficou desatento à norma-programa constitucional acerca das datas comemorativas e sua importância. Especificamente quanto à data de significação para a comunidade afrodescendente, introduziu novo preceito na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei federal 9.394/95), dispondo:

*“Art. 79-B. **O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como ‘Dia Nacional da Consciência Negra’.**”*  
 (redação dada pela Lei 10.639, de 9 de janeiro de 2003)

Como se vê, é desiderato comum aos Entes federativos institucionalizar o Dia da Consciência Negra, 20 de novembro, outrora relegado aos festejos íntimos dos grupos representativos da comunidade homenageada.

Pode-se vislumbrar uma escala progressiva de institucionalização, galgando degraus desde sua inclusão no ensino público para compor a formação cidadã dos alunos, até a reserva de calendário para a data. Em cada nível da progressão, os efeitos didáticos e culturais alcançam parcela maior da sociedade: dos alunos da rede pública a toda a população.

O interesse na *“homenagem a uma raça”*, como desdenhosamente se referem as entidades autoras ao Dia da Consciência Negra (fl. 08), desborda os limites de um só Município, assim como a comunidade afrodescendente se estende por todo o território nacional. Isto não torna a matéria estranha ao interesse local. Cabe repetir que, corretamente interpretado o art. 30, I da Carta de 1988, reproduzido, em linguagem mais sucinta, de idêntico preceito contido na Carta anterior<sup>5</sup>, o interesse local **não se afere pelo critério da exclusividade**, vale

---

<sup>5</sup> A atribuição da competência aos Municípios segundo o *“peculiar”* interesse local.



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

dizer, o que é de interesse local não necessariamente é única e exclusivamente de interesse local, podendo tocar ao interesse regional ou mesmo nacional.

Uma vez mais é oportuno trazer à colação o julgado do Pretório Excelso:

*“O Município do Rio de Janeiro legislou **sobre assunto que pode ser tido como de interesse local, muito embora não se mostre peculiar, específico, exclusivo ao campo de atuação.** Esse predicado é dispensável, porquanto não há antinomia entre a noção de interesses locais e interesses gerais. Quanto ao inciso II, já foi dito que a suplementação diz respeito à legitimação concorrente.” (grifos nossos)*

Sem embargo, considerando a vastidão do contingente populacional arraigado no Município de São Paulo, bem como a longevidade de sua História (remonta a 1554), ao longo da qual se presenciou a experiência de um sem-número de gerações de indivíduos, é de todo pertinente às peculiaridades locais consagrar data, pessoa, monumento ou fato ligado ao sentimento da etnia afrobrasileira.

Com efeito, se recenseada a população autodeclarada negra ou de ascendência negra nesta Capital, obter-se-ão centenas de milhares, quiçá milhões de homens e mulheres. O Município de São Paulo, por suas dimensões, concentra praticamente uma Nação inteira; assim, muitos dos temas que por sua abrangência normalmente seriam afetos somente ao interesse nacional, adquirem importância proporcionalmente equivalente para o interesse local da metrópole<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> A inspeção veicular, *exempli gratia*. O controle da emissão de poluentes pelos veículos automotores, como requisito para a licença à circulação nas vias públicas, constitui, em princípio, matéria atrelada ao direito de propriedade e ao trânsito, e requer inclusão na disciplina protetiva do meio ambiente uniforme em todo o País, sinalizando para a competência privativa



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

Conquanto seja curial não se tratar de feriado religioso, o feriado outrora previsto na Lei 13.707/04 do Município de São Paulo, hoje com sede legal no art. 9º da Lei 14.485/07, é oponível a todas as pessoas naturais e jurídicas em atividade nesta Comuna, sujeitas à autoridade do Poder Público paulistano, simplesmente porque válida a instituição de feriados civis para enobrecimento de data cara à tradição cultural, histórica, étnica e antropológica local.

Não há hierarquia entre a lei federal e a lei municipal nesta matéria. Em se tratando de assunto pertinente ao interesse local, aplica-se com plenitude o art. 30, I, deflagra-se a competência legislativa exclusiva do Município. Quando a hipótese não se exaure em matéria de competência meramente suplementar (art. 30, II), é equivocado analisá-la sob o enfoque da adequação vertical da lei local à lei estadual ou federal. O fundamento de validade que encontra a norma do Ente menor, nos aspectos formal e material, não reside nas normas dos Entes maiores: habita diretamente o Texto Constitucional.

Inobstante, coteje-se a Lei 13.707/04 do Município de São Paulo com a Lei federal 9.093/95, apenas para exame da procedência do que alegam as requerentes. O art. 2º desta última qualifica como feriados religiosos os “dias de guarda” instituídos pelos Municípios, fixando-lhes teto numérico (quatro). **Em nenhum de seus dispositivos, a lei federal proíbe a instituição de feriados civis.**

Tirante o fato de que escaparia à competência ao legislador da União dispor neste sentido, ainda assim se tem a plena incolumidade da lei municipal que crie feriados desta qualidade, afinal haverá pura suplementação da lei federal naquilo em que omissa ou lacunosa. É próprio da competência escalonada em níveis verticais que a disciplina dada a uma mesma matéria seja paulatinamente enriquecida à medida em que decresce o nível federativo da legislação.

---

da União. Contudo, o impressionante volume de automóveis em uso na cidade de São Paulo, a elevada concentração de pessoas e a extensa área do meio ambiente urbano no Município tornam a questão indubitavelmente pertinente também ao interesse público local.



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

Diante de todas essas considerações, incumbia às requerentes o ônus de sustentarem mais e melhor a pretensão à anulação da lei municipal. Tão robusto grau de certeza cometido à validade do ato normativo não é revertido por tão superficiais alegações como as formuladas na Inicial. Ataca-se singelamente a conformidade formal da lei ao ordenamento jurídico, mas não se ousa ferir sua legitimidade material. Silenciam quanto ao mérito da lei, deixam incontroversa a harmonia da instituição do feriado do Dia da Consciência Negra com os valores, fins e princípios da Constituição Federal, incorporados à Constituição do Estado de São Paulo.

Em última análise, a infirmação de lei por decisão judicial não lastreada em fundamentos suficientes implica transgressão ao primado da separação e independência entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Ato jurisdicional só desconstitui ato legislativo se firmemente demonstrada a invalidade deste perante o ordenamento constitucional, caso em que o princípio da supremacia da Constituição soa mais alto. No caso dos autos, ademais, resta ofendida, em igual monta, a autonomia do Município, princípio sensível (art. 34, VII, c), cujo escamoteamento suscitaria a grave seqüela da intervenção federal no Estado-membro.

#### **V – dos prejuízos da tutela ao Município**

Concedeu o MM. Juízo *a quo* tutela antecipada para suspender, no ano corrente, o feriado do Dia da Consciência Negra no Município de São Paulo, para milhares de empresas associadas às entidades requerentes. Se mantida a decisão, considerando que o procedimento não se ultimará a tempo de haver o julgamento definitivo da causa antes de 20 de novembro – confirmando ou cassando a medida –, **todos os estabelecimentos industriais abrangidos pela postulação poderão funcionar normalmente na data legalmente destinada à paz e ao**



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

**descanso na cidade.** Ultrapassada a 24ª hora do dia, não mais se impedirá a consumação do fato.

Destarte, **jamais se logrará reverter o desrespeito ao Dia da Consciência Negra no ano de 2009.** Mesmo que a demanda acabe julgada improcedente em 1º grau, ou em virtude de recurso de apelação, os estragos decorrentes da exoneração do cumprimento da lei que fixa o feriado municipal terão se concretizado no plano fático.

Não é preciso grande esforço para se vislumbrar quais os efeitos do funcionamento simultâneo de plantas industriais de variados portes, localizadas em diferentes regiões da metrópole, sobre o **meio ambiente natural e urbano, a saúde da população, a fluidez do tráfego, a mobilização de serviços públicos, o consumo de água e energia, a integridade física das pessoas diretamente envolvidas na atividade e das pessoas residentes nos bairros avizinhados.**

Poluentes serão emitidos, resíduos sólidos serão acumulados, veículos de carga circularão, os efetivos policiais, de agentes de fiscalização do trânsito e de hospitais públicos poderão ter de atender a ocorrências ligadas às indústrias; acidentes laborais ou que afetem o entorno das fábricas (como explosões ou vazamentos) pairarão latentes.

Mais que conjeturas, são hipóteses de factível configuração, **o bastante para evidenciar o perigo de danos irreversíveis** à coletividade. É claro que o funcionamento cotidiano das indústrias no meio urbano traz habitualmente as consequências acima; todavia, **se há uma data específica em que tal não deva ocorrer, os efeitos sob comento são inaceitáveis, fogem à normalidade.**

O receio, difuso entre os munícipes, já foi manifestado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

*“A suspensão do feriado, ainda que somente em favor dos filiados do agravado, implicará, por óbvio, na necessidade de disponibilização de maior número de*



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

*serviços públicos, alterando a rotina de quase cinco anos e implicando em gastos.” (Agravado de Instrumento nº 958.596.5/8, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Gonzaga Franceschini, decisão monocrática, em anexo)*

A mácula ao legítimo ato emanado dos Poderes autônomos do Município e aos propósitos que informam sua *ratio essendi* restará inscrita na História paulistana, por todo o sempre, vindo a posteridade a saber que, em 2009, foi ultrajada, na maior cidade brasileira, a memória dos mártires pela emancipação da comunidade negra. Este MM. Juízo tem o poder e a oportunidade para impedir a consumação da lesão, julgando **improcedente** o pedido e **cassando** a medida antecipatória irreversível.

Anote-se o que decidido no Agravo de Instrumento nº **727.132-5/1-00** (em anexo), em que se julgou tutela antecipada concedida para se afastar lei municipal que instituiu o feriado do Dia da Consciência Negra:

*“Não fosse assim, o atendimento de pronto do reclamo perseguido pelos requerentes na ação que intentaram, dado o caráter satisfativo que a medida encerrou, somente em juízo exauriente poderá sobrevir, daí temerário a sua concessão nesta quadra pelo perigo da antecipação, ou mais propriamente da irreversibilidade futura do provimento, circunstâncias que não se coadunam com os ditames legais do instituto.”*

As entidades requerentes, a seu turno, **não descrevem qualquer prejuízo concreto**, de caráter jurídico ou econômico, passível de ocorrência caso as empresas que lhes são associadas fiquem sujeitas ao feriado assim como já o

são as empresas dos demais ramos de atividade. Lacunar a Exordial neste ponto, descabe ao Poder Judiciário inferir as alegações *ex officio*<sup>7</sup>, mesmo porque somente um extenso e minucioso exame pericial atenderia à finalidade de demonstrar a necessidade que têm as proponentes da tutela jurisdicional. Imprestáveis, aqui, as regras da experiência ordinária (art. 335, parte final do CPC).

Não se trata apenas de zelar pelo valor simbólico da data. O desrespeito ao feriado, como se advertiu acima, importará em danos irreversíveis e capazes de transcender os lindes deste Município, propagando-se por toda a região metropolitana (emissão de poluentes, geração de tráfego de veículos pesados, apenas para citar alguns dos componentes da lesão em vias de se materializar).

#### **VI – precedentes jurisprudenciais do TJ-SP**

No que tange especificamente ao ajuizamento de demanda contra a instituição do feriado do Dia da Consciência Negra pelos Municípios, já assentou o TJ-SP a inadequação da via eleita, notadamente na **Apelação Cível nº 815.915.5/1-00** (em anexo), em autos nos quais figurou como parte autora o **mesmo grupo de entidades ora requerentes**:

*“...seja pela inadequação da via eleita, ou pela ilegitimidade de parte, a ação era mesmo de ser julgada improcedente.*

*O caso é, assim, de não provimento ao recurso interposto por **Centro das Indústrias do Estado de São Paulo - CIESP - Regional de Diadema**, nos autos da ação direta de inconstitucionalidade movida à **Prefeitura Municipal de***

---

<sup>7</sup> “Art. 128 - O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”



**PREFEITURA DA CIDADE DE  
SÃO PAULO**  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

**Diadema** (proc. n.º 8.425/2008 - 1.º Ofício da Fazenda Pública de Diadema, SP), para manter a r. sentença, por seus próprios e ji fundamentos." (grifos do original)

Colacione-se, outrossim, o decidido na **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI nº 104.690-0/6-00** (em anexo), acerca da lei do Município de Limeira, assim ementada:

*"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 3.473, de 16.09.02, que cria o parágrafo único no artigo 1º da Lei Municipal nº 1.038, de 23.02.68, alterada pela Lei Municipal nº 1.242, de 30.12.70, considerando feriado municipal, de caráter cultural, o dia 20 de novembro - Dia da Consciência Negra. Inexistência de ofensa à Constituição do Estado de São Paulo. Ação improcedente."*

De utilidade indiscutivelmente maior para o deslinde do caso concreto do que os arestos mencionados na Inicial, os julgados acima, proferidos pelo Tribunal de Justiça deste Estado, e não pela Justiça do Trabalho, sinalizam a posição jurisprudencial em vias de sedimentar-se sobre o tema, desde a mais alta Corte do País (**RE nº 251.470**).

Não importam os entendimentos contrários da Justiça especializada, **incompetente** para dizer da competência legislativa do Município, matéria essencialmente constitucional, nem bastam os arestos do TJ-RS para mais que a mera formação de corrente **minoritária**. É óbvio, aliás, que o Dia da Consciência Negra não merece, nos Municípios do Rio Grande do Sul, Estado de colonização quase exclusivamente europeia, o mesmo grau de institucionalidade que alcança, de forma legítima, em São Paulo, região de passado fortemente ligado à escravidão. A matéria passa bem ao largo do interesse local das Comunas gaúchas.

- **CONCLUSÃO**

Em vista de tudo o quanto exposto, o Município de São Paulo requer seja o processo **extinto sem resolução do mérito**, com fulcro nos incisos IV e VI do art. 267, porque inadequada a via eleita, carente de objeto a ação e ausentes dos autos a relação nominal de associados das entidades autoras e a respectiva autorização assemblear para a propositura da demanda.

Caso se mantenha a convicção deste MM. Juízo no sentido da presença de todas as condições da ação e dos pressupostos processuais, requer seja o pedido julgado **improcedente**, assegurando-se à autonomia do Município a conservação das leis que de seu legítimo exercício dimanam.

Termos em que,  
Pede deferimento.

São Paulo, 09 de outubro de 2009.

**JOSÉ ROBERTO STRANG XAVIER FILHO**

Procurador do Município

OAB/SP nº 291.264



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

**EXMA. SRA. DRA. DESEMBARGADORA RELATORA TERESA RAMOS MARQUES – EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – SP:**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO 920.052.5/3**

**AGRAVANTE: MUSEU DE ARTE DE SÃO PAULO – MASP**

**AGRAVADO: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

O **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, por seu procurador, vê, respeitosamente, nos autos em epígrafe, com arrimo no art. 527, V, CPC, apresentar sua CONTRAMINUTA ao agravo de instrumento interposto pelo MUSEU DE ARTE DE SÃO PAULO, COM PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, nos termos do art. 527, § único, parte final, CPC, consubstanciando-se nas razões de fato e de direito articuladas nas inclusas razões.

O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO se fundamenta, além das razões inclusas, no fato de que o *fumus boni iuris* está bem ressaltado e comprovado na contraminuta, além do fato de que a manutenção da decisão que deferiu o efeito suspensivo ao AGRAVANTE gera, em verdade, *periculum in mora inverso*, já que, com efeito, a permanência da decisão liminar proferida por esta E. Tribunal *ad quem* é que passa a gerar, de



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

fato, lesão grave e de difícil reparação à municipalidade diante da continuidade das lesões praticadas pelo AGRAVANTE na GALERIA PRESTES MAIA.

Posto isso, requer a RECONSIDERAÇÃO da decisão que antecipou a tutela neste E. órgão ad quem, e, no mérito, o improvimento do agravo de instrumento interposto pelo MASP.

Nestes termos.

Pede improvimento.

São Paulo, 26 de maio de 2009.

**SÉRGIO BARBOSA JÚNIOR**  
**PROCURADOR DO MUNICÍPIO – PATR 22**  
**OAB/SP 202.025**



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

**AGRAVO DE INSTRUMENTO**  
**CONTRAMINUTA DO MUNICIPIO DE SÃO PAULO**

**AGRAVANTE: MUSEU DE ARTE DE SÃO PAULO “ASSIS CHATEUBRIAND”**

**AGRAVADO: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

**PROCESSO ORIGINAL N° 471/053.09.008.438-4**

**VARA ORIGEM: 8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA**

**NATUREZA DA DEMANDA ORIGINAL: REINTEGRAÇÃO DE POSSE  
CUMULADA COM PERDAS E DANOS**

**EGRÉGIO TRIBUNAL  
COLENDIA CÂMARA  
EMÉRITOS DESEMBARGADORES  
D. DESEMBARGADOR RELATOR**

O **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, por seu procurador, vem, respeitosamente, expor e requerer o que adiante segue:

**- BREVE RELATO**

O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO ajuizou uma ação de reintegração de posse (DOC. ANEXO N° 01), cumulada com pedido de indenização, em face do MASP com o fim de retomar área pública caracterizada



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

como GALERIA PRESTES MAIA, localizada no PARQUE DO ANHANGABAU, VIADUTO DO CHÁ e PRAÇA PATRIARCA.

Houve audiência de justificação (DOC. ANEXO N° 02) e, posteriormente, decisão do Juízo *a quo* deferindo a liminar de reintegração de posse, nos seguintes termos:

***“Vistos. Como regra, tratando-se de ato unilateral, expressão da atividade discricionária da administração pública, a exemplo da permissão de uso, o administrador está dispensado de motivar a revogação. Mas há exceções, como ocorre no caso em exame. É que o motivo da permissão de uso da Galeria Prestes Maia, tanto quanto o motivo da sua revogação, estão previstos no Decreto Municipal n.º 35.873, de 08/10/96, de sorte que a administração pública se vincula àquele pressuposto de fato. Aliás, tanto é assim que se instaurou, em obediência às disposições do termo de permissão de uso a que faz referência aquele Decreto Municipal, um procedimento administrativo para apurar o descumprimento das condições da permissão (Cláusula 9ª, d, do Termo de Permissão de Uso EMBURB n.º 015.469000). E o Decreto n. 50.352, de 24/12/08, que revogou a noticiada permissão de uso, reporta-se precisamente ao que foi apurado no PA n.º. 2005-0195.352-0. Como entende a doutrina, cuidando-se de ato unilateral e discricionário, o Administrador Público não está obrigado a motivá-lo. Mas se o fizer, o ato só será válido se os motivos enunciados na fundamentação do ato efetivamente ocorrerem (Celso Antônio Bandeira de Mello, Elementos de Direito Administrativo, 1ª ed., SP, RT, 1983, p. 45). Em outras palavras, a revogação da permissão, em tese, não demandaria motivação. Mas como o respectivo Decreto reporta-se a um Procedimento Administrativo, necessário saber se nele teriam sido apurados motivos para a extinção do ato administrativo. E há nos autos indícios de que a permissionária teria descumprido algumas condições previstas no Termo n.º 015.469000. Não se fala da realização de obras estruturais, que fogem à esfera da simples limpeza e conservação da Galeria Prestes Maia, às quais o MASP se obrigou. Está-se fazendo referência, isto sim, ao fato de que, segundo se pôde colher na oportunidade da justificação, o Museu de Arte de São Paulo teria iniciado reformas nas dependências da Galeria sem o competente alvará, e mais, sem autorização do Departamento do Patrimônio Histórico (fls. 199 e 200), com o que deixou de observar a Cláusula 3.1.2 do Termo de Permissão. Aliás, a imprensa local tem noticiado, com grande destaque, a realização de um evento em homenagem a Ayrton Senna, que tem lugar precisamente nas dependências da Galeria Prestes Maia. Ainda que justa a homenagem, certo é que ocupação deste tipo não está prevista no Decreto n. 35.873/96,***



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

*o qual circunscreveu o uso do espaço à realização de exposições, cursos de educação cultural e "outros eventos condizentes com a finalidade" do Museu de Arte de São Paulo. Enfim, trata-se de posse a essa altura injusta, pois já se editou o Decreto que, à vista do apurado no procedimento administrativo, acabou por revogar a permissão outorgada. Mais que isto, o MASP admite que já foi notificado a desocupar a Galeria Prestes Maia. Mesmo que a notificação se fizesse há mais de ano e dia, tem-se entendido que este prazo não se aplica quando a moléstia à posse atinge bem público (Lex-JTA 147/45). Assim, sem prejuízo de análise mais detida dos fatos, à vista do que a princípio se afigura como esbulho, tenho por bem conceder a reintegração liminar de posse em favor da Municipalidade de São Paulo, relativa à área descrita no Termo de Permissão de Uso - EMURB n.º 164.69900, finda a realização do evento em homenagem a Ayrton Senna, para não interferir com direito de terceiro, o que se dará no dia 15 de maio de 2009. Verifico que o MASP já apresentou contestação (fls. 209 a 266). Com a expedição do mandado de reintegração liminar, à réplica."*

Inconformado, o MASP interpôs o presente agravo de instrumento, alegando, em síntese, o seguinte:

- a) nulidade da decisão liminar em razão de suposta ofensa à ampla defesa, já que o Juízo *a quo* não teria oportunizado vista dos autos ao agravante para se manifestar acerca de documento juntado, em audiência de justificação, pelo agravado, do qual o próprio agravante afirma ter tido ciência;
- b) equívoco do Juízo *a quo* em justificar a lesão à permissão na alínea *d* da cláusula 9ª do Termo de Permissão de Uso (DOC. ANEXO N° 03);
- c) atraso na entrega do imóvel ao MASP, que deveria ter sido feito na data da assinatura do contrato, em dezembro de 1996, e não em novembro de 2000, como ocorreu, razão pela qual todos os prazos existentes deveriam ser postergados proporcionalmente;
- d) que havia autorização do CONPRESP para realização de obras necessárias à adequação do imóvel, havendo culpa exclusiva do Departamento do Patrimônio Histórico da Secretaria Municipal da Cultura, além de outros órgãos, no encaminhamento de lista com indicação de empresas e profissionais especializados em restauração;



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

- e) já existência de aprovação pelo CONDEPHAAT do projeto de reforma da Galeria Prestes Maia, novamente não realizada em razão de atraso de algumas supostas providências a cargo de órgãos da PMSP;
- f) tentativa de diminuir a importância do testemunho de servidora municipal em audiência de justificação, concluindo, em todas as vezes, mora da PMSP em realizar reparos que, em verdade, eram de responsabilidade do MASP, permissionário.

Aduziu, ainda, que já despendeu vultosa quantia na reparação da Galeria Prestes Maia, e que já submeteu ao Ministério da Cultura projeto para revitalizar a Galeria para, com isso, captar recursos da lei *Rouanet*.

Todavia, NÃO HÁ QUALQUER COMPROVAÇÃO dessas afirmações, muito menos das quantias gastas na manutenção do imóvel municipal.

Alega, também, que vem realizando os eventos que se comprometeu, não infringindo, por isso, as condições impostas pela permissão de uso.

Na mesma banda, induz que o ato administrativo que revogou a permissão de uso em favor do MASP é nulo, já que supostamente baseado em falsa premissa de instalar a Pinacoteca Municipal. Nada mais falso, como abaixo se verá, adiantando-se somente que a revogação da permissão ocorreu com fulcro na conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Em razão disso, entendeu este E. Sodalício conceder efeito suspensivo ao presente agravo, consoante se observa às fls. 106/111.



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

Assim, as razões recursais não prevalecem, de acordo com as impugnações abaixo mencionadas.

**- A PERMISSÃO DA GALERIA PRESTES MAIA AO MASP**

Através do Decreto Municipal 35.873, de 08.02.96 (Doc. Anexo nº 04), a Prefeitura de São Paulo entendeu por bem permitir o uso do conjunto denominado Galeria Prestes Maia, localizada na confluência do Parque do Anhangabaú, do Viaduto do Chá e da Praça Patriarca, ao Museu de Arte de São Paulo.

Em razão disso, elaborou-se o respectivo Termo de Permissão de Uso (doc. 03) entre a Prefeitura e o MASP, formalizando o respectivo USO PRECÁRIO pela agravante, já que cuidou de uma permissão simples, por prazo indeterminado, e não qualificada.

Com efeito, uma análise até mesmo rasteira do Termo de Permissão de Uso se verificará que a sua lavratura ocorreu com o fim de legitimar a ocupação da Galeria pelo MASP, mas de forma precária e por tempo indeterminado, sendo uma das obrigações da permissionária a restituição do imóvel por ocasião de sua revogação (cláusula 3.1.4).

Nessa banda, verificou-se que ao longo dessa comentada permissão, o MASP, então permissionário, passou a corromper a ontológica finalidade da permissão de uso de bens públicos, destinando o imóvel público municipal em testilha a diversas outras finalidades e atividades que não o uso simples em estrito atendimento ao Termo de Permissão de Uso, além de não preservá-lo da forma devida em razão



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

de sua destinação e em desacordo com o disposto na legislação de regência, no decreto respectivo e no termo de permissão de uso.

Com efeito, apesar de ocupar o espaço público em tela por tantos anos, ainda não direcionou a ele todos os cuidados e obrigações constantes no termo de permissão de uso, tal como se observa em vistoria realizada pelo Departamento do Patrimônio Histórico (DPH) da Secretaria Municipal de Cultura (Doc. Anexo nº 05), que sinalizou o seguinte:

- *as obras de reforma visando à realização de adequações na Galeria Prestes Maia para funcionamento do MASP Centro, cujo Ante-Projeto foi aprovado pelo Conpresp em 2002, tiveram início em 2004, mas não foram concluídas até o momento;*

- *o estágio das obras continua o mesmo desde a vistoria adrede realizada em 05/07/2005 pelo mesmo Departamento do Patrimônio Histórico, não tendo sido efetuadas, desde então, obras de manutenção no imóvel;*

- *o MASP não apresentou, até o momento, a documentação solicitada, em diversas ocasiões, pelo Departamento do Patrimônio Histórico, referente ao Projeto Executivo das Obras para apreciação e deliberação definitiva pelo DPH e pelo CONPRESP, estando, pois, em desacordo com os procedimentos de aprovação perante os órgãos municipais fiscalizadores;*

- *algumas obras iniciadas, como a instalação do sistema de ar condicionado, são irregulares, vez que não constavam no Anteprojeto aprovado pelo CONPRESP e não obtiveram qualquer aprovação.*



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

No que tange a este último item, de necessário alvitre afirmar que foi solicitado à Secretaria Municipal de Subprefeituras, pelo DPH, o embargo daquelas obras, conforme se comprova através do ofício em anexo (Doc. Anexo nº 06).

Isso denota total incompatibilidade com o necessário zelo que o MASP tenta demonstrar em suas razões recursais. De fato, a existência de aprovações de projetos ou autorizações para reformas ou reparos não pode querer indicar que eles foram ou estão sendo feitos.

Note-se que o MASP não cansa de enviar missivas para diversos órgãos públicos com o fim de solicitar autorização para reformas ou para angariar recursos, mas em nenhum momento comprova a realização efetiva de reparos no imóvel cujo uso foi permitido.

Demonstra a existência de autorização do CONPRES P, de julho de 2002; a aprovação pelo Ministério da Cultura de recursos com base na Lei *Rouanet*; e indica que o próprio Departamento do Patrimônio Histórico da Secretaria Municipal de Cultura já teria, em uma oportunidade vetusta, afirmado que as intervenções JÁ executadas estariam de acordo com o projeto aprovado.

Todavia, não enfatiza, como era de se esperar, que nenhum fruto foi colhido destas autorizações e obtenção de recursos. Ou melhor, não comprova a realização de qualquer melhoramento no local. Ademais, verifica-se, de rigor, que todos esses acontecimentos ocorreram em época totalmente pretérita, ou seja, em JUL/02, DEZ/02 e JUL/05, respectivamente.



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

Nesse diapasão, mister afirmar que as vistorias regularmente realizadas na GALERIA PRESTES MAIA (DOC. ANEXO N° 07) não deixam quaisquer dúvidas acerca da precária situação física do imóvel público municipal, contrariando, pois, as afirmações contraditórias trazidas aos autos pelo agravante.

Em análise daquelas vistorias, percebe-se a existência de infiltrações e vazamentos que agravam o estado de deterioração dos revestimentos, a inconclusão de obras já iniciadas, ligações clandestinas de energia elétrica, fratura de mármore, inclusive para atravessamento de dutos de ar-condicionado (OBRA EMBARGADA), forro em gesso despencando, manchas no mármore, lâmpadas quebradas, piso comprometido por falta de limpeza, entre outras máculas.

Ademais, como visto também naquelas vistorias, há o desvirtuamento do uso da área, como, v.g, o depósito de produtos de promoções da Folha de São Paulo.

**- A REVOGAÇÃO DO TERMO DE PERMISSÃO DE USO**

Assim, diante das sérias irregularidades existentes no imóvel municipal e que maculavam fatalmente a permissão do uso conferido ao MASP, aliada ao fato da existência de interesse público no imóvel em questão, entendeu por bem a Administração Pública Municipal revogá-la através do Decreto Municipal 50.352, de 24/12/2008 (Doc. Anexo n° 08).

Aliás, consoante se verifica naquele decreto, e, principalmente, nas manifestações existentes no processo administrativo que embasaram aquele diploma legal (Doc. Anexo n° 09), a



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

revogação da permissão de uso ocorreu unicamente em razão da CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE da Administração Pública, apesar das irregularidades apontadas já serem suficientes para a anulação do TPU.

De fato, inúmeras eram as irregularidades que poderiam levar a Administração Pública, por si só, a revogar o termo de permissão de uso. Todavia, revogou-se a permissão de uso, repita-se, unicamente em razão da conveniência e oportunidade da Administração Pública, já que nada impediria tal procedimento.

De fato, não havia qualquer fixação de prazo para aquela permissão que pudesse dar ensejo a uma eventual alegação de existência de permissão qualificada. Aliás, o próprio termo (doc. 03) indica expressamente tratar de uma permissão de uso a título PRECÁRIO E GRATUITO, e por PRAZO INDETERMINADO.

Por isso caberia à Administração, como realmente ocorreu, a sua REVOGAÇÃO baseada exclusivamente em RAZÕES DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE.

Nesse sentido, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* Direito Administrativo, Atlas, 5ª edição, p. 446, que “*a permissão de uso (...) não cria obrigações para a Administração Pública, que concede a permissão e a retira discricionariamente, independente do consentimento do permissionário, segundo razões exclusivamente de interesse público*”.

J. Cretella Júnior, por sua vez, ensina que “*a permissão não cria direitos, mas autoriza o seu exercício*”.

No mesmo sentido, reza o insigne CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em seu CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Ed. Malheiros, 18ª edição, pág. 853/854:



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

**“Permissão de uso de bem público é ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público. Sempre que possível, será outorgado mediante licitação ou, no mínimo, com procedimento em que se assegure tratamento isonômico aos administrados (...).”** (grifamos)

Em complementação, também se apresenta a seguinte posição doutrinária:

***“Permissão de uso de bem público é ato administrativo unilateral, discricionário, em que se atribui a alguém a possibilidade de utilização desse bem, enquanto a Administração dele não necessitar, ou enquanto permanecer o interesse público existente à época da emanção do ato”.*** (Curso de Direito Administrativo - Lúcia Valle Figueiredo - 5ª edição - fls. 539).

***“Permissão de uso de bem público é o ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público”*** (Curso de Direito Administrativo - Celso Antônio Bandeira de Mello - 11ª edição - fls. 625).

***“Permissão de uso é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável ou revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dada sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público. A revogação faz-se, em geral, sem indenização, salvo se em contrário se dispuser, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração”.*** (Direito Administrativo Brasileiro - Hely Lopes Meirelles- 21º edição - fls. 441).

Com base nessa sua prerrogativa, então, a Administração Pública Municipal revogou a permissão de uso anteriormente conferida ao MASP, por razões de conveniência e oportunidade, utilizando-se



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

de suas prerrogativas e poderes notadamente conhecidos, tais como, v.g, a que se refere à supremacia do interesse público sobre o privado.

Por isso as razões carreadas neste agravo de instrumento não devem prosperar, já que pretende o MASP induzir este E. Tribunal em equívoco ao direcionar seus argumentos no sentido de que vem realizando todas as suas obrigações previstas na concessão de forma escorreita.

Como se tratam de falsas alegações, pois se comprova neste ato a lastimável situação de um imóvel público, importante e de localização privilegiada como a Galeria Prestes Maia, não há como alcançar outra conclusão se não a de que essa ocupação está sendo totalmente prejudicial ao interesse público e à coletividade, que, além de não ter qualquer acesso ao local, também está privada de acesso à cultura, já que a finalidade da permissão se mostrou totalmente corrompida.

Por isso a revogação do Termo de Permissão de Uso era de rigor, por motivos de conveniência e oportunidade.

**- A FUTURA DESTINAÇÃO DO IMÓVEL PÚBLICO LITIGIOSO**

Nessa banda, após a desocupação da permissão de uso da Galeria Prestes Maia, pretende a Municipalidade Paulistana destiná-la a um fim exclusivamente direcionado ao interesse público, no qual se possa alcançá-lo sem qualquer objeção.

Isto porque durante todo tempo em que a detenção da Galeria Prestes Maia ficou em poder do MASP o interesse público então existente no momento da permissão não foi absolutamente atingido.



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

Ao contrário, como visto, houve regressão do estado de conservação do imóvel, além da inexistência de exposições permanentes e temporárias e de qualquer contrapartida em favor da coletividade e do Poder Público.

A lista indicada às fls. 63/64, dando conta dos eventos realizados pelo MASP na GALERIA PRESTES MAIA, joga contra as pretensões daquela entidade, já que não é crível considerar suficiente a insignificante quantidade de eventos durante mais de 9 anos de ocupação do imóvel litigioso

O fim almejado pelo Poder Público permitente nunca foi atingido com a detenção do imóvel pelo MASP, o que, absolutamente, deveria mesmo ser revisto.

À vista disso, pretende o Município de São Paulo instalar no local em voga a PINACOTECA MUNICIPAL, que possui um vasto acervo cultural consoante se pode verificar através de algumas fotos de seu acervo juntadas em anexo (Doc. Anexo nº 09).

Para tanto, já tratou a municipalidade de transferir a administração da Galeria Prestes Maia à Secretaria Municipal de Cultura, conforme se observa no Termo de Transferência de Administração ora juntado (Doc. Anexo nº 10).

**- A PINACOTECA MUNICIPAL**

Com base no detalhado relatório da Diretora da Divisão de Artes Plásticas do Centro Cultural de São Paulo (Doc. Anexo nº 11), da Secretaria Municipal de Cultura, a Pinacoteca Municipal é um *tesouro escondido* para os paulistanos.



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

Isto porque, apesar de criada pela Lei Municipal 5.859, de 14/11/61 com o propósito de reunir, catalogar e expor o acervo adquirido durante décadas pela Prefeitura paulistana, ainda não encontrou local adequado para realização de suas funções.

O mais desavisado, inclusive, certamente a confundirá com a Pinacoteca Estadual, localizada no Bairro da Luz.

Atualmente, a Pinacoteca Municipal possui cerca de 2800 obras de arte, além de diversas técnicas e seis coleções de Arte Postal com cerca de 3500 peças. Esse acervo possui muitos trabalhos relevantes de artistas importantes para arte brasileira, tais como TARSILA DO AMARAL, ANITA MALFATTI, DI CAVALCANTI, GOELDI, PORTINARI, PACETTI, VOLPI e muitos outros.

A coleção é depositária de uma herança da história da arte do Brasil, com algumas obras pontuais do período colonial e do Século 19, sendo que o seu valor é inestimável. O valor mínimo da coleção é estimado grosseiramente em R\$ 17.000.000,00.

Todavia, apesar de toda riqueza cultural, ainda não há um local adequado para a exposição do acervo. Isto porque as condições ambientais das salas onde atualmente estão armazenadas, no subsolo do Centro Cultural de São Paulo, são insatisfatórias, vez que há uma situação de improviso e não uma adequação prévia para o acomodamento, o que vem se incrementando diante do contínuo aumento das obras de arte adquiridas pela Pinacoteca.

Veja, em anexo, a declaração fiel da atual situação do acervo e do local em que ele está acomodado, relatada pelo órgão municipal competente (doc. 11).



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

Por isso, não é crível que uma área como a Galeria Prestes Maia, que possui todas as condições físicas e materiais para o alojamento e exposição de todo acervo da Pinacoteca Municipal, continue entregue às moscas, sem a geração de qualquer atividade produtiva para a Municipalidade e seus munícipes.

Ademais, também não faz sentido que um imóvel público absolutamente adequado para instalação de mobiliário público de tão elevada qualidade e valor continue sendo ocupado de forma egoísta por um particular. Deve-se o Município de São Paulo, como ora se pretende, zelar por todo seu patrimônio e interesse, o que impele, necessariamente, à retomada do imóvel hoje ocupado pelo MASP de forma precária, e a sua destinação à Secretaria Municipal da Cultura.

Por isso, de rigor a desocupação da área litigiosa para a instalação no local, como pretende esta municipalidade, da PINACOTECA MUNICIPAL.

**- O ESBULHO**

Diante deste contexto, ou seja, com a revogação do termo de permissão de uso por motivos de conveniência e oportunidade, aliado a sua situação física lastimável, deveria o MASP restituir a Galeria Prestes Maia à municipalidade, tal como previsto na cláusula 3.1.4 do termo de permissão de uso (v. doc. 03).

Todavia, como isso não se realizou, entendeu por bem o Município de São Paulo notificar o MASP (Doc. Anexo nº 12) para que, em 15 dias, desocupasse o espaço público em comento, o que não gerou qualquer efeito, vez que a ocupação persiste.



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

Aliás, em corroboração a esta insistente permanência no local público mesmo após ter sido notificado a desocupá-lo, verificou esta Municipalidade, em informação prestada pela Subprefeitura da Sé, órgão responsável juntamente com a Secretaria da Cultura para providenciar eventual ocupação, que o MASP ainda ocupa o local e que a galeria encontra-se praticamente vazia e que apenas uma de suas dependências conta com acervo pertencente ao MASP (Doc. Anexo nº 13).

Aliás, além da notificação juntada sob o nº 12, outra também restou expedida (Doc. Anexo nº 14), o que significa, em conjunto com as várias manifestações do MASP no processo administrativo correspondente, que foi conferido àquela antiga permissionária todas as condições possíveis para exercer com plenitude seu direito de defesa e contraditório, em homenagem às mais mezinhas liberdades públicas previstas na Constituição.

Assim, muito embora tenha a Municipalidade paulistana tentado resolver a detenção ilegal de seu imóvel público através da via administrativa, sem que fosse necessário se socorrer à tutela jurisdicional, há resistência por parte dos agravantes, que insistem em permanecer no imóvel público, inclusive com a interposição deste agravo, caracterizando o chamado esbulho possessório. 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 reintegratória.**

(...) 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)



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

De fato, é pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência que “a recusa da ré em desocupar o imóvel, apesar de notificada, caracteriza esbulho, dando ensejo à reclamada proteção possessória.” RT 556/108.

Ademais, forçoso ressaltar que se trata de ocupação irregular de bem de uso comum do povo que, se não reintegrado *incontinenti*, continuará beneficiando os infratores e prejudicando o restante da coletividade, real proprietária e possuidora do local.

Desse modo, mostra-se clara a pertinência da pretensão processual no sentido de se liberar imediatamente a área pública ocupada indevidamente.

Ainda, no ensinamento de Orlando Gomes, a ocupação de bem público pelo particular será sempre caracterizada como mera detenção (in “Direitos Reais”, 4ª edição, página 63), o que afasta qualquer discussão, in casu, sobre posse nova ou posse velha.

**- A INEXISTÊNCIA DE POSSE SOBRE BENS PÚBLICOS**

Sendo o imóvel ora litigioso de natureza pública, é cediço que **não há que se falar em posse de bens públicos**, sendo que qualquer ocupação neste sentido se considera mera detenção.

Neste diapasão, imperioso colacionar notáveis entendimentos jurisprudenciais prolatadas pelo E. STJ, tendo sido a primeira publicada no DJ aos 26-10-06, pág. 240, e a segunda publicada no DJ aos 14-03-05, pág, 338, na LEXSTJ, vol 189, pág, 55, e na RDDP, vol. 26, pág. 217:



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

**“RECURSO ESPECIAL, ALÍNEAS “A” E “C”. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL FUNCIONAL EM ÁREA DO JARDIM BOTANICO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 515, §3º, 535,II, 922, 926 E 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 20 DO DL 9.760/46, 516 E 547 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916E DISSÍDIO PRETORIANO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282, 284 DO STF E 07DO STJ. INEXISTÊNCIA . DIVERGÊNCIA NÃO DEMOSTARDA. RECURSO NÃO-CONHECIDO.**

**1. Trata-se de recurso especial (fls. 280/295) interposto por MARIA CÂNDIDA LOPES DA SILVA, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdãos prolatados pelo Tribunal Regional Federal da 2º Região assim sumatiados:**

**“PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL FUNCIONAL EM ÁREA DO JARDIM BOTÂNICO. LEGITIMIDADE ATIVAS AD CAUSAM. NULIDADE DA SENTENÇA DE EXTINÇÃO. ART. 515, §3º, DO CPC. INDENIZAÇÃO POR BEINFEITÓRIAS . DESCABIMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA ABRANGE HONORÁRIOS PERICIAIS.**

**1. Conforme entendimento assentado pela 1º seção desta Egrégia corte, o IBDF, sucedido pelo IBAMA, administrador do bem imóvel da União à época, cabia defender a posse desse bem, sendo parte legítima para propor a ação de reintegração de posse.**

**2. Isto posto, anulo a sentença, que extinguiu o processo sem julgamento do mérito. Cuidando-se, in casu, de questão que pressupõe análise tão-somente de direito, há que se passar diretamente ao exame do pleito, em atenção ao disposto no § 3º, do art. 515 do CPC.**

**3. O pleito da autora merece prosperar, face ao princípio da indisponibilidade do bem público, incogitável qualquer tese de posse, que possa inviabilizar a gestão da coisa pública, bem como cessão, locação e etc.**

**4. No caso dos autos trata-se de mera detenção (STJ, mutandis, Resp 146367, DJ 14/03/05) exercida pelo réu. A posse neles exercida não oferece garantia de permanência. A demonstração de posse anterior, em nada muda esta situação, simplesmente porque nenhum particular pode possuir bens públicos exercendo sobre estes a mera detenção, conforme preconizado no artigo 71 do Decreto- lei 9.760/46.**

**5. No mais, tendo sido o réu regularmente notificado para desocupar o imóvel conforme documento de fl.13, 13/05/87, e deixando de tomar qualquer providência neste sentido, caracteriza-se aí o esbulho, sendo, portanto necessária e cabível a propositura da presente ação, face a ser única maneira da parte autora reaver seu imóvel, razão pela qual assiste á mesma direito a reintegração na forma do art. 926 e 927 do Código de Processo Civil.**

**6. Dos termos do art. 1º da Lei 5.285 de 5/5/67, conclui-se que o servidor aposentado ou a família do servidor falecido terão o prazo de 90 dias para desocupar o imóvel.**



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

**7. A teor do artigo 90, do Decreto-Lei 9760/46 as acessões, e benfeitorias só seriam indenizáveis se houvesse prévia notificação ao Poder-Público, o que não se configurou, o que atrai o artigo 71, do ferido diploma legislativo, legitimado a conduta da união, afastando o pleito indenizatório, em prol do interesse público.**

**8. Por derradeiro, quanto aos honorários do perito, não há como condenar o IBAMA a arcar com tal encargo, primeiro, porque não foi ele quem requereu a realização da perícia (art. 33, CPC), segundo, porque, ao final, quem arca com tal despesa é a parte sucumbente (art.20, “caput” e § 2º do CPC), in casu, a parte ré, que é beneficiária da gratuidade de justiça que, a teor do disposto no art. 3º, v, da LEI 1.060/50, abrange também os honorários do perito.**

**9. Apesar de ter sido dado provimento integral ao pleito autoral, deixo de condenar a parte ré em honorários, tendo em vista ser beneficiária da gratuidade da justiça.**

**10. Ante o exposto, não conheço do agravo retido e dou provimento à apelação para anular a sentença, e prosseguindo na forma do art. 515, do CPC, julgar procedente, em parte, a reintegração de posse.” (fls. 259/260)**

(...)

**A recorrente aponta violação dos seguintes textos legais: artigos 515, §3º, 535,II, 922, 826 e 927 do Código de processo Civil, 20 do DL 9.760/46, 516 e 547 do Código Civil de 1916 e dissídio pretoriano. Pede a anulação dos acórdãos a fim de que seja determinada a remessa dos autos ao juízo monocrático para que se proceda à instrução processual, permitindo a produção de todas as provas pleiteadas. Alternativamente, requer que seja julgado improcedente o pedido de reintegração de posse, com a inversão dos ônus sucumbências, bem como seja concedida indenização no valor correspondente à construção da casa, às benfeitorias e acessões realizadas às expensas da recorrente. Contra-razões pugnando pela manutenção do aresto impugnado. Juízo prelibatório positivo.**

**2. Não prospera a insurgência recursal pela indicada vulneração dos artigos 516 e 547 do Código Civil de 1916; 922 do Código de Processo Civil e 20 do Decreto-lei 9760/46 por ausente o prequestionamento dos citados dispositivos conforme se contata da leitura dos acórdãos vesgatados. Incidência da Súmula 282/ STF. Outrossim, a divergência pretoriana não obedeceu ao regramento imposto pelo artigo 255 e seus parágrafos do RISTJ.**

**3.No concernente ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, a recorrente não se fez a exposição dos motivos pelos quais o entendeu infringindo pelo acórdão infirmado. É necessário ao conhecimento do apelo nobre que a parte presente de forma objetiva o motivo de sua irresignação. No caso, incide a óbice Sumular 284/ STF.**

**4. Se o decisório reclamado apoiou-se nos fatos constantes dos autos para firmar a conclusão de que restou caracterizado o ‘esbulho’ pela recorrente, em relação ao imóvel pertencente à união, faz-se impossível a investigação da aludida afronta aos artigos**



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

*926 e 927, II e III, do Diploma adjectivo Civil. Da mesma forma, inviável o exame de vulneração nesta sede relativamente ao artigo 515, § 3º, do CPC, pois o acórdão, ao negar o cerceamento de defesa, assim sustentou “a produção das provas requeridas pelos réus somente se revelaria útil à demanda se fosse caso de se condenar a União Federal a indenizar a parte ré pelas benfeitorias necessárias realizadas no imóvel mediante notificado à autora dentro de 120 dias da execução da mesma conforme dispõe o art. 90 do DL 9.760/46.*

*Notificado esta que não consta dos autos. Incogitável, pois, a realização de um ato testemunhal e pericial, especialmente quando não houve apresentação de qualquer início de prova testemunhal e pericial a respeito das supostas benfeitorias e acessões realizadas. “Incide, novamente a Súmula 07/STJ.*

**5. Recurso especial não-conhecido**

**(RESP 816585 RJ, REL.MINISTRO JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 05.10.2006, DJ 25.10.2006 p 240) (grifos nossos)**

**“INTERDITO PROIBITÓRIO. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA, PERTENCENTE À COMPANHIA IMOBILIÁRIA DE BRASÍLIA – TERRACAP”. INADMISSIBILIDADE DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA NO CASO**

**-A ocupação de bem público, ainda que dominical, não passa de mera detenção, caso em que se afigura inadmissível o pleito da proteção possessória contra o órgão público. Não induzem posse os atos de mera tolerância (art. 497 do cc/1916).**

**Recurso especial não conhecido.**

**Resp 146367/DF, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTAS TURMA, julgado em 14.12.2004, DJ 14.03.2005, p.338)”(grifei)**

Assim, inexistindo posse sobre bens públicos, não há que se falar, pois, em posse longeva ou qualificada capaz de manter o invasor no imóvel público pleiteado.

**- DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC**

De outra banda, mister asseverar, consoante as normas de direito público, que o art. 927 do CPC se aplica corretamente ao caso em testilha, pois deve ser interpretado *cum grano salis* no



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

presente caso, já que é diverso se comparado com a tradicional interpretação levada a efeito na relação entre particulares.

Mesmo assim, o Município de São Paulo comprovou exaustivamente sua posse e propriedade sobre o bem, a turbação perpetrada pelo agravante, já que desatendeu diversas notificações administrativas, além de ter identificado com precisão o imóvel ora em litígio.

**- IMPUGNAÇÕES ESPECÍFICAS DAS RAZÕES RECURSAIS APRESENTADAS**

Diante de todo o exposto, não há como dar razão a qualquer alegação trazida à baila pelo agravante.

Senão, vejamos:

***a) Inexistência de Nulidade da Decisão Liminar***

Alega, aqui, o agravante, que a decisão *a quo* que deferiu a liminar é nula em razão da não concessão de vista dos autos para analisar e se manifestar acerca de petição apresentada pela municipalidade, com inclusão de vistoria recente do local.

Ora, tal petição, como propriamente afirmou o agravante, foi juntada aos autos em audiência na qual estava presente (doc. 02) o procurador do MASP, e que teve ciência naquela oportunidade do teor da petição e de seu anexo, já que houve debate sobre o seu conteúdo e manifestação do procurador do MASP de que realmente houve a vistoria no local.



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

A alegação, agora, de nulidade da decisão, não deve prevalecer diante do já conhecimento de seu teor, podendo ser considerada, inclusive, uma deslealdade processual.

Todavia, apesar do MASP ter conhecimento do teor daquela petição, transcorreu *in albis* o prazo para se manifestar, nos termos do art. 398 do CPC, não podendo, agora, requerer a nulidade de uma decisão por ter tido a chance de se manifestar, não o fazendo.

***b) Fundamento da Liminar***

De outra banda, afirma o agravante que a decisão liminar de primeiro grau, tendo justificado a revogação com fulcro na letra *d* da Cláusula 9ª do Termo de Permissão de Uso, não deve prevalecer diante da inexistência do fundamento, já que prevê aquela disposição contratual que a rescisão da permissão ocorreria em razão da extinção ou dissolução da permissionária, o que não ocorreu.

Em que pese constar naquela decisão a referência à letra *d*, manifesto o erro material existente, já que a revogação da permissão ocorreu com fulcro em outros dispositivos daquele termo de permissão (doc. 03), tal como a letra *a* da cláusula nona e o disposto na cláusula 3.1.4 que impõe o fim da permissão por ocasião de sua simples revogação por conveniência e oportunidade.

Ora, o decreto que revogou a permissão (doc. 08), além de sua razão de decidir (doc. 15), manifestou clara justificativa na CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE como razão única e fundamental na revogação da permissão.

***c) Postergação do início da ocupação pelo MASP***



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

Aduz, também, o agravante, de que, apesar da formalização da permissão de uso ter ocorrido em dezembro de 1996, passou a ocupar efetivamente a área em novembro de 2000. Com isso parece pretender o MASP ter o direito de ficar no imóvel por um período maior do que deseja a municipalidade. Seria uma espécie de compensação.

Ora, tal fato não justifica, de forma alguma, a reforma da decisão de primeiro grau, concessiva de liminar, já que desprovida de qualquer pertinência com o caso concreto.

Mesmo ocupando a partir de 2000, teve o MASP todas as oportunidades para justificar sua permanência no local, o que, de fato, não ocorreu, já que, como visto, houve total dilapidação do imóvel permitido.

Ademais, como muito bem ressaltado pela própria requerida, a permissão ocorreu por tempo indeterminado, não existindo termo inicial e final fixos.

De fato, trata-se de permissão de uso de bem público deferido ao MASP por exclusivas razões de conveniência e oportunidade, razão pela qual não pode pretender aquele museu tornar qualificada uma permissão que nunca teve esta característica.

Ora, a não iniciação da permissão no tempo devido, por motivos que certamente fogem ao objeto desta demanda, não pode ter o condão de servir como uma carta em branco ao requerido para fazer valer a autotutela, ou seja, a justiça com suas próprias forças, como se ainda estivesse valendo a regra do Talião.

Afirmações e justificativas como a presente apenas reforçam a existência de esbulho ensejador do remédio possessório,



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

mormente diante do fato de que após o início da posse do MASP até sua revogação pelo Poder Público Municipal já se passaram mais de 09 anos de total inércia do permissionário, como exaustivamente se demonstrou na exordial.

A professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, só para ilustrar o pensamento da doutrina e jurisprudência dominante, afirma, em sua obra consagrada DIREITO ADMINISTRATIVO, 14<sup>a</sup> edição, Ed. Atlas, p. 565, que:

***“Permissão de uso é ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público.***

(...)

***Aliás, o fato de tratar-se de bem destinado, por sua natureza ou destinação legal, ao uso coletivo, impede que o uso privativo seja permitido ou autorizado para fins de interesse exclusivo do particular; embora seja assegurada, com a permissão, determinada vantagem ao usuário, não auferida pela generalidade dos indivíduos, o uso por ele exercido deve proporcionar algum benefício de caráter geral. Por essa razão, também, embora o vocábulo permissão dê a idéia de faculdade que pode ser ou não exercida, na realidade o permissionário se obriga a utilizar o bem para o fim determinado, sob pena de, não o fazendo, ser-lhe retirada a permissão.”*** (grifei).

**d) Ausência de responsabilidade do Município**

De outra banda, pretende impingir o Agravante responsabilidade exclusiva do Município de São Paulo no fato do MASP não ter realizado as obras de reforma e reparo, como afirmado na exordial.

Nada mais falso.



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

Ora, do valor total previsto naquela lei, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) foram repassados regularmente àquela entidade, restando somente o terço final, que, convenientemente à vontade da requerida, seria o terço que caberia exclusivamente à reforma da Galeria Prestes Maia enquanto aquele valor liberado seria destinado ao prédio da Av. Paulista.

Trata-se, sem dúvida, de uma cômoda afirmação e induz, ao mesmo tempo, a uma inevitável questão: Por que parte do um milhão já liberado não foi destinado à Galeria Prestes Maia, que se encontra aquele imóvel em situação penosa?

Ademais, o terço restante também não foi liberado por conta justamente dessa desídia da requerida em dispensar o mínimo de cuidado ao prédio da Galeria Prestes Maia, que se encontra, como visto, em situação praticamente de abandono. Ou seja, a falta de contrapartidas tanto em relação ao fim da permissão quanto no que tange aos cuidados físicos que deveriam ser direcionados ao imóvel foram causas impeditivas, com razão, da não liberação do valor faltante.

Trata-se de dinheiro público e, portanto, deve mesmo ser gasto com critério.

Pretende, inclusive, mitigar o testemunho de servidora pública quando esta, embora afirmando a situação precária do imóvel, apenas o fez para corroborar a tese de que o uso do local é possível desde que ocorra o reparo adequado, que deve ser diuturnamente mantido.

Veja, a propósito, importante passagem daquele testemunho:



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

***“... o problema de infiltração poderia ser facilmente contornado com a instalação de bandejas em paralelo à junta de dilatação da Praça do Patriarca e do Viaduto do Chá, solução esta que se mostra viável do ponto de vista técnico e econômico ... o MASP não concluiu as obras iniciadas, obras estas que estão sendo realizadas de maneira ilegal, como já se disse, sem alvará de reforma e sem autorização do DPH ... que hoje em dia há tecnologia que permite isolar a instalação elétrica da infiltração de água, de sorte que o alegado problema de infiltração não passou de pretexto, na sua maneira de ver, para que o MASP deixasse de fazer a manutenção das obras a que se comprometeu.”***

***e) As autorizações existentes***

Outrossim, afirma o MASP que possui diversas autorizações para a revitalização do local.

Todavia, em que pese à existência dessas autorizações, nenhuma delas foi capaz de deflagrar a realização de reformas e reparos satisfatórios na Galeria Prestes Maia, que, como já comprovado, está em estado físico lastimável.

Mister verificar que, consoante se observa nas vistorias juntadas sob o nº 07, a existência de autorizações dos órgãos competentes não foi capaz de alterar a situação fática com a realização de reparos e reformas suficientes.

Aliás, abre-se um parêntesis, aqui, para ressaltar o fato de que o MASP é incansável em enviar e protocolar cartas e requerimentos nos mais diversos órgãos públicos pleiteando recursos ou toda sorte de autorizações. Todavia, essa diligência não se repete no campo dos fatos, onde nada de contundente está fazendo o MASP na Galeria Prestes Maia para preservar um imóvel que não lhe pertence, mas, sim, a toda coletividade paulistana.

***f) Inexistência de Comprovação de Gastos no Imóvel***



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

Apesar do MASP afirmar exaustivamente de que já gastou uma pequena fortuna na manutenção da Galeria Prestes Maia, ainda não juntou qualquer comprovação a respeito, o que impele à descaracterização daquela afirmação, não podendo ser usada, *data venia*, como razão de decidir.

Isto porque os gastos já realizados com a manutenção do local não podem ser levados a sério nem utilizados como fundamento para qualquer decisão, pois se trata de afirmação destituída de qualquer comprovação.

De fato, o propalado valor de R\$ 2.155.000, 00, em dezembro de 2008, é um dado vazio de comprovação, não podendo realmente ser decisivo no julgamento desta demanda, já que não se desincumbiu o requerido do seu ônus de impugnar e especificar os fatos carreados na peça vestibular, não podendo fazê-lo posteriormente em razão da existência de preclusão consumativa.

Aliás, a própria afirmação de que a requerida conseguira recursos do Ministério da Cultura em razão dos incentivos da Lei Rouanet também se encontram no mesmo diapasão, já que, em que pese eventual incentivo federal, não há nada que comprove que aqueles valores foram efetivamente destinados à finalidade do uso da Galeria Prestes Maia.

**- A URGÊNCIA NA RETOMADA DA GALERIA PRESTES MAIA**

Outrossim, manifesta a urgência da URBE em retomar o espaço público ocupado de forma irregular pelo MASP, já que revogada a permissão, que legitimava seu uso.



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

Neste ponto, bem observou esta D. Desembargadora Relatora que o imóvel teria que passar por uma reforma e adequação para receber o acervo da Pinacoteca Municipal, todavia, quanto mais tempo se gasta para retomar o imóvel e iniciar essas obras maior a demora em destinar o espaço público a um fim que atenda o anseio dos paulistanos.

Ademais, em que pese ser da mesma natureza o uso que se pretende dar ao imóvel, o fato inquestionável é que qualquer uso já seria melhor do que nenhum, como ocorre atualmente com a ocupação levada a efeito pelo MASP.

Na mesma banda, a revogação por conveniência e oportunidade deveria surtir efeitos imediatos, já que extingue com a ocupação precária então exercida pelo MASP e consagra a supremacia do interesse público.

Por isso se considera existente a urgência na retomada do imóvel, e se justifica o pedido de RECONSIDERAÇÃO feito ao final.

**- AS CONCLUSÕES**

Diante de todo o exposto, não há como não concluir de que a situação pífia em que se encontra a Galeria Prestes Maia é comprovação suficiente da desídia da Agravante em sua manutenção e uso, desvirtuando totalmente a finalidade original e ontológica.

Não se desconhece, pois, a importância do MASP para a cultura nacional, mas se enfatiza, todavia, o prejuízo que sua ocupação está proporcionando a um imóvel público privilegiado.



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

Todavia, não se deve permitir que tal afirmação seja a razão do julgamento deste agravo, mas, sim, um motivo a mais para tanto.

As razões recursais, nesse diapasão, tentam levar o operador do direito a uma interpretação destoante da realidade, como se o motivo da revogação fosse a situação precária do imóvel. Nada mais equivocado.

Isto porque a revogação da permissão de uso em testilha, como dito, foi realizada por motivos de conveniência e oportunidade da Administração Pública, após regular procedimento administrativo, devidamente fundamentado e com oportunização ao agravante do uso de todo tipo de defesa prevista em lei.

Pretende-se, como visto, retomar importante espaço público para destinar a ele utilização adequada com sua natureza e útil para toda coletividade. A instalação da Pinacoteca Municipal, como visto, compreenderia todas essas finalidades da desocupação.

Não há qualquer mácula em tal proceder, ocorrendo, destarte, atuação escorreita da Administração Pública no seu *munus* de proteção do patrimônio municipal imobiliário de acordo com o melhor uso para a população.

Não se desconhece, neste passo, que apesar da discricionariedade que envolve este tipo de revogação por conveniência e oportunidade, ela não se desvencilha, na maioria das vezes, da necessidade de motivação.



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

Todavia, até essa fundamentação foi bem repisada no processo administrativo que deu ensejo à revogação da permissão em foco, não havendo que se falar em falta de motivação, como também pretende o agravante.

Nessa toada, aliás, não vale a assertiva trazida à colação pelo agravante de que o imóvel público litigioso não seria adequado às instalações da Pinacoteca.

Para tanto, justifica seu entendimento em manifestação exarada por uma única servidora municipal de que o local não comportaria uso para o fim desejado, em que pese esta afirmação ter sido contrariada por diversos órgãos públicos, inclusive pelo Secretário Municipal de Gestão ao transferir a administração do imóvel à Secretaria Municipal de Cultura e pelo testemunho da servidora pública municipal.

Ora, se o local suporta a ocupação pelo MASP, porque não suportaria acomodar a PINACOTECA MUNICIPAL, já que possuem fins e objetos idênticos.

Manifesta a existência de interesse público na revogação e posterior alocação da PINACOTECA no imóvel litigioso já que, como se ressaltou na peça vestibular, possui esta um acervo magnífico e vultoso, embora destituído de local próprio e adequado onde a municipalidade possa expor todo este patrimônio que é de todos os paulistanos.

Não há qualquer ilegalidade na finalidade desta permissão, pois é a manifestação pura e autêntica do interesse público e de sua supremacia sobre a vontade do particular permissionário.

Aliás, como bem ressaltou a historiadora e servidora VERA, em seu testemunho às fls. 197, *há necessidade de reformas*



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

*principalmente no que concerne à infiltrações, o que não é motivo de preocupação porque atividades deste tipo, que envolvem exposição do acervo de obras de arte demandam cuidados diários, inclusive com vistoria feita com aparelhos capazes de detectar a alteração da umidade de ar, indício de infiltração, quando esta nem mesmo é perceptível aos olhos de uma pessoa.*

No mesmo sentido o testemunho da servidora e arquiteta MIRTHES, às fls. 200, que *no concernente ao ofício expedido por DEUSO, da lavra da arquiteta Rosângela Colnaghi, tem a dizer que não conhecia os termos daquele documento, com os quais não concorda, ao que acrescenta que qualquer ambiente, por mais inóspito que seja, até mesmo uma caverna, pode se tornar habitável, com a instalação de equipamentos necessários à funcionalidade do ambiente; que hoje em dia há tecnologia que permite isolar a instalação elétrica da infiltração de água, de sorte que o alegado problema de infiltração não passou de pretexto, na sua maneira de ver, para que o MASP deixasse de fazer a manutenção das obras a que se comprometeu.*

Por fim, a referência ao pedido de indenização deve ser ignorado nesta senda, já que não é campo próprio para tanto diante da decisão *a quo* ter passado ao largo deste assunto.

**- DOS PEDIDOS**

Deste modo, requer se digne V. Exa., esta Colenda Câmara e este E. Tribunal:

- 1. RECONSIDERAR**, com fulcro no art. 527, § único, parte final, CPC, a decisão que deferiu o EFEITO SUSPENSIVO em favor do AGRAVANTE, já que a sua permanência vem proporcionando um *periculum in mora inverso* em desfavor deste AGRAVADO, com base nas argumentações e comprovações acima realizadas, mormente diante do fato de que a



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

continuidade da ocupação da Galeria Prestes Maia pelo MASP gerou e continua gerando sérios desfalques físicos no local.

- 2.** NO MÉRITO, o improvimento deste agravo, com fundamento nas razões acima expostas.

Nestes termos.

Pede improvimento.

São Paulo, 26 de maio de 2009.

**SÉRGIO BARBOSA JÚNIOR**  
**PROCURADOR DO MUNICÍPIO – PATR 22**  
**OAB/SP 202.025**

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

Excelentíssima Senhora Desembargadora VERA ANGRISANI, Digníssima Relatora  
do agravo de instrumento nº 971.098.5/0-00 – TJ

sala 217

**MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por seu procurador, nos autos do recurso de agravo de instrumento nº 971.098.5/0-00 interposto pela **SC DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.** – nos autos da ação de procedimento ordinário nº 2143/053.09.035928-6 – 7ª Vara da Fazenda Pública –, esclarecendo não ter sido ainda citada para os termos da ação proposta pela agravante mas tendo tido ciência da interposição do presente recurso de agravo, assim como do despacho prolatado a fl. 82, que, liminarmente, concedera “efeito suspensivo ativo ao presente recurso”, vem requerer a Vossa Excelência a sua reconsideração, a fim de que a perícia contábil seja realizada nos termos da decisão agravada<sup>1</sup> – que continuará a garantir a avaliação antecipada do fundo de comércio –, ***sem, contudo, suspender a ordem de imissão***, considerando-se não existir, não só fun-

---

1. Cujá cópia segue anexa como Doc. 1.

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

2

damento legal como qualquer justificativa juridicamente razoável para o acolhimento de infundado inconformismo, manifestado contra a incensurável decisão agravada.

Com efeito, limitada que estará estritamente ao exame da escrituração dos registros contábeis<sup>2</sup> da empresa autora locatária ora agravante, a produção da competente prova pericial, tal como determinada pela decisão agravada não constitui óbice à liberação do imóvel para fins de imissão na posse nem a imissão na posse interferirá na realização do exame pericial, consignando-se além do mais, que o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já deixou decidido que a ação de desapropriação somente pode ser interrompida por interesse público maior,<sup>3</sup> consoante acórdão proferido nos autos do recurso de agravo de instrumento nº 868.936-5/0-00, REL. DES. DANILO PANIZZA (Doc. 2):<sup>4</sup>

***AGRAVO DE INSTRUMENTO – INDENIZATÓRIA - FUNDO DE COMÉRCIO - DESAPROPRIAÇÃO ANTECEDENTE - OBSTRUÇÃO - INVIABILIDADE.***

***O autor inquilino de demanda indenizatória, buscando ressarcimento do fundo de comércio, não tem a seu***

---

2. Inexistindo, portanto, risco de violação a direito da agravante.

3. Fato que não se verifica na hipótese.

4. Fonte [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

3

***favor o direito de obstar a ação de desapropriação para produzir prova que utilizará no seu processo; a desapropriação tem trâmite próprio e, uma vez feito o depósito que atende a avaliação prévia do imóvel, somente pode ser interrompida por interesse público maior.***

***Recurso provido.***

De assinalar-se ainda que os arestos invocados pela agravante, quais sejam **(a)** AI nº 731.179-5/0-00 – 6ª Câmara – REL. DES. OLIVEIRA SANTOS; **(b)** AI nº 864288-5/2 – 6ª Câmara, REL. DES. EVARISTO DOS SANTOS; **(c)** AI nº 611.285-5/5-00 – 11ª Câmara, REL. DES. FRANCISCO VICENTE ROSSI; **(d)** AI nº 807.853-5/4-00 – 10ª Câmara – REL. DES. REINALDO MILUZZI; e **(e)** AI nº 892.038-5/2 – 6ª Câmara – REL. DES. LEME DE CAMPOS (confirmam-se fls. 13, 14),<sup>5</sup> além de negar vigência, de forma oblíqua,<sup>6</sup> ao art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, assim como aos arts. 5º, inciso XXIV,<sup>7</sup> e 37, § 6º,<sup>8</sup> da Constituição da República, nada mais estão

---

5. Assim como aqueles referidos a fl. 10 do Tribunal Regional Federal – 3ª Região.

6. Em *Técnica do Recurso Extraordinário no Cível*, publicado na RT 602/9, Theotônio Negrão anota que a negativa de vigência a dispositivo de lei, de forma oblíqua, “consiste em fazer incidir sobre certo fato dispositivo legal inaplicável (RTJ 86/691, 98/423 e 106/385; RT 516/22)” (pág. 13, segunda coluna, item 21, final).

7. Que assim consagra o princípio da justa e prévia indenização:

***Art. 5º (...):***

.....  
***XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou***

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

4

a fazer que<sup>9</sup> arbitrar – *em afronta inclusive<sup>10</sup> ao princípio constitucional da independência e harmonia entre os poderes, consagrado no art. 2º da Constituição da República* – regra não prevista no ordenamento.

O art. 15 da Lei Geral das Desapropriações ao condicionar o deferimento da imissão provisória na posse, “independentemente da citação do réu, mediante o depósito” (§ 1º), assim o faz apenas e tão somente em favor do proprietário do imóvel expropriando.

Neste sentido a Egrégia Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento proferido em autos de agravo de instrumento nº 661.644-5/8-00 – SP, em que eminente REL. DES. RICAR-

---

*por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta constituição;*

8- Que assim consagra o princípio da responsabilidade objetiva:

**Art. 37 (...):**

.....  
**§ 6º – As pessoas de jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.**

9. A pretexto de pseudo-hermenêutica.

10. Por usurpação de competência em matéria legislativa.

DO FEITOSA deixou averbado que o constituinte garantiu o direito à indenização prévia somente ao desapropriado (Doc. 3):<sup>11</sup>

*Somente ao expropriado a Constituição Federal garante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, inciso XXIV), ao mesmo tempo que é apenas em favor dele que o art. 15 da Lei das Desapropriações condiciona a imissão provisória na posse dos bens ao depósito da quantia arbitrada em avaliação.*

*Por outro lado, não existe entre o expropriado e terceiro reflexamente atingido pela desapropriação situação de exata similitude, de molde a autorizar a concessão a este da proteção ou o ordenamento jurídico reservado com exclusividade àquele, a pretexto de atendimento ao princípio da isonomia.*

*Ademais, a tutela cuja antecipação se pretende não guarda correspondência com a tutela definitiva que será prestada se a ação for julgada procedente, simplesmente de pagamento de indenização na imissão na posse deferida na ação de desapropriação.*

---

11. No mesmo sentido acórdão proferido nos autos do recurso de Agravo de Instrumento nº 804.751-5/7-00, REL. DES. RICARDO FEITOSA (fonte [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)).

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

6

Na mesma direção o não menos eminente REL. DES. THALES DO AMARAL em decisão denegatória de pedido de liminar em autos de apelação nº 694.092.5/4-00, sufragando o mesmo entendimento acima exposto, pondera que *o locatário não pode se insurgir contra o ato expropriatório, a fim de impedir a imissão na posse, devendo pleitear eventuais direitos contra o poder público por via própria. (...). De outro lado, a justa e prévia indenização em dinheiro, a que se refere o artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, diz respeito apenas ao expropriado. Também a ele, e não a terceiro, refere-se o artigo 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, ao condicionar a imissão provisória na posse ao depósito da importância arbitrada em avaliação prévia. (...). Enfim, os requerentes, titulares apenas de direito pessoal, e não de direito real sobre coisa alheia, na condição de locatários, não tem como impedir o curso do processo, com a imissão na posse pelo poder público.*

No julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 927.490.5/2-00, em acórdão da lavra de eminente REL. DES. TORRES DE CARVALHO (Doc. 4), asseverou-se que *A vinculação feita pelo juízo nega vigência ao art. 15 do DL nº 3.365/41 e não pode subsistir.*

A respaldar o já substancioso e magistral voto, eminente Relator deixa consignado que:

***É entendimento confortado pelo Superior Tribunal de Justiça.<sup>12</sup> (...) Não resta dúvida, portanto, que eventual prejuízo ocasionado ao locatário, em razão da perda do fundo de comércio, deve ser indenizado pelo ente expropriante. Entretanto, tal indenização, no caso de ser devida ao locatário, deve ser buscada pela via ordinária, sobretudo se considerado o limitado número de questões que podem ser discutidas em sede de desapropriação. Em consequência, não se pode condicionar a imissão prévia na posse ao depósito prévio do valor devido ao locatário – que sequer integra a relação processual – a título de indenização pela perda do fundo de comércio. (Hospedaria Ibéria Ltda. – ME VS Prefeitura Municipal de São Paulo, MC nº 15.332-SP, 1ª Turma, 10-3-2009, Rel. Min. Denise Arruda, decisão singular, indeferiu a liminar e negou seguimento à cautelar) (negrito nosso).***

Isso porque a realidade jurídica do locatário terceiro não-proprietário do imóvel titular de direito do fundo de comércio não se confunde com a do proprietário do imóvel declarado de utilidade pública para fins de desapropriação, submetendo-se cada qual a regimes jurídicos diversos.

---

12. Sem grifo e sem negrito no original.

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

8

Desapropriação consoante magistério de Hely Lopes  
Meirelles:<sup>13</sup>

*(...) é a transferência compulsória da propriedade particular (ou pública de entidade de grau inferior para o superior) para o Poder Público ou seus delegados, por utilidade ou necessidade pública, ou ainda por interesse social, mediante prévia de justa indenização em dinheiro (art. 5º, XXIV, CF) (...).*

Na desapropriação a garantia ao recebimento prévio da indenização tem seu fundamento no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição da República, que, por se tratar de regra de exceção a outro cânone constitucional, qual seja o da garantia do direito de propriedade, consagrado no inciso XXII do mesmo art. 5º, deve ser interpretada restritivamente,<sup>14</sup> em favor unicamente de seu destinatário que é apenas e tão-somente o proprietário do bem objetivado pelo poder público, ou seja, ninguém além do expropriado.

---

13. Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Edição/1990, Editora Revista dos Tribunais, p. 497.

14. Incidindo aqui o preceito clássico segundo o qual *Exceptiones sunt strictissime interpretationis* – “interpretam-se as exceções estritissimamente” (*apud* Carlos Maximiliano *in* Hermenêutica e Interpretação do Direito, Editora Forense/1981, 9ª edição/2ª tiragem, p. 225).

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

9

Aqui o Estado atua diretamente sobre o patrimônio do administrado,<sup>15</sup> substituindo um bem que o integra pelo correspondente monetário. O bem deixa o patrimônio do expropriado e passa a integrar o patrimônio público.

A relação jurídica do poder público com o titular de direito do fundo de comércio atingido por reflexo de ato expropriatório<sup>16</sup> se estabelece com fundamento na responsabilidade civil do Estado por ato lícito, regida pela norma do art. 37, § 6º, da Constituição da República.<sup>17</sup> Diferente da desapropriação, aqui não ocorre transferência do direito subjetivo do administrado para o Estado.

O instituto da desapropriação<sup>18</sup> se caracteriza pela supremacia do interesse público sobre o particular,<sup>19</sup> resguardada a justa e prévia indenização ao titular do direito real sobre o imóvel.

---

15. Hipótese em que está em jogo direito de natureza real.

16. Em decorrência, portanto, de comportamento administrativo que apenas indiretamente atinge interesse juridicamente protegido do particular causando-lhe perecimento ou lesão.

17. Hipótese em que está em jogo direito de natureza pessoal.

18. Que constitui – *conforme já assinalado* – exceção ao princípio da garantia constitucional do direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII, da CF).

19. Neste sentido confira-se o acima mencionado agravo de instrumento nº 868.936-5/0-00, REL. DES. DANILO PANIZZA (Doc. 2).

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

10

Na lição de José Afonso da Silva o art. 5º, inciso XXIV, da Constituição da República, que consagra o princípio da justa e prévia indenização, integra o grupo das normas constitucionais de eficácia contida,<sup>20</sup> assim conceituadas pelo iminente jurista:<sup>21</sup>

*15. Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.*

Ao estabelecer o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública o legislador ordinário conferiu, conciliando o princípio constitucional da justa e prévia indenização com o caráter urgente do interesse público celeridade no processamento das ações expropriatórias, conforme o rito traçado na Lei Geral das Desapropriações, porém, em momento algum equiparou direito de locatário ao de proprietário do imóvel.

---

20. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2ª edição/revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais/1982, item 8, p. 101.

21. Obra citada, p. 105.

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

11

Assim, a imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito (art. 15, § 1º, da Lei Geral das Desapropriações), e a citação, consoante o disposto no art. 16 do mesmo diploma, far-se-á por mandado na pessoa do proprietário dos bens; a do marido dispensa a da mulher; a de um sócio, ou administrador, a dos demais, quando o bem pertencer a sociedade; a do administrador da coisa no caso de condomínio, exceto o de edifício de apartamentos constituindo cada um propriedade autônoma, a dos demais condôminos, e a do inventariante, e, se não houver, a do cônjuge, herdeiro, ou legatário, detentor da herança, a dos demais interessados, quando o bem pertencer ao espólio. A instância não se interrompe, nem mesmo com o falecimento do réu (art. 21), a contestação só poderá versar sobre vício do processo; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta (art. 20). No valor da indenização, que será contemporâneo da avaliação, não se incluirão os direitos de terceiros contra o expropriado (art. 26), e a sentença deverá, para realização da justa indenização, atender, dentre outros fatores, o interesse<sup>22</sup> que do imóvel auferir o proprietário (art. 27).

No âmbito dessa hermética sistemática entrecruzada de normas e princípio não se vislumbra possibilidade para se legitimar locatário de imóvel expropriando a obstar a imissão provisória na posse – *seja diretamente no âmbito dos próprios autos da ação de desapropriação ou indiretamente, por intermédio de ação autônoma* – e muito menos ainda ao prévio recebimento de

---

22. Que não se confunde com o do locatário do imóvel.

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

12

uma indenização<sup>23</sup> que não se sabe se ao final de uma longa e imprevisível instrução probatória restará – e em que medida<sup>24</sup> – ou não, devidamente comprovada.

Como se sabe a apuração de valor do fundo de comércio depende de criteriosa análise da escrituração contábil, por intermédio de perícia contábil.

Para válida e regular apuração de valor do fundo de comércio, absolutamente imprescindível que os registros contábeis estejam devi-  
damente escriturados,<sup>25</sup> à luz não só do REGULAMENTO DO SIMPLES como também dos seguintes dispositivos do Código Civil:<sup>26</sup>

---

23. Em respeito inclusive ao princípio constitucional da legalidade segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, inciso II, da CF), e aos demais os princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) e do contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

24. Na esteira inclusive do disposto no art. 944 do Código Civil, segundo o qual a indenização mede-se pela extensão do dano.

25. Precisamente por proporcionar às partes e ao juízo a necessária segurança jurídica quanto a uma escoreita apuração de valor do fundo de comércio, livrando-a inclusive do inaceitável risco de ver-se contaminada pelo inadmissível vício da subjetividade, ou de descabidas presunções ou até mesmo de inaceitáveis arbitrariedades.

26. Do contrário não só fragilizado estará o princípio do livre convencimento do juiz, consagrado no art. 131 do Código de Processo Civil como fraudado estará o próprio ordenamento – notadamente os princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) e do contraditório e ampla defesa (inciso LV), penalizando-se apenas o cumpridor da lei e, perversamente, beneficiando-se o não-cumpridor (!).

***Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.***

***Art. 1.180. Além dos demais livros exigidos por lei, é indispensável o Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica.***

***Parágrafo único. A adoção de fichas não dispensa o uso de livro apropriado para o lançamento do balanço patrimonial e do de resultado econômico.***

***Art. 1.181. Salvo disposição especial da lei, os livros obrigatórios e, se for o caso, as fichas, antes de postos em uso, devem ser autenticados no Registro Público de Empresas Mercantis.***

***Art. 1.184. No Diário serão lançadas, com individualização, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa.***

O REGULAMENTO DO SIMPLES estabelece o seguinte:<sup>27</sup>

*A Microempresa (ME) e a Empresa de Pequeno Porte (EPP) ficam dispensadas da escrituração comercial para fins comerciais, desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, os livros obrigatórios abaixo relacionados:*

- *Livro caixa no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira, inclusive bancária;*
- *Livro de Registro de Inventário no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário;*
- *Todos os documentos e demais papéis que serviram de base para a escrituração dos respectivos livros.*

---

27. Não se olvidando ainda da regra do art. 226 do Código Civil, que assim normatiza:

**Art. 226.** *Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.*

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

15

Na ação de desapropriação o levantamento do depósito relativamente à prévia indenização somente será autorizado depois de cumpridas as exigências do art. 34 do Decreto-lei n° 3.365/41;<sup>28</sup> aqui o poder público ver-se-á devidamente resguardado, já que sempre terá como garantia o próprio imóvel objeto da desapropriação.

No âmbito da presente ação ordinária, a teor do disposto no inciso III, do art. 475-O do Código de Processo Civil, não é possível deferir-se o levantamento de eventual depósito sem a necessária prestação de caução, suficiente e idônea, porquanto a estimativa (inciso II do § 2º – parte final, art. 475-O) correspondentemente ao valor do fundo de comércio estará se processando conforme o disposto no art. 475-I, § 1º, do mesmo estatuto processual, isto é, em caráter provisório, e assim se processará enquanto não definitivamente estabelecido o valor da indenização por sentença transitada em julgado.

Por isso, quaisquer fatos, interesses ou direitos não relacionados à desapropriação,<sup>29</sup> isto é, não pertinentes à aquisição da proprie-

---

28. E isso até o limite de 80% enquanto não transitar em julgado a sentença que fixar o valor da indenização (art. 33, § 2º, do Decreto-lei n° 3.365/41), valor esse que dependendo dos desdobramentos (art. 34) poderá até – *no limite* – jamais ser levantado, sem risco de ofensa ao princípio da *justa e prévia* indenização.

29. Ou ao *fenomênico fato jurídico* consistente na substituição compulsória por necessidade ou utilidade pública do bem integrante do patrimônio do administrado pelo correspondente monetário.

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

16

dade pelo ente Público resolvem-se como direito pessoal,<sup>30</sup> com fundamento no art. 37, § 6º, da CF.

No julgamento proferido nos autos do acima mencionado agravo de instrumento nº 927.490.5/2-00, eminente REL. DES. TORRES DE CARVALHO deixa cravado o seguinte veredicto (Doc. 4):

(...)

*A Prefeitura tem razão. A desapropriação é processo de rito especial, de discussão restrita e a imissão na posse está condicionada ao depósito do preço do imóvel, tão somente. A imissão não impede que se apure em ação própria, que não é a ação de desapropriação, o eventual prejuízo causado à atividade da autora; na a-*

---

30. A propósito veja-se a seguinte escoreta decisão proferida por eminente JUIZ KENICHI KOYAMA: *(...) a indenização devida foi e está sendo aferida sem qualquer violação de seu direito. Tanto que nestes e naqueles autos foram procedidos estudos periciais para identificação e quantificação do valor justo que deve ser ofertado. **Nesse contexto, vale assinalar que a indenização é prévia à alteração de domínio (...)** (...), **a desapropriação em sentido estrito, que ora se discute é apenas do valor imobiliário da coisa expropriada.** (...). A rigor, o que **discrepa da propriedade imobiliária e causa prejuízo é tema mais atinente à responsabilidade civil por ato lícito do Estado. Tal razão é a que inclusive alicerça a propositura da segunda ação para discussão do fundo de comércio. Englobasse qualquer dos elementos, logo nos estudos referentes à desapropriação já se teria oportunizado profundo amparo às reflexões sobre o ponto comercial,**(...) (ação ordinária nº 053.07.131590-1 – 9ª Vara da Fazenda Pública – Empresa Cinematográfica Mi Ltda. x Municipalidade de São Paulo).*

*ção de indenização não há razão para a exigência de depósito prévio, pois a natureza da indenização e do processo não permitirá o levantamento do dinheiro antes do trânsito em julgado,<sup>31</sup> e não há vincular a imissão da expropriante na posse ao depósito de valor atinente ao fundo de comércio. (...). A vinculação feita pelo juízo nega vigência ao art. 15 do DL nº 3.365/41 e não pode subsistir.*

Mais ainda, a desnudar “a distorção de fato e de conceito”, geralmente implícita em ações de indenização por alegada perda de fundo de comércio,<sup>32</sup> eminente Relator passa a tecer as seguintes judiciosas considerações:

---

31. Sem grifo no original.

32. A denunciar a caótica jurisprudência a respeito da matéria no âmbito do STJ, veja-se preciso voto vencido da lavra do eminente DES. REVISOR TORRES DE CARVALHO declarado nos autos da apelação cível nº 274.815.5/2-00, da Comarca de Carapicuíba/Barueri, por intermédio do qual eminente Revisor dava provimento ao reexame necessário e ao recurso do Município, com base no seguinte elucidativo entendimento:

(...)

*Tenho entendido que locação por prazo indeterminado não dá direito à indenização do fundo de comércio, isto porque, reafirmando a jurisprudência anterior, o locatário não tem direito à permanência no imóvel e está sujeito à retomada por parte do proprietário – seja ele locador, seja ele o adquirente, seja ele o expropriante, sem direi-*

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

18

(...)

*(...) Não há sempre que pressupor que a mudança de endereço acarrete, sempre, um prejuízo ao estabelecimento ou à atividade da empresa; ao contrário, como mencionei, tais mudanças são freqüentes, voluntárias ou involuntárias, e configuram uma eventualidade previsível na evolução da cidade e dos negócios.*

(...)

*(...) O deslocamento compulsório poderá, é certo, acarretar um prejuízo indenizável; mas tal prejuízo não é inerente ao deslocamento, não se verifica sempre e depende de cumprida prova e apuração.*

Considerações essas precedidas de outras igualmente judiciosas considerações:

(...)

---

*to a qualquer indenização. Essa distinção, no entanto, vem se tornando confusa e a jurisprudência do STJ vem admitindo a indenização ao locatário sem a correta especificação das hipóteses e sem diferenciar, de modo mais claro, as diversas hipóteses que surgem.* (Fonte: site [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br))

4. (...) o fundo de comércio ou estabelecimento comercial é o instrumento da atividade do comerciante, formado por um conjunto de elementos corpóreos e incorpóreos; tem natureza móvel; e é intrinsecamente precário, ligado à capacidade de atrair e reter a clientela. O fundo de comércio ou estabelecimento acompanha o comerciante, como bem móvel e fruto de sua atividade; tanto que as diversas empresas e lojas mudam constantemente de lugar; ao sabor dos contratos de locação e dos planos estratégicos das empresas, sem que o fundo de comércio (isto é, a organização de bens materiais e imateriais que materializam essa atividade) perca valor. Ao contrário, o fundo de comércio das empresas bem organizadas aumenta de valor conforme a atividade evolui.

O ponto é o único elemento corpóreo fixo, localizado no espaço; mas não é sempre o mais importante, nem se pode conceituar o ponto como sendo exatamente aquele lugar. O ponto é o local onde o estabelecimento se localiza, simplesmente; passa a ser outro, quando o estabelecimento muda de lugar. O seu valor oscila e segue a mesma precariedade do valor do próprio fundo; reflete o entorno e sua riqueza, as dificuldades de acesso e estacionamento, o tipo de pessoas que passam por aí. No

*mais das vezes, não é a parte mais importante do fundo de comércio. Os estabelecimentos comerciais mudam de endereço diariamente. Não há como pressupor que a mudança de endereço acarrete, sempre, um prejuízo ao estabelecimento ou à atividade da empresa; ao contrário, como mencionei, tais mudanças são freqüentes, voluntárias ou involuntárias, e configuram uma eventualidade previsível na evolução da cidade e dos negócios.*

*5. O fundo de comércio ou estabelecimento comercial é mais que o ponto, o endereço onde está momentaneamente localizado; é um bem móvel que acompanha o empresário, como instrumento e resultado de sua atividade. O estabelecimento comercial não está sendo desapropriado; como dito, o empresário leva consigo ao exercer a atividade em outro local. O deslocamento compulsório poderá, é certo, acarretar algum prejuízo indenizável; mas tal prejuízo não é inerente ao deslocamento, não se verifica sempre e depende de cumprida prova e apuração.*

Festejado acórdão vem assim ementado:

***DESAPROPRIAÇÃO. Fundo de comércio. Indenização. Avaliação prévia. Suspensão da imissão na posse. Inviabilidade. – 1. Desapropriação. A desapropriação visa à transferência da propriedade móvel ou imóvel; a ela apenas o inciso XXIV do art. 5º da Constituição Federal assegura a justa e prévia indenização em dinheiro. A imissão na posse, se pedida a urgência, subordina-se apenas ao depósito do valor do imóvel; pode ser concedida até sem a citação do réu, dela se abstraindo outras questões de fato e de direito. A especialidade prossegue com a previsão de que nenhuma outra questão deva ser discutida nela e que o processo prossegue, mesmo que falecido o réu (art. 20 e 21 do DL nº 3.365/41). – 2. Fundo de comércio. O denominado ‘fundo de comércio’, conjunto de atributos imateriais do comerciante ou industrial, não é objeto de desapropriação. O locatário leva consigo, como é usual na movimentação do comércio e na procura incessante por um ponto mais adequado ao comércio ou à indústria. Poderá ser indenizado, se demonstrado o prejuízo; mas não interfere na desapropriação e não exige o próprio depósito de qualquer valor. Inexistência de similitude ou isonomia entre o desapropriado e o locatário. – 3. Fundo de comércio. A avaliação do fundo de comércio é feita por contador, a partir dos livros contábeis e papéis do comerciante. Não é prejudicada pela imissão na posse e não há razão para que seja feita antes dela, pois não se vincula ao imóvel nem ao seu valor. Agravo provido para desvincular a desapropriação da ação de indenização do fundo de comércio e liberar a imissão na posse concedida na desapropriação, independentemente de qualquer depósito a ser feito na ação movida pela autora.***

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

22

Confira-se ainda acórdão proferido nos autos do recurso de agravo de instrumento nº 677.083.5/9-00, em que eminente REL. DES. OSCILD DE LIMA JUNIOR deixa averbado o seguinte entendimento (Doc. 5):<sup>33</sup>

(...)

*De início deve ficar esclarecido que não se discute no presente recurso o direito à indenização do fundo de comércio pleiteado pelo agravante.*

*A questão controvertida diz respeito ao direito ou não do locatário (terceiro), não integrante de desapropriação regida pelo Decreto-Lei nº 3.365/41, por meio de ação proposta em outro Juízo.*

*Nesse aspecto, o recurso não colhe procedência.*

*Os bem lançados fundamentos da decisão agravada devem prevalecer.*

*Ainda que se verifique a ocorrência de eventual situação emergencial caracterizada pela imissão na posse do imóvel desapropriado pelo agravado, a concessão da tutela antecipada esbarra na verossimilhança das alegações aduzidas nas razões recursais, porquanto o alcance dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais citados (arts. 5º caput e inc. XXIV e 37, caput da CF e*

---

33. No mesmo sentido AI nº 920.992-5/2-00 – REL. DES. LUÍS CORTEZ (Doc. 6).

**art. 15-A, do Decreto-Lei nº 3.365/41) pressupõem julgamento baseado em cognição exauriente.**

*A antecipação da tutela está intimamente ligada à relação jurídica de direito material estabelecida nos autos e, portanto, deve condizer com o pedido formulado na petição inicial, o que não ocorre no presente processo, pois pretende a agravante, em sede antecipação de tutela, suspender a imissão na posse decorrente de outro processo, até que o agravado pague eventual indenização de fundo de comércio a ser apurado depois de regular contraditório, que pode demandar longo tempo.*

**A impossibilidade desta pretensão é patente, uma vez que na ação de desapropriação há previsão legal expressa de que a imissão na posse fica condicionada à avaliação prévia e depósito também prévio do valor do imóvel, o que não ocorre com o eventual fundo de comércio oriundo de relação locatícia havida com o proprietário do imóvel expropriado.**<sup>34</sup>

*Repita-se, embora legítima a pretensão em se buscar a indenização pelo eventual fundo de comércio, deve ela seguir o rito normal e próprio das ações de indenização, sem interferência no procedimento especial da ação expropriatória.*

---

34. Sem grifos e negritos no original.

Prefeitura do Município de São Paulo  
Secretaria dos Negócios Jurídicos  
Procuradoria Geral do Município  
Departamento de Desapropriações

24

Em despacho de reconsideração prolatado recentemente no âmbito do recurso de agravo de instrumento nº 953.704-5/6 – ainda não julgado, emitente REL. DES. CARVALHO VIANA, deferindo o pedido de efeito suspensivo ativo ao recurso agravo interposto pela ora agravada, houve por bem conceder a seguinte liminar (Docs. 7, 8 e 9):

*Vistos.*

*Acolho as razões da agravante, de fls. 187/193, e defiro o efeito suspensivo pleiteado. Talvez seja direito da agravada a indenização pelo ponto comercial, por prejuízo que venha a sofrer em seu fundo de comércio. Entretanto, tratando-se de desapropriação, regulada por lei específica, tudo indica que estão presentes os requisitos para o deferimento da imissão provisória na posse, pelo Poder expropriante, não condicionada à satisfação prévia de interesses de terceiro. Ademais, houve alegação de urgência, ao contrário do afirmado na r. decisão de fls. 184.*

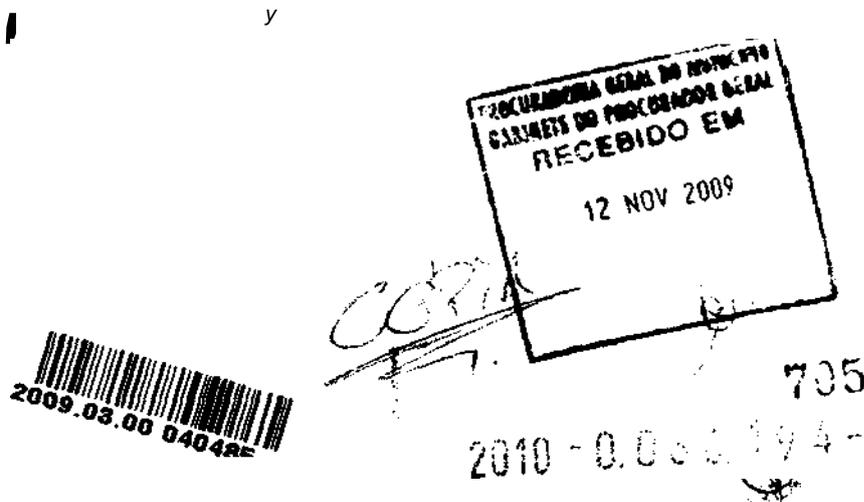
*Dê-se ciência, e voltem, após decorrido o prazo para contraminuta.*

*São Paulo, 14 de setembro de 2009*



**PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO**  
**DEPARTAMENTO FISCAL**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR FEDERAL**  
**NELTON DOS SANTOS, DD. RELATOR PREVENTO DA 2ª TURMA**  
**DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO**



**DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO,**

**PELO AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 2009.03.00.035702-0, 2ª Turma**

Extraído do Mandado de Segurança n° 2009.61.00.020856-9, 25ª Vara Federal Cível

**O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, por seu Procurador infra-Assinado, nos autos do mandado de segurança em epígrafe, impetrado em face do **Sr. Secretario de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social**, não se conformando, *data venia*, com a r. decisão de fls. - que reconheceu, de ofício, a incompetência territorial do juízo natural - vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 7º, §1º da Lei 12.016/09 e art. 522 e ss. do Código de Processo Civil, interpor

**AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**c/ PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL**

consoante as razões anexas, pugnando por seu recebimento e regular processamento.

Cumprir informar que instruem o presente agravo de instrumento cópia integral dos autos originários, presentes todas as peças obrigatórias exigidas pela norma inscrita no art. 525 do Código de Processo Civil.

Esclarece-se ainda que, sendo o Município agravante e a autoridade impetrada representados processualmente, respectivamente, por Procurador do Município (*Paulo Marcos Rodrigues de Almeida*, OAB/SP nº 212.414) e Advogado da União (*Juliano Zambon*, Matrícula SIAPE nº 1.507.477), na forma do disposto no art. 12 do Código de Processo Civil, não se traslada cópia de procuração, visto que a outorga de mandato na espécie se dá *ex lege*.

Impende, ainda, por derradeiro, destacar a tempestividade do presente agravo de instrumento, à luz do disposto no art. 522 c/c art. 188 do Código de Processo Civil.

Nestes termos.

Pede deferimento.

São Paulo. 12 de novembro de 2009

**CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO**  
Procurador-Geral do Município de São Paulo  
OAB/SP 98.071

**PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA**  
Procurador do Município Chefe Substituto FISC 4  
OAB/SP 212.414

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA**

**AGRAVANTE:** MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

**AGRAVADO:** SECRETARIO DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO  
MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

### **RAZÕES DE AGRAVO**

Egrégio Tribunal,

Douta Turma,

Insignes Desembargadores Federais:

#### **1. SÍNTESE DO PROCESSADO**

Trata-se de agravo de agravo de instrumento interposto contra r. decisão de 1ª instância que, em sede de mandado de segurança, reconheceu, de ofício, a incompetência do juízo federal do foro da Subseção de São Paulo e determinou a remessa dos autos a qualquer dos juízos federais do foro da Subseção de Brasília/DF.

O mandado de segurança originário foi impetrado pelo Município de São Paulo contra ato do Sr. Secretário de Políticas de Previdência Social, consistente na **atribuição de conceito "irregular" ao Município no CADPREV e consequente negativa de emissão de "Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP"**.

Tal proceder da autoridade impetrada - manifestamente inconstitucional - deu causa a incalculáveis prejuízos à Cidade de São Paulo, uma vez que o Município teve bloqueados centenas de milhões de reais em convênios e contratos oficiais simplesmente porque a autoridade impetrada se nega a expedir-lhe o necessário "Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP".

Cumpre esclarecer, por absolutamente necessário, que tal **certificado não diz com a regularidade tributária do Município em face do INSS**. Vale dizer, a recusa em emitir o mencionado "Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP" não se deu por haver débitos tributários do Município exigíveis. Não.

A "regularidade previdenciária" em questão diz respeito à "adequação" da legislação previdenciária municipal ao regime previdenciário delineado pelo

art. 40 da Constituição Federal e pelas regras gerais constantes da Lei 9.717/98 (que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos Militares dos Estados e do Distrito Federal).

Ou seja, por entender, o Ministério da Previdência Social, por seu Secretário de Políticas de Previdência Social, que a *legislação previdenciária municipal* não se ajusta ao modelo constitucional e às regras gerais de organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos municipais, **foi negada ao Município de São Paulo a renovação do sobredito "Certificado de Regularidade Previdenciária - C R P", até que seja "adequada" a legislação municipal**, donde se depreende que a autoridade ora impetrada se recusará a emitir o certificado em questão **até que o Município de São Paulo, por meio do processo legislativo próprio, altere sua legislação previdenciária**.

Por não poder concordar com tal exigência da autoridade impetrada - manifestamente absurda e inconstitucional - o Município de São Paulo impetrou o mandado de segurança originário, requerendo medida liminar para "determinar à autoridade coatora que, no prazo de 48 horas, expeça ou renove o Certificado de Regularidade Previdenciária – CRP, retirando o conceito irregular do CADPREV, sob pena de multa diária" (cfr. pet. inicial).

Ao despachar pela primeira vez no processo, **aos 18/09/2009** (fls. 503/504 dos autos originários), a ilustre magistrada de 1º grau, ignorando o manifesto *periculum damnum irreparabile* de que se ressentia o direito afirmado pelo Município de São Paulo, determinou simplesmente a emenda da inicial para que se juntasse um jogo de contra-fé, se indicasse o endereço da autoridade impetrada e se adequasse o valor da causa. A respectiva petição de aditamento do Município sobreveio na sequência, aos 21/09/2009 (fls. 506 507).

Ao depois, já transcorrida quase uma semana da impetração, a insigne juíza de 1ª instância houve por bem **postergar a análise do pedido de medida liminar para depois da vinda das informações** da autoridade impetrada (decisão proferida aos 20/09/2009, fls. 508/509).

*Não podendo o Município de São Paulo, já àquela altura aguardar sequer um dia mais para obter a indigitada "Certidão de Regularidade Previdenciária"* (e voltar a receber os repasses de centenas de milhões de reais decorrentes de inúmeros convênios e contratos oficiais, represados - **até agora, frise-se** por conta exclusivamente do ato coator perpetrado pela autoridade impetrada), insurgiu-se contra aquela r. decisão por meio de anterior agravo de instrumento (AI nº 2009.03.00.03572-0). interposto aos 06/10/2009.

Este C. Tribunal, pela pena do insigne Desembargador Relator, em decisão datada de 07/10/2009 (cópia às fls. 516 ss. dos autos originários), concedeu parcialmente a antecipação da tutela rccursal, determinando ao MD. Juízo *a quo* que *intimasse o representante judicial da autoridade impetrada para se manifestar em até 72 horas, após o que,* com ou sem manifestação, **deveria ser examinado o pedido de medida liminar do Município impetrante.**

Nada obstante a expressa determinação desta C. Corte naquele agravo de instrumento, a correia intimação da autoridade impetrada deu-se apenas aos 21/10/2009 (fl. 615), sendo que a manifestação do representante judicial da autoridade impetrada sobreveio apenas aos 26/10/2009 (fls. 595 s.).

Nesse cenário, em que **já consumados inúmeros prejuízos ao patrimônio público municipal** - por conta, agora, não só do ato coator combalido no *writ*, mas já também, *data máxima vénia*, da injustificável demora do aparelho judicial no exame do pedido de medida cautelar - sobreveio **surpreendente decisão,** segundo a qual, "*assim, de plano*" (*rectius, mais de 40 dias após a impetração do mandado de segurança originário e depois de sucessivos exames dos autos pelo juízo de 1ª instância*) decidiu-se nos seguintes termos:

*"Diante do exposto, conclui-se que, como esta autoridade não tem sua sede funcional sob jurisdição desta Subseção Judiciária de São Paulo, mas da Subseção Judiciária de Brasília/DF, reconheço a incompetência absoluta deste Juízo para processar e julgar o presente feito e, em homenagem ao princípio da economia processual, determino a remessa dos autos a uma das Varas daquela Seção, observadas as formalidades legais"* (fl. 620 dos autos originais, cópia anexa).

Precisamente contra essa, *data venia*, absurda decisão, ora vem o Município de São Paulo, já exasperado com os prejuízos experimentados e pela demora no exame de seu pedido **liminar** (sem embargo do limiar do processo há tempos ter ficado pia trás), interpor novo agravo de instrumento, confiando possa esta C. Corte devolver a regularidade ao

processamento do maltratado mandado de segurança originário.

Ainda uma vez, e frisando já se terem passado quase dois meses da impetração do mandado de segurança sem que, **em flagrante descumprimento à r. decisão proferida no AI n° 2009.03.00.03572-0**, se tenha sequer analisado o pedido de medida cautelar liminar - sendo já consumados inúmeros prejuízos ao erário antes apenas iminentes **insiste-se na absoluta indispensabilidade, na espécie, da antecipação dos efeitos da tutela rccursal** para deferimento imediato da medida liminar postulada, nos termos expostos abaixo.

## 2. DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO

Sem embargo do respeito devotado ao entendimento da ilustre magistrada de 1ª instância, o Município de São Paulo reputa manifestamente equivocada a r. decisão agravada, que, **perpetuando o estado de não-decisão do pedido de medida liminar formulado pelo Município de São Paulo há quase dois meses no mandado de segurança originário, descumpra flagrantemente o quanto determinado por este C. Tribunal no AI n° 2009.03.00.03572-0** e enseja o agravamento de inúmeros prejuízos já consumado para a Cidade de São Paulo e seus habitantes, **situação que se agrava a cada dia que, data venia**, o juízo de 1ª instância como que se recusa a examinar o pedido de medida cautelar.

**2.1. DO DESCUMPRIMENTO, PELO JUÍZO DE 1º GRAU, DO QUANTO DETERMINADO POR ESTE C. TRIBUNAL NO-AI nº 2009.03.00.03572-0**

Veja-se que já quando da interposição do primeiro agravo de instrumento - contra o diferimento do exame da medida liminar para após a vinda das informações da autoridade impetrada - este C. Tribunal reconheceu a situação de extrema urgência padecida pelo Município de São Paulo, tanto que **determinou que se intimasse o representante judicial) da autoridade impetrada para manifestação em até 72 horas e após**, com ou sem manifestação, **se decidisse o pleito liminar**.

Nada obstante, **passadas mais de 384 horas (16 dias!) da intimação** do representante judicial da autoridade impetrada (que se deu aos 21/10/7004. cfr. fl. 615), o mui digno **juízo a quo** - pasme! - **nada decidia a respeito do pedido liminar**.

Pior, utilizando-se, *dala venia*, de **conceitos absolutamente equivocados a respeito das regras de competência**, ensejou prejuízos ainda maiores ao erário público, por conta da determinação de remessa dos autos a foro diverso, em decorrência do **reconhecimento, de ofício, após mais de quatro exames judiciais anteriores dos autos**, de suposta **incompetência relativa** (como o é a incompetência territorial), em **decisão que ignorou por completo as regras constitucionais determinantes da competência da Justiça Federal**.

Tudo isso - repise-se - a despeito da expressa determinação do eminente Desembargador Federal Relator no agravo de instrumento anterior, cuja decisão foi laxativa ao conceder parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela recursal para **determinar ao juízo 'a quo' que promova, 'incontinenti'. a intimação do representante judicial do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS para, no prazo de 72 horas, manifestar-se acerca do pedido de liminar; e que, apresentada tal manifestação ou decorrido em branco o prazo concedido, examine o pedido de liminar formulado na petição inicial do mandado de segurança impetrado pelo ora agravante** " (fl. 520 - grifamos).

Assim, uma vez recebida a manifestação do representante judicial da autoridade impetrada (o que ocorreu aos 26/10/2009, cfr. fl. 595), o que **deveria** ter feito a ilustre magistrada *a quo* era **decidir acerca do pedido de medida liminar** formulado pelo Município de São Paulo no mandado de segurança originário - ainda que fosse para indeferi-lo - e não, simplesmente, furtar-se à decisão determinada expressamente por este C. Tribunal Regional Federal.

*Concessa maxima venia*, ao sair-se com o reconhecimento - *ex officio*. frise-se - de sua suposta incompetência, o que fez o mui digno juízo 'a quo' foi descumprir flagrantemente o quanto determinado por este C. Tribunal no agravo de instrumento anterior, em postura que, despreocupada com o nobre ofício judicante o insensível à emergência da situação relatada pelo Município de São Paulo nos autos originários, atirou num limbo de desamparo jurisdicional o destino de incontáveis obras e serviços públicos dependentes dos **mais de 200 milhões de reais represados.**

Nítido, *data vénia*, o atentado perpetrado pela r. decisão agravada à magna garantia constitucional do amplo acesso à justiça (CF, art. 5º. XXXV), diante de inegável configuração do *non liquet*.

Veja-se que, mesmo que optasse por reconhecer sua incompetência, **deveria o juízo a quo examinar o pedido de tutela cautelar** do Município de São Paulo, **em respeito à r. determinação emanada do agravo de instrumento anterior e em obséquio à garantia constitucional da apreciação de qualquer ameaça a direito afirmado** (CF, art. 5º. XXXV), sabido que o pacífico magistério doutrinário e jurisprudencial admite a concessão de tutela cautelar por juízo até mesmo *absolutamente* incompetente, *ad referendum* do juízo competente (como se verá com detalhe a seguir).

## 2.2. DO INADMISSÍVEL RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* DF INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL (INCOMPETÊNCIA *RELATIVA*)

Demais do quanto exposto, é de apontar-se a absoluta inadmissibilidade jurídico-processual do proceder da ilustre magistrada *a quo*, que, afirmando tratar-se, na espécie, de competência *absoluta*, dela declinou de ofício.

Em realidade, tratando-se - como efetivamente se trata - de **competência territorial** (foro de São Paulo ou do DF), está-se a lidar com **regras de competência relativa**, como, de resto, não deixam margem a dúvidas os arts. 102 e 111 do Código de Processo Civil.

Ao que tudo indica, o equívoco do mui digno juízo *a quo* decorreu, *data venia*, de **manifesta incompreensão do que seja a competência funcional** (de que nestes autos se cuida não somente quanto à competência - funcional - deste C. Tribunal para conhecer do presente recurso).

Deveras - e seja-nos permitido dizê-lo com o máximo respeito - confundiu-se a ilustre magistrada de 1ª instância ao afirmar que "*a competência para processar e julgar mandado de segurança é de natureza funcional e, portanto, absoluta, e define-se pela sede funcionai da autoridade impetrada, independentemente do local de domicílio do impetrante*" (fl. 618).

Nitidamente, equivocou-se a ilustre julgadora - com severo e grave prejuízo para o processo e para o interesse periclitante do Município de São Paulo - ao supor que **o adjetivo funcional, que qualifica a competência**, dissesse respeito à *sede das funções da autoridade impetrada*, e não - como de fato sucede - à *função jurisdicional* previamente exercida no processo ou em processo correlato.

Como ensina, em lição irrepreensível, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **funcional** "*é a competência decorrente do prévio exercício da jurisdição por determinado órgão (...): as regras de competência funcional, residentes na Constituição e na lei levam em conta a função já exercida num processo, para estabelecer a quem compete algum outro processo interligado funcionalmente a este ou a quem compete outra fase do mesmo processo. Por isso é que ela se chama competência funcional*" (*Instituições de direito processual civil, vol I, 3ª ed., pp. 435 s. - destaques do original*).

Ou seja, muito embora a competência *funcionai* seja, de fato,

*absoluta*, a competência para processar e julgar mandado de segurança **não é**, senão nos casos de mandado de segurança contra ato judicial, **funcional**, por não depender, para sua fixação, de prévio exercício da jurisdição por determinado órgão.

Em realidade, **a competência para processar o mandado de segurança originário é de foro (ou territorial)**, como, aliás, deixa claro a própria r. decisão agravada, ao recusar a competência do **foro** da Subseção Judiciária de São Paulo sob o fundamento de que competente seria o **foro** da Subseção Judiciária do Distrito Federal. Veja-se que o próprio argumento utilizado pela r. decisão agravada (a suposta *sede funcional* da autoridade impetrada) se refere a um *elemento de ligação da causa com um dado território*, revelando, a olhos vistos, a natureza *territorial* da competência em causa.

Assentada essa premissa - de que no mandado de segurança originário se cuida de **competência de foro (territorial) e não funcional** é inegável que, à luz do disposto pelos arls. 102 e 111 do CPC, **tal competência é relativa** e, portanto, **eventual vício de incompetência não poderia, nunca, ser reconhecido de ofício pelo magistrado**, mas tão somente mediante oportuna provocação do réu, veiculada pela indispensável *exceção de incompetência*, como, textualmente, afirma o art. 112 do Código ("*argúi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa*").

Registre-se, neste ponto, que em nenhum momento a autoridade impetrada ou seu representante judicial ajuizaram a pertinente exceção de incompetência, tendo sido tal questão, surpreendentemente, levantada exclusivamente pelo mui digno juízo *a quo*, sem que - repise-se - se tivesse analisado o pedido de medida liminar do Município, em cumprimento à r. determinação emanada do agravo de instrumento anterior.

Sendo assim, é manifesto o desacerto da r. Decisão agravada que reconheceu, *ex officio*, suposta incompetência relativa e determinou a remessa dos autos ao pretense juízo competente.

Tal constatação, bem se vê, já bastaria, por si só, ao provimento do presente agravo de instrumento. Contudo, é de notar que, ainda que assim não fosse, sequer se poderia falar de *incompetência* (relativa ou absoluta) na hipótese dos autos, uma vez que, diante das regras constitucionais determinantes da competência da Justiça Federal, o Município de São Paulo elegeu corretamente o foro da Seção Judiciária de São Paulo para sua impetração:

### **2.3. DO FORO COMPETENTE PARA AS CAUSAS CONTRA A UNIÃO FISI- EMANAÇÕES: O DOMICÍLIO DO AUTOR (CF, ART. 109, §2º)**

Não se pode perder de perspectiva que o mandado de segurança originário foi impetrado em face de autoridade integrante do Ministério da Previdência Social (o Sr. Secretário de Políticas de Previdência Social). Trata-se, à toda evidência, se não da própria União, ao menos de uma sua emanção, sendo certo que a pessoa jurídica de direito público a qual se vincula a autoridade impetrada é, de fato, a União.

Nesse cenário, é indisputável que **se deve buscar a competência para processar e julgar o writ originário nas regras fixadoras de competência para as causas intentadas contra a União e suas emanções**. E tais regras encontram-se no art. 109, § 2º da Constituição Federal (dispositivo lamentavelmente ignorado pela r. decisão agravada), in verbis:

*"Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:*

*(...)*

*§2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em uue for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal" (grilamos).*

Diante da clareza da norma constitucional e do perfeito enquadramento do litígio mandamental originário ao seu preceito, não há muito mais a ser dito.

Deveras, como afirma DINAMARCO, "*para o adversário da União é mais cômodo demandar no foro de seu próprio domicílio, que também está consagrado na mesma regra constitucional (Const., art. 109, §2º): prevalece esse foro, portanto, até porque essa solução expressa maior cuidado com a preservação dos direitos das pessoas, pelos quais a própria Constituição demonstra ter tanto zelo*" (Instituições.... vol. I, 3ª ed., p. 509).

Ainda, para que não restem dúvidas quanto a serem alcançados por tais disposições também os órgãos e agentes integrantes dos diversos Ministérios que compõem a União, prossegue DINAMARCO asseverando que "*a ratio é absolutamente a mesma e não há motivo legítimo para distinguir. Nos §§1º e 2º do art. 109 o constituinte minus dixit quam voluit. As disposições ali contidas abrangem a Fazenda Nacional como um todo e não somente a União como pessoa jurídica distinta de suas emanções*" (Instituições.... vol. I, 3º ed., p. 511).

Indisputável, pois, que, ainda que eventual incompetência territorial pudesse ser reconhecida de ofício pelo juízo - o que se admite por mero favor dialético o foro escolhido pelo Município de São Paulo para impetração do mandado de segurança originário é rigorosamente o foro competente, diante do quanto disposto pela norma fixadora de competência inscrita no art. 109. §2º da Constituição da República.

#### **2.4. SUBSIDIARIAMENTE: DA POSSIBILIDADE DE ESCOLHA, PELO AITOR, DE QUAISQUER DOS DOMICÍLIOS DO RÉU, QUANDO ESTE TENHA MAIS DE UM (CPC, ART. 94, §1º)**

Não bastasse o quanto já exposto até aqui - que *poi si* só já conduziria ao provimento do presente agravo de instrumento - é de ver-se que, ainda que se pudesse reconhecer de ofício a incompetência relativa, e ainda que a autoridade impetrada tivesse a prerrogativa de ser demandada no foro de seu próprio domicílio - absurdos que se admitem *ad argumentantum tantum* - ainda assim haveria de ser reformada a r. decisão agravada, uma vez que o Código de Processo Civil expressamente faculta ao autor (no caso, o Município de São Paulo impetrante) demandar o réu (no caso, o Sr. Secretário de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social) em qualquer de seus domicílios, quando este tenha mais de um.

Com efeito, o art. 94 do Estatuto Processual (que, em seu *caput* estabelece que "*a ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu*"), determina seu § 1º, que "*tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles*".

Presente esse claríssimo dispositivo normativo (também lamentavelmente ignorado pela r. decisão agravada), cumpre lembrar que, como afirmado pelo próprio representante judicial da autoridade impetrada, "*na Rua Xavier de Toledo nº 280, 17º andar, Centro, Município de São Paulo, funciona a GERÊNCIA EXECUTIVA DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL EM SÃO PAULO*" (cfr. fl. 605 - destaque do original).

Ora, se a *Gerência Executiva do Ministério da Previdência Social em São Paulo* não configurar *domicílio* daquela entidade para todos os fins legais - inclusive os processuais atinentes à fixação da competência - seguramente se haverá de perquirir a que se presta tal posto avançado do Ministério da Previdência...

De outro modo, a prevalecer o, *data venia*, equivocado entendimento esposado na r. decisão agravada, todos os mandados de segurança impetrados contra autoridades integrantes dos quadros da União Federal haveriam de ser aforados no Distrito Federal, uma vez que a União e todos os seus Ministérios têm sua sede na Capital Federal, absurdo que, ao que se tem notícia, não se tem sustentado.

Bem se vê, pois, que, sob qualquer ângulo que se examine questão. manifestamente equivocada a r. decisão agravada.

## **2.5. DA ADMISSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA TUTELA CAUTELAR MESMO POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE**

Sem embargo das razões que se vem de referir, e de ver que, mesmo que se admitisse o acerto da r. decisão agravada no tocante ao reconhecimento, *ex officio*, de sua suposta incompetência absoluta - o que se aventa por mero obséquio ao princípio da

eventualidade - ainda assim deveria a ilustre magistrada de 1º grau ter examinado - e mais que isso, deferido - a medida cautelar postulada pelo Município de São Paulo *in limine litis*.

E isso porque, como cediço, é inerente à função jurisdicional o **poder cautelar geral**, que, haurido diretamente da própria Constituição da República, confere a todo e qualquer juiz do território nacional - independentemente de regras *processuais* de competência - o poder de acautelar qualquer possível direito sob risco iminente de dano irreparável.

Não se ignora que, nos termos do art. 113, §2º do Código do Processo Civil, são *nulas* as decisões proferidas por juízo absolutamente incompetente. Porém, não se pode perder de perspectiva, por outro lado, que pode suceder - como efetivamente sucede na hipótese dos autos - que tão grave seja o *periculum damnum irreparabile* que **o simples aguardo da remessa dos autos ao juízo competente já implicaria o perecimento de inúmeros interesses públicos** do Município de São Paulo.

Com efeito, a exata percepção do que seja *o poder cautelar geral* - que, indisputavelmente, repousa em sede constitucional (CF, art. 5º, XXXV) - implica o reconhecimento de que configura, esse especialíssimo poder jurisdicional, **atributo inerente e indissociável da própria função jurisdicional**, que, mediante uma implícita outorga constitucional de competência a *todos os juízes* do país, lhes **autoriza a preservar a incolumidade de direitos prováveis sob risco de dano iminente**, ainda que, segundo as regras *do processo*, a competência para conhecer da pretensão seja de juízo diverso.

A necessária *solução de equilíbrio* - naturalmente reclamada e conferida pelo próprio sistema jurídico-processual - consiste no reconhecimento de *eficácia 'ad referendum'* à cautela concedida pelo juízo incompetente, cabendo, assim, tão logo preservada a integridade do interesse periclitante pelo juízo incompetente, o envio dos autos ao órgão competente, que confirmará ou revogará a medida de segurança.

Veja-se que o próprio C. Supremo Tribunal Federal, pela pena de um de seus mais brilhantes Ministros, já teve oportunidade de reconhecer a **validade de medidas**

**cautelares concedidas por juízo incompetente**, com fundamento, justamente, na própria natureza da tutela cautelar: :

*“obstar a validade de medida cautelar por força de regra de competência redundaria na desnaturação das medidas preventivas e na inutilização de sua respectiva tutela. Assim, não obstante a incompetência absoluta repercute em todos os atos decisórios, nulificando-os (...) cumpre ao aplicador da lei mitigar no caso específico do processo cautelar a regra de competência prevista no artigo 800 do Código de Processo Civil, conquanto insuficiente diante das reais necessidades da prática da jurisdição preventiva” (AC 981-BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 01.02.2007 - grifamos).*

Presente tão autorizado magistério jurisprudencial, é inegável que, ainda que pudesse o mui digno juízo *a quo* reconhecer, *ex officio*, sua suposta incompetência - o que já se viu ser impossível na hipótese dos autos - **deveria ter analisado o emergencial pedido liminar formulado pelo Município de São Paulo**, fundado em **graves alegações de *periculum domnum irreparabile*** e em **sólidas razões de *fumus boni juris***. Não só diante da possibilidade constitucional de fazê-lo, como, também, diante da imposição deste E. Tribunal emanada do agravo de instrumento anterior.

### **3. DA IMPERIOSA NECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL E DA IMEDIATA CONCESSÃO DA TUTELA CAUTELAR POSTULADA**

Presente todo o exposto até aqui, emerge com nitidez a imperiosa necessidade de se obstaculizar imediatamente a remessa dos autos ao foro do Distrito Federal, providência que redundaria em atrasos e prejuízos ainda maiores ao erário municipal.

Sendo assim, desde já o Município agravante requer seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela recursal para suspender o curso do mandado de segurança originário.

Porém, mais que isso - e tendo em vista o tempo decorrido desde as 72 horas fixadas por este E. Tribunal no agravo de instrumento anterior – impõe-se como **única medida capaz de preservar o interesse público periclitante do Município de São Paulo**, que se conceda, **nesta sede**, liminarmente, **a medida cautelar postulada desde 22/09/2009** e que, na pior das hipóteses, nos termos de anterior decisão desta própria C. Corte, deveria ter sido analisada pelo juízo de 1º grau no máximo até os 26/10/2009 (quando decorridas as 72 horas fixadas), i. é., há mais de 15 dias.

Sem embargo das substanciosas considerações desta C. Corte no agravo de instrumento anterior - no sentido de que a concessão da tutela cautelar diretamente pelo Tribunal, sem prévia manifestação do juízo de 1º grau, configuraria supressão de instância e violação às regras de competência - não se há de negar a **peculiaridade de que se reveste o mandado de segurança originário**, em que, mesmo **diante de expressa determinação desta C. Corte, o juízo de 1ª instância**, *concessa máxima venia*, simplesmente **se nega a examinar o pleito liminar** do Município de São Paulo, ora agravante.

Com efeito, diante da, *data venia*, aparente recalcitrância do mui digno juízo *a quo*, não há como se fugir à conclusão de que, em realidade, **a ilustre magistrada de 1ª instância efetuou um juízo implícito de inexistência de risco de dano irreparável ou de ausência de plausibilidade nas alegações** do Município impetrante, uma vez que, mesmo diante dos insistentes e robustos pedidos do ora agravante, entendeu não haver prejuízo na espera da remessa dos autos a foro distante.

**A situação é absolutamente diversa da retratada no agravo de instrumento anterior** (em que o mui digno juízo *a quo* nada decidiu e determinou que se aguardasse a vinda das informações), uma vez que, **agora, há efetiva decisão do juízo a quo, no sentido de determinar a remessa dos autos ao Distrito Federal**, providência que, inegavelmente demorada, não seria determinada pela nobre magistrada de 1ª instância acaso tivesse ela vislumbrado presentes o *periculum damnum irreparabile* e o *fumus boni juris* invocados pelo Município de São Paulo.

Veja-se que, ou se admite tratar-se de um **juízo negativo implícito** da liminar postulada, ou se terá de cogitar, no proceder do juízo *a quo* - o que se confia não ser o caso - de um solene ignorar quanto às graves alegações do impetrante ou, pior, de uma absoluta insensibilidade judicial e falta de comprometimento com as graves responsabilidades de que se reveste o nobre ofício judicante.

Tratando-se - como se há de convir tratar-se no caso de **juízo negativo implícito do mui digno juízo de 1º grau quanto ao pedido de medida liminar** formulado pelo Município de São Paulo no *writ* originário, **resta superado o óbice aventado no agravo de instrumento anterior**, no sentido de que não haveria *decisão* a reformar. Ainda que implícita e subentendida, não há como negar ter havido *juízo de prescindibilidade* da cautela postulada.

Ainda que assim não fosse - o que se aventa apenas por argumentar - impõe-se assinalar que **as mesmas razões de ordem constitucional** que autorizam a concessão da tutela cautelar por juízo absolutamente incompetente **permitem que esta C. Corte, mesmo originariamente, conceda medida cautelar indispensável à preservação** dos interesses **periclitantes** do Município de São Paulo, ainda mais quando se tem em consideração (a) o tempo decorrido desde a impetração do *writ* originário, (b) a aparente recusa do juízo de 1º grau de manifestar-se expressamente quanto ao pedido e (c) a absoluta inexistência de prejuízo à parte *ex adversa*.

Sendo assim, nada impede - antes, tudo recomenda - seja analisado e deferido por este E. Tribunal, a título de antecipação da tutela recursal, o pedido liminar de medida cautelar, diante das graves alegações de *periculum damnum irreparabile* e *fumus boni juris* brevemente repisadas abaixo.

### **3.1. DOS DANOS IRREPARÁVEIS AO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO JÁ CAUSADOS PELA ESPERA DO EXAME DE SEU PEDIDO LIMINAR**

Como já assinalado à exaustão nestes autos, **estão paralisados, por força do ato coator combatido no writ originário, inúmeros Convênios firmados com a União (identificados em planilha anexa à petição inicial) que totalizam RS 93.976.735,85,**

**com saldo ainda a receber de RS 39.439.542,28.**

Ainda, **estão represados repasses mensais estimados em R\$ 3.200.000,00, além de RS 143.977.234,00** referentes a requerimentos já enviados e em análise pelo INSS, **bem como RS 48.814.688,95** já confirmados no sistema COMPREV/INSS (descritos em ofício da Sra. Superintendente do Instituto de Previdência Municipal – IPREM, anexo à inicial).

Ou seja, **por força do ato manifestamente inconstitucional da autoridade coatora,** consistente na anotação do conceito de irregular no CADPREV e na consequente recusa da emissão de Certificado de Regularidade Previdenciária. **o Município de São Paulo vem experimentando um prejuízo da ordem de RS 235.431.465,23!**

E tal prejuízo, não se pode perder de perspectiva, importa em severo comprometimento de toda a vida da Cidade de São Paulo e de seus habitantes.

Deveras, a prestação de inúmeros serviços públicos e o início e prosseguimento de incontáveis obras públicas devem obedecer a um rigoroso cronograma financeiro-orçamentário, com licitações, *e.g.*, que devem iniciar-se com antecedência suficiente para permitir o atendimento de seu custo ainda dentro deste exercício financeiro, sob pena de inevitável adiamento para o exercício seguinte, com todos os atrasos e prejuízos decorrentes.

A situação de urgência aí, bem se nota, tem se agravado mesmo após o ajuizamento do mandado de segurança originário, uma vez que o Município de São Paulo, ora agravante, simplesmente não consegue ver apreciado seu pedido de **medida liminar** (muito embora o "limiar" do processo tenha ficado para trás há tempos) e agora já nos aproximamos do último mês do ano.

Em um **cenário de carência de recursos** como o que vem experimentando a cidade, afigura-se até mesmo irresponsabilidade permitir, por um dia que seja, a

retenção, por força de ato administrativo manifestamente abusivo e inconstitucional, de recursos a que faz jus o Município de São Paulo.

Mais que flagrante, pois, a iminência de dano irreparável na espécie dado a revelar a intensa probabilidade de ineficácia da medida postulada pelo Município ora agravante, acaso concedida apenas após a vinda das informações da autoridade impetrada o *writ* originário.

### **3.2. DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO AFIRMADO PELO MUNICÍPIO NO MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO (*FUMUS BONI JURIS*)**

Faz-se igualmente presente na hipótese dos autos a *plausibilidade do direito afirmado pelo Município de São Paulo* (ou "fundamento relevante", na dicção da Lei 12.016/09, art. 7º, III, a nova Lei do Mandado de Segurança), precisamente o segundo requisito autorizador da antecipação dos efeitos da tutela.

Com efeito, o ato coator não se sustenta juridicamente sob qualquer ângulo que se examine a questão.

Como já assinalado, o mandado de segurança originário foi impetrado contra ato do Sr. Secretário de Políticas de Previdência Sólida, consistente na **atribuição de conceito "irregular" ao Município no CADPREV e consequente negativa de emissão de "Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP"**, por entender, o Ministério da Previdência Social, por seu agente, que a *legislação previdenciária municipal* não se ajusta ao modelo constitucional e às regras gerais de organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos municipais.

Ou seja, a **negativa do "Certificado de Regularidade Previdenciária" não se deve a supostos débitos previdenciários do Município de São Paulo junto ao INSS, mas sim a uma afirmada "inconstitucionalidade" da legislação municipal previdenciária!**

Vale dizer, independentemente da instauração, pelas vias próprias do controle de constitucionalidade ou de legalidade de eventual ato normativo municipal que a autoridade coatora reputasse inconstitucional, o Ministério da Previdência Social preferiu o caminho mais cômodo - porém flagrantemente inconstitucional - da **criação de uma nova modalidade de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, extrajudicial, impositivo de sanções políticas e de titularidade exclusiva da autoridade previdenciária da União...**

Não se pode perder de perspectiva, porém, que, sendo o Brasil uma **República Federativa** (CF, art. 1º) - que ainda conferiu à forma federativa do Estado o *status* de *primeira cláusula pétrea da Carta* (CF, art. 60, §4º, I) - **são manifestamente inconstitucionais**, porque violadores deste magno postulado constitucional, quaisquer **tentativas de impor aos Estados, Distrito Federal e Municípios normas** de qualquer espécie fora dos casos expressamente previstos na Constituição da República, bem como **são ilegítimas quaisquer exigências de revogação, alteração ou "adequação" das normas existentes** aos critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência Social.

Vale dizer, muito embora a União, por seu Ministério da Previdência Social, possa examinar a compatibilidade da legislação previdenciária de outros entes federados com as normas gerais por ela editadas - podendo até mesmo **sugerir** modificações legislativas - é inegável não ser reconhecido à ela, União, o poder de sancionar eventuais - e supostos - descumprimentos de suas normas gerais ou, *a fortiori*, da Constituição Federal, *e.g.* recusando a expedição de Certificado de Regularidade Previdenciária (exigido, "coincidentemente", por legislação federal) aos entes federados que não atenderem suas exigências de alteração legislativa.

Veja-se que, para não sofrer as sanções políticas impostas pela autoridade impetrada, o Município deveria "adequar" suas leis previdenciárias aos critérios ditados pela autoridade previdenciária federal. Ora, tal "adequação" da legislação municipal - singelamente exigida pela autoridade impetrada, como se dependesse do simples apertar de um botão - à toda evidência demandaria a **observância do devido processo legislativo**, com a elaboração e apresentação de **projeto de lei**, seguido da **discussão, deliberação e votação do**

projeto na Câmara dos Vereadores, com todas as possibilidades de atrasos e percalços inerentes ao processo de elaboração de leis.

Aliás, presente a arbitrária postura da autoridade impetrada que se vem de referir, não constitui demasia indagar se o Ministério da Previdência Social exigiria participar dos debates legislativos travados na Câmara dos Vereadores a respeito de eventual alteração da legislação previdenciária municipal, ou se, uma vez aprovado um projeto de lei sobre o tema, seria necessário submetê-lo à sua "análise de legalidade e constitucionalidade" antes da sanção pelo Sr. Prefeito Municipal...

Em verdade, o absurdo e o disparate da exigência da autoridade impetrada ao Município de São Paulo são tão grandes, que o C. Supremo Tribunal Federal vem reiteradamente concedendo medidas cautelares em ações idênticas movidas por Estados da Federação também assacados pelo proceder abusivo e inconstitucional do Ministério da Previdência Social no tema. Confira-se, a propósito, as decisões da C. Suprema Corte, *in verbis*:

*"Trata-se de Ação Cível Originária, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo Estado do Ceará contra a União Federal.*

*Alega o Estado-autor que a presente **Ação foi motivada pelo fato de ter o Ministério da Previdência Social lhe negado a expedição do Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP** -, previsto no Decreto nº 3.878, de 11 de abril de 2001.*

*O fato de um Estado-membro não possuir o CRP **impossibilita o recebimento de transferências voluntárias de recursos federais; a celebração de acordos, contratos, convênios, ajustes, empréstimos, financiamentos, avais e subvenções de órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta da União; e a celebração de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais (art. 7º da Lei 9.717/98).***

*Segundo sustenta o Estado requerente, o Ministério da Previdência Social **negou-lhe a expedição do CRP fundado no suposto descumprimento da Lei federal nº 9.717/98.***

*(...).*

*Feito este breve relatório, passo a decidir. Pelo menos neste juízo preliminar, creio que **o problema deve ser visto sob o ângulo das relações entre as entidades integrantes da federação, mais precisamente da autonomia do Estado-membro***

*A exemplo das leis federais, as leis estaduais também gozam da **presunção de constitucionalidade, até que fique demonstrado o contrário mediante o procedimento judicial adequado.***

**A autonomia do Estado-membro e a presunção de constitucionalidade que milita em favor das leis por ele editadas constituem obstáculo a que um órgão administrativo do ente central determine à entidade federada, de forma taxativa ou por meios oblíquos, que revogue lei complementar que, em tese, foi regularmente votada pelo Legislativo estadual.**

No caso retratado nestes autos, há uma lei estadual que criou um regime próprio de previdência para os deputados estaduais. **Sob a alegação de que esta lei é inconstitucional, por ofensa ao art. 40, § 13 e à Lei 9. 71 7/98, o órgão do Ministério da Previdência negou ao Estado-membro a emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária e incluiu-o num cadastro negativo, até que promova a adequação da legislação estadual ao disposto na lei federal 9.717/98, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios.**

Noutras palavras, **o órgão administrativo da União condicionou a emissão do CRP à revogação, pelo Estado, da lei que criou o regime próprio de previdência dos parlamentares estaduais.**

**Criou, na prática, um mecanismo alternativo de controle de constitucionalidade e de conformação das leis estaduais em face da Constituição Federal e das leis federais, inteiramente à margem dos mecanismos de controle jurisdicional previstos na Carta Magna.**

**E mais: fê-lo por meio de mero exercício interpretativo levado a efeito por titular de órgão de escalão inferior do Ministério da Previdência Social.**

Por essas razões, e tendo em vista que sem o Certificado de Regularidade Previdenciária o Estado de Ceará **fica impedido de receber transferências voluntárias de recursos federais: celebrar acordos, contratos, convênios, ajustes, empréstimos, financiamentos, avais e subvenções de órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta da União; e celebrar empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais. concedo a antecipação de tutela, determinando à União - através do Ministério da Previdência Social - que, nos termos da Inicial, "se abstenha de incluir o Estado do Ceará no Cadastro Negativo de expedição do Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP. tendo por motivo a existência de regime próprio de previdência dos Deputados Estaduais do Ceará e, pelo mesmo motivo, de negar a emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária e de aplicar as sanções previstas no Art. 7º da Lei n" 9.7 1 7, de 1998"**  
Cite-se a União. Publique-se "

(ACO 702, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 03/02/2004 - destaques nossos);

---

*"Traía-se de ação cível originária, **de mandado de segurança; com pedido de medida liminar**, ajuizada pelo Estado de Minas Gerais contra a União com o **objetivo de obter o respectivo Certificado de Regularidade Previdenciária**.*

(...)

*Aduz que a ausência do Certificado de Regularidade Previdenciária, bem como a atribuição do conceito "irregular" ao Estado de Minas Gerais, no CADPREV. "implica na impossibilidade de recebimento de transferências voluntárias de recursos federais; no impedimento de celebração de acordos, contratos, convênios, ajustes, empréstimos, financiamentos, avais e subvenções de órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta da União (...) comprometendo gravemente a administração pública estadual".*

(...)

*Ao final, **requer concessão de medida liminar "para determinar que a autoridade coatora expeça o Certificado de Regularidade Previdenciária para o Estado de Minas Gerais e que se retire o conceito de irregular do Cadastro de Regime Próprio de Previdência Social - CADPREV"** (fl. j 3). E o relatório. Decido.*

*Bem examinados os autos, verifico que **a matéria não é inédita nesta Corte**.*

(...)

*Por outro lado, constato que **o perigo na demora milita em favor do Estado de Minas Gerais**, uma vez que a ausência do Certificado de Regularidade Previdenciária, bem como a atribuição do conceito "irregular" ao Estado de Minas Gerais no CADPREV, **impedem o recebimento de recursos federais**.*

*Ademais, o artigo 24, XII, da Constituição, atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislarem sobre previdência social. Nesse sentido: ACO 830. Rel. Min. Marco Aurélio.*

*Isso posto, **defiro o pedido de medida cautelar** para determinar que "a autoridade coatora expeça o Certificado de Regularidade Previdenciária para o Estado de Minas Gerais e que se retire o conceito de irregular do Cadastro de Regime Próprio de Previdência Social - CADPREV" (fl. 13) até julgamento de mérito da presente ação cível originária. **Comunique-se. Publique-se**". (ACO 1062 MC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe-141 DIVULG 12/11/2007 PUBLIC 13/11/2007).*

Tal e qual nas ações de competência originária do C. Supremo Tribunal Federal – em que se discute matéria idêntica à presente – **impõe-se o pronto afastamento do ato inconstitucional e abusivo da autoridade impetrada**, concedendo-se a antecipação da tutela recursal **para deferir a medida liminar postulada** no mandado de segurança originário, determinando-se à autoridade impetrada que, no prazo de 48 horas, expeça ou renove o Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP, retirando o conceito irregular do CADPREV, sob pena de multa diária. \

### **3.3. DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À UNIÃO NO CASO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA AO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

Impende registrar, por derradeiro, que sob nenhum aspecto tem a autoridade impetrada necessidade da constrição imposta ao Município de São Paulo, uma vez que a União dispõe de variado e eficaz instrumental jurídico-processual para realização de seus interesses, inclusive para persecução - em juízo - de eventuais créditos previdenciários que entenda lhe sejam devidos, valendo lembrar a solvabilidade da Fazenda Pública Municipal.

Revela-se, pois, **rigorosamente inconstitucional o comportamento da autoridade impetrada** denunciado nestes autos, quando menos, por força do princípio da razoabilidade, não se concebendo que, cercado de todas as garantias jurídico-processuais e creditícias, o Ministério da Previdência Social paralise a maior cidade da América Latina por mero capricho, atentando contra o pacto federativo e a autonomia legislativa municipal.

Ou seja, além do manifesto *periculum damnum irreparabile* de que se ressente o *relevante interesse jurídico* do Município de São Paulo, simplesmente **inexiste risco a quaisquer interesses da União pela só expedição do Certificado de Regularidade Previdenciária neste momento processual.**

Mais ainda, impende registrar que **os servidores municipais que supostamente deveriam ser transferidos** ao Regime Geral de Previdência Social - INSS tem, atualmente, seus **proventos de aposentadoria e pensões suportados pelo Instituto de Previdência Municipal de São Paulo - IPREM,** e não pelo INSS, o que demonstra, cabalmente, a absoluta ausência de prejuízo jurídico ou econômico ao Governo Federal.

Presente esse cenário, não há como se negar ao Município o direito público subjetivo de obter, ***imediatamente***, do Sr. Secretário de Políticas de Previdência Social, o cancelamento da anotação de "irregular" no CADPREV e a expedição do Certificado de Regularidade Previdenciária, ante a manifesta presença, na espécie, do *fumus honi júris* e do *periculum damnum irreparabile*, requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela recursal (CPC, art. 558).

#### **4. DO PEDIDO RECURSAL**

Presentes as razões que se vem de referir, é inegável que estão presentes na espécie os requisitos autorizadores não só para o deferimento imediato da medida liminar postulada em 1ª instância como, também, para a antecipação dos efeitos da tutela recursal, para adequada preservação dos interesses periclitantes do Município.

Sendo assim, REQUER o Município de São Paulo digne-se Vossa Excelência, conceder, *in limine*, a ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL para:

a) suspender o curso do mandado de segurança originário até final decisão deste agravo de instrumento;

b) deferir imediatamente a medida liminar no mandado de segurança originário para que o Sr. Secretário de Políticas de Previdência Social retire a anotação do conceito "irregular" no CADPREV e expeça, em 48 horas, o Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP em favor do Município de São Paulo.

Ao final, após o regular processamento do recurso, REQUER o Município de São Paulo digne-se Vossa Excelência DAR INTEGRAL PROVIMENTO ao presente agravo de instrumento, reformando a r. decisão agravada para *reconhecer a competência do foro da Subseção Judiciária de São Paulo na espécie e determinar, em definitivo, até ser proferida sentença no 'writ', que a autoridade impetrada retire a anotação do conceito*



---

*"irregular" no CADPREV e expeça o Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP em favor do Município de São Paulo, abstendo-se de embaraçar, por essa razão, quaisquer repasses financeiros a que faça jus o Município.*

São Paulo, 12 de novembro de 2009

**CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO**  
Procurador Geral do Município de São Paulo  
OAB/SP 98.071

**PAULOMARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA**  
Procurador do Município Chefe Substituto - FISC 4  
OAB/SP 212.414



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE  
DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por sua procuradora, nos autos do processo da ação proposta por **CARMEN MARCOANTONIO** (autos nº 053.09.17112-0 – 10ª V.F.P.), vem perante Vossa Excelência interpor

**AGRAVO DE INSTRUMENTO, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal**

em relação à R. Decisão de fls. 42/49, que concedeu a antecipação da tutela, pelos motivos expostos em apartado.

Requer a **distribuição do presente à Câmara Especial de Direito Ambiental**, em virtude da natureza da matéria em discussão.

Desde já, com fundamento no disposto no artigo 522 do CPC, com as alterações previstas na Lei 11.187/2005, requer seja o presente recebido na forma de instrumento, por tratar-se de recurso de agravo a discutir medida liminar, com a conseqüente antecipação dos efeitos da tutela recursal, com fulcro no artigo 527, inciso II, do CPC, à vista dos injustos prejuízos causados à Municipalidade caso mantida a r. decisão de primeiro grau, como demonstram as alegações e documentos em anexo.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Para os fins do disposto no inciso III do artigo 524 do Código de Processo Civil, cabe informar que a advogada da Agravada (Autora) é Claudia Marcoantonio, inscrita perante a OAB/SP sob o nº279.728, com escritório na Avenida D. Pedro I, 784 – Ipiranga (conforme procuração anexa); o patrono da Agravante (Municipalidade de São Paulo) é sua procuradora que subscreve este recurso, com escritório na avenida da Liberdade, nº 103 – 2º andar – São Paulo - Tel. 3397.7053, que é *dispensada de apresentação de instrumento de mandato*, conforme o artigo 12, inciso II, do Código de Processo Civil.

Seguem anexas para a formação do instrumento, cópia integral do processo (doc. nº 01), cuja **autenticidade é afirmada pela Procuradora que subscreve a presente**. Dentre as peças anexadas, destacamos:

- 1) Petição inicial;
- 2) Procuração do advogado do autor/agravado;
- 3) Decisão recorrida (concessiva de medida liminar);
- 4) Certidão de publicação da R. Decisão agravada, que se deu por meio da Imprensa Oficial no dia 29.05.09.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 23 de junho de 2.009.

**GLAUCIA SAVIN**  
**Procuradora do Município**  
**OAB/SP – 98.749**



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

**RAZÕES DE AGRAVO**

Agravante: **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**

Agravado: **CARMEN MARCOANTONIO**

**EGRÉGIO TRIBUNAL**

**COLENDIA CÂMARA,**

**1. BREVE RELATO**

**CARMEN MARCOANTONIO**, na qualidade de proprietária de um veículo GM/Celta, ano 2005, ajuizou Ação Declaratória para eximir-se à Inspeção Veicular instituída pela Lei Municipal 11.733, de 27 de março de 1995, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Municipal nº 14.717/08. Alega-se, em síntese, que o Município não teria competência constitucional para disciplinar a matéria e que os critérios para o estabelecimento da denominada "frota alvo" do Programa feririam o Princípio da Igualdade.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

De forma surpreende, a antecipação da tutela foi concedida pelo MM. Juízo da 10ª. Vara da Fazenda Pública, para isentá-la da inspeção veicular, bem como para impedir a imposição de multas e permitir o licenciamento do automóvel.

O nobre magistrado conferiu à Agravada verdadeiro "salvo conduto" ambiental, sem qualquer conhecimento acerca das condições reais de seu veículo.

A decisão que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional não pode prevalecer, em face dos motivos que passamos a expor:

## **2. A CONTEXTUALIZAÇÃO DA QUESTÃO**

### **2.1 A Qualidade do Ar na Cidade de São Paulo**

O desenvolvimento industrial, como produto dos modelos econômicos adotados após a Segunda Guerra Mundial, gerou conseqüências imediatas sobre o meio biogeofísico e sócio-econômico. O processo de industrialização então desencadeado serviu como fator de indução da urbanização das cidades. Aliado a isto, os investimentos públicos foram direcionados, de forma prioritária, para o desenvolvimento da indústria, produção de energia e transportes.

No Brasil, esta tendência viu-se apoiada no modelo de desenvolvimento adotado após a Revolução de 1964. A mesma tendência foi a base dos Planos de Desenvolvimento dos anos setenta. Com fundamento na idéia da "integração nacional", promoveram-se os grandes projetos de colonização da Região Centro-Oeste e da Amazônia.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Implementaram-se, ainda, políticas de institucionalização de metrópoles regionais e programas de desenvolvimento de cidades.

A Região Sudeste, dadas as suas características regionais e por contar com indústrias, rede de serviços e com um mercado potencial, recebeu grande parte dos investimentos que foram direcionados para o processo de produção. Isto implicou a atração de um grande fluxo migratório que provocou, sobretudo, a aceleração do processo de urbanização.

Por outro lado, a modernidade introduziu nas cidades as conquistas do desenvolvimento tecnológico, induzindo o processo de verticalização das construções, a multiplicação e a pavimentação das vias e o adensamento urbano, - tudo isto como reflexo da concepção de "progresso" então defendida.

No final do século passado, já se verificava a saturação dos espaços urbanos e a crise das grandes cidades, que ao invés de proporcionar melhores condições de vida aos seus habitantes, experimentam a degradação do espaço vivido. O modelo de desenvolvimento não foi capaz de assegurar benefícios ambientais e qualidade de vida a toda a população, máxime a detentora de menor poder aquisitivo.

O Município de São Paulo, dentre outros problemas ambientais de grande envergadura, apresenta graves problemas ligados à poluição do ar.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

E, neste contexto, as emissões veiculares representam quase 90% (noventa por cento) do total de poluentes concentrados na atmosfera. Ainda, como diagnostica Ladislaw Dowbor<sup>1</sup>, os automóveis, na cidade de São Paulo, representam o investimento de 20 bilhões de dólares, já descontados os valores despendidos com o consumo de combustíveis, asfaltamento de vias, sinalização, reordenação do sistema viário etc. Entretanto, a velocidade média alcançada nas principais vias da cidade não ultrapassa os 14km/horários -, similar, portanto, a das carroças do início do século XX.

## **2.2 A Origem da Poluição Atmosférica na Cidade e a Necessidade de Controle**

Como já se esclareceu, os poluentes na atmosfera são lançados, basicamente, por duas categorias de fontes: as chamadas "fontes estacionárias" (indústrias, por exemplo) e "móveis".

Os poluentes gerados pelos veículos são monóxido de carbono (CO), dióxidos de enxofre (SO<sub>2</sub>), óxidos de nitrogênio (NO e NO<sub>2</sub>), hidrocarbonetos, material particulado e oxidantes fotoquímicos (formados pela incidência da luz solar, principalmente sobre os hidrocarbonetos e óxidos de nitrogênio).

A poluição do ar é considerada como um fator de depreciação da qualidade de vida, por provocar danos à saúde humana e à vegetação, prejuízos econômicos, desconforto e danos ao patrimônio. Os efeitos dos poluentes sobre a saúde humana e vegetal serviram de

---

<sup>1</sup> Alternativas para o financiamento de Políticas Municipais. In: Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local – Konrad-Adenauer-Stiftung, Série Debates – Nº 06, 1994, p.117/125



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

referência para o estabelecimento dos Padrões Primário e Secundário da Qualidade do Ar.

Têm-se verificado, principalmente, em episódios agudos, sob condições atmosféricas desfavoráveis à dispersão de poluentes na atmosfera, o aumento das taxas de mortalidade e morbidade, em decorrência do agravamento de doenças respiratórias. Além disto, há registros de alterações do sistema nervoso e irritações sensoriais (alergias, diminuição do olfato, distúrbios de visão), causadas pela alta concentração de poluentes no ar. Sabe-se, no entanto, que as principais manifestações de doenças são causadas pela perda gradativa da saúde, em virtude de exposições freqüentes e ao longo prazo.

A vegetação também se ressentir das alterações na composição química do ar, em razão da redução da penetração de luz; por sedimentação de partículas nas folhas, o que diminui a capacidade de fotossíntese; pela penetração de poluentes nos estômatos das plantas e devido à disposição de poluentes no solo, que acabam sendo adsorvidos pelas raízes.

A poluição do ar provoca também danos materiais, em virtude do desencadeamento de fenômenos de abrasão e corrosão, além do depósito de substâncias que acabam por alterar suas características originais. Temos, portanto, desde a alteração da aparência de alguns materiais, como o vidro, até a descoloração e perda de resistência de outros (couro e borracha, por exemplo).

Os métodos comprovadamente mais eficientes de controle da poluição atmosférica são aqueles que intervêm diretamente sobre a fonte poluidora.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Neste cenário, por meio da inspeção veicular se pretende exigir a manutenção dos veículos e sua adequação a limites de emissão cada vez mais restritivos, impondo-se, inclusive, a obrigatoriedade da utilização de equipamentos de controle pelos usuários (filtros e catalisadores).

A Inspeção Veicular já foi adotada há cerca de vinte anos, com sucesso, em vários países europeus, na América Latina (México e Chile, por exemplo) e nos Estados Unidos.

O controle se justifica porque a despeito das melhorias introduzidas pelos fabricantes, verificou-se que a **falta de manutenção dos veículos** por parte dos usuários implica, em linhas gerais, significativa perda da eficiência dos automóveis. Segundo estudo realizado pela CETESB<sup>2</sup> no ano de 1995, 90% da frota circulante não atinge condições aceitáveis de regulagem, o que acarreta, além do aumento das emissões atmosféricas, o acréscimo no consumo de combustíveis utilizados nas atividades de transporte.

A desregulagem dos sistemas de alimentação e partida do motor fazem com que a combustão seja incompleta, gerando a emissão quantidades significativas de fumaça, hidrocarbonetos e monóxido de carbono.

Dentre as emissões de poluentes gerados por veículos, aqueles procedentes dos gases de escape são os mais importantes. As espécies e quantidades de poluentes gerados em cada caso dependem de fatores ligados à relação ar-combustível utilizado.

---

<sup>2</sup> Plano de Controle da Poluição por Veículos em Uso – PCPV para o Estado de São Paulo, divulgado pela CETESB, São Paulo, 1995.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Os principais poluentes atmosféricos emitidos pelos veículos automotores e que se tornaram objeto de regulamentação e controle pelos órgãos ambientais são os seguintes:

**Partículas Totais em Suspensão (PTS):** Podem ser definidas de maneira simplificada como aquelas cujo diâmetro aerodinâmico é menor que 50  $\mu\text{m}$ . Uma parte destas partículas é inalável e pode causar problemas à saúde, outra parte pode afetar desfavoravelmente a qualidade de vida da população, interferindo nas condições estéticas do ambiente e prejudicando as atividades normais da comunidade.

**Partículas Inaláveis ( $\text{MP}_{10}$ )** Podem ser definidas de maneira simplificada como aquelas cujo diâmetro aerodinâmico é menor que 10  $\mu\text{m}$ . As partículas inaláveis podem ainda ser classificadas como partículas inaláveis finas –  $\text{MP}_{2,5}$  (<2,5 $\mu\text{m}$ ) e partículas inaláveis grossas (2,5 a 10 $\mu\text{m}$ ). As partículas finas, devido ao seu tamanho diminuto, podem atingir os alvéolos pulmonares, já as grossas ficam retidas na parte superior do sistema respiratório.

**Fumaça (FMC)** Está associada ao material particulado suspenso na atmosfera proveniente dos processos de combustão. O método de determinação da fumaça é baseado na medida de refletância da luz que incide na poeira (coletada em um filtro), o que confere a este parâmetro a característica de estar diretamente relacionado ao teor de fuligem na atmosfera.

**Dióxido de Enxofre ( $\text{SO}_2$ )** Resulta principalmente da queima de combustíveis que contém enxofre, como óleo diesel, óleo combustível industrial e gasolina. É um dos principais formadores da chuva ácida. O dióxido de enxofre pode reagir com outras substâncias presentes no ar formando partículas de sulfato que são



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

responsáveis pela redução da visibilidade na atmosfera.

**Monóxido de Carbono (CO)** É um gás incolor e inodoro que resulta da queima incompleta de combustíveis de origem orgânica (combustíveis fósseis, biomassa, etc). Em geral é encontrado em maiores concentrações nas cidades, emitido principalmente por veículos automotores. Altas concentrações de CO são encontradas em áreas de intensa circulação de veículos.

**Ozônio (O<sub>3</sub>) e Oxidantes Fotoquímicos:** "Oxidantes fotoquímicos" é a denominação que se dá à mistura de poluentes secundários formados pelas reações entre os óxidos de nitrogênio e compostos orgânicos voláteis, na presença de luz solar, sendo estes últimos liberados na queima incompleta e evaporação de combustíveis e solventes. O principal produto desta reação é o ozônio, por isso mesmo utilizado como parâmetro indicador da presença de oxidantes fotoquímicos na atmosfera. Tais poluentes formam a chamada névoa fotoquímica ou "smog fotoquímico", que possui este nome porque causa na atmosfera diminuição da visibilidade.

Além de prejuízos à saúde, o ozônio pode causar danos à vegetação. É sempre bom ressaltar que o ozônio encontrado na faixa de ar próxima do solo, onde respiramos, chamado de "mau ozônio", é tóxico. Entretanto, na estratosfera (a cerca de 25 km de altitude) o ozônio tem a importante função de proteger a Terra, como um filtro, dos raios ultravioletas emitidos pelo Sol.

**Hidrocarbonetos (HC):** São gases e vapores resultantes da queima incompleta e evaporação de combustíveis e de outros produtos orgânicos voláteis. Diversos hidrocarbonetos como o benzeno são



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

cancerígenos e mutagênicos, não havendo uma concentração ambiente totalmente segura.

Participam ativamente das reações de formação da "névoa fotoquímica".

**Óxido de Nitrogênio (NO) e Dióxido de Nitrogênio (NO<sub>2</sub>):** São formados durante processos de combustão. Em grandes cidades, os veículos geralmente são os principais responsáveis pela emissão dos óxidos de nitrogênio. O NO, sob a ação de luz solar se transforma em NO<sub>2</sub> e tem papel importante na formação de oxidantes fotoquímicos como o ozônio. Dependendo das concentrações, o NO<sub>2</sub> causa prejuízos à saúde.

**(CETESB:[http://www.cetesb.sp.gov.br/Ar/ar\\_saude.asp](http://www.cetesb.sp.gov.br/Ar/ar_saude.asp), em 25/11/2008, às 12h51m)**

A redução do potencial de contaminação que se poderia alcançar por meio da correta regulagem dos motores são referidas, no Brasil, por meio das Resoluções CONAMA 07 e 08/93, elaboradas com base na experiência de outros países e em normas da Environment Protect Agency – EPA, dos Estados Unidos.

### **2.3 A Inspeção Veicular**

A implantação dos programas de inspeção veicular é vista como ferramenta das políticas de estabilização energética e de prevenção à poluição. Tais programas prevêm a realização de uma inspeção na frota alvo, realizada ao menos uma vez por ano, por ocasião do licenciamento. O veículo é submetido a testes e será aprovado se as



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

emissões de poluentes estiverem de acordo com os limites estabelecidos pela legislação.

Os centros de inspeção veicular são instalações dotadas de aparelhos de diagnóstico que têm por finalidade comprovar, sem a desmontagem do Carter, do estado do motor dos veículos. O diagnóstico do motor permite verificar, rapidamente, seus componentes básicos. A comparação dos dados obtidos com os parâmetros de funcionamento adequado do veículo é realizada automaticamente, por meio de microprocessadores. Todas as informações são processadas no momento da inspeção e distribuídas por meio eletrônico às autoridades ambientais e de trânsito.

### **3. A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PARA A DISCIPLINA DA QUESTÃO AMBIENTAL**

#### **3.1 O Modelo Federativo Brasileiro**

É princípio fundamental da República Brasileira a formação do Estado Nacional pela "união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal".

A Constituição da República, na norma de seu artigo 18, reconhecendo o relevante papel desempenhado pelo poder político local e atento à necessidade de descentralização do eixo de tomada de decisões, reconheceu que a "organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos".



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

O processo de formulação da Constituição de 1988 acolheu e refletiu a tendência descentralizadora, resultante dos movimentos sociais que se opunham ao autoritarismo. Nesse sentido, buscou-se garantir aos cidadãos acesso aos serviços públicos e benefícios sociais, incrementando a possibilidade de participação da sociedade na formulação e na fiscalização das decisões públicas.

O modelo federativo eleito pelo legislador constituinte adota, como sistemática geral de distribuição de competências, o critério de atribuição de poderes reservados para a União (arts. 21 e 22) e para os Municípios (art. 29 e 30), ficando as matérias remanescentes sob a égide do Estado-membro (art. 25, §1º.).

Tal é o que se encontra consubstanciado na norma do art. 25, § 1º. da Constituição da República, que estabelece: "*São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.*"

Além disto, o legislador constitucional previu áreas de atuação comum aos entes federativos; a possibilidade de delegação de atribuições e setores concorrentes, nos quais cabe à União editar normas gerais, ficando aos Estados e aos Municípios a competência para suplementá-las.

O princípio que orienta a repartição de competência entre os entes federativos é, segundo José Afonso da Silva<sup>3</sup>, o da "**predominância do interesse**". Isto implica dizer que a cada um dos entes da federação deverão estar afetas as atribuições que melhor se amoldem à sua esfera de atuação.

---

<sup>3</sup> José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª. ed., São Paulo, RT, 1990, pág. 412



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Assim, como regra, as matérias de interesse nacional devem caber à União; aos Estados os assuntos de âmbito regional e aos Municípios ficam delegadas as questões de interesse local.

### **3.2 A Repartição das Competências em Matéria Ambiental**

A Constituição da República, na norma de seu art. 225, consagra a tutela ao Meio Ambiente, em virtude de havê-lo reconhecido como "***bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.***"

Conferiu-se, na norma do art. 23, inciso VI, competência a todos os entes federativos para proteção ao meio ambiente e combate à poluição, em qualquer de suas formas, como se depreende da clara dicção do texto legal:

"Art. 23 - É **competência comum** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV- impedir a invasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

(...)

**VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;**

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora. "



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Determinou, portanto, o legislador constituinte, uma área de competência que deve ser exercida conjuntamente pelos diversos entes da Federação; ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem partilhar responsabilidades sobre a condução das questões ambientais.

Conclui-se, portanto, que no que tange à competência dita **implementadora**, ou seja, a de execução das normas ambientais, possuem todos os entes da Federação competência plena, devendo atuar na tutela do patrimônio ambiental.

No que tange à **competência legislativa**, estabeleceu a Constituição da República, na norma de seu art. 24, a competência **concorrente** para a disciplina das questões ligadas ao meio ambiente.

O exercício da competência dita concorrente implica, segundo a clara lição de José Afonso da Silva<sup>4</sup>, o seguinte: "1. *possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa; 2. primazia da União no que tange à fixação de normas gerais (art. 23 e seus parágrafos)*"

Para atender às suas peculiaridades, os Estados e Municípios poderão editar leis próprias, desde que inexista lei federal disciplinadora, no que se refere às normas gerais. No que tange ao poder suplementar, a competência dos Estados e dos Municípios é plena, como deflui da leitura da norma do art. 24, parágrafo segundo, em combinação com a norma do art. 30, inciso II, todos da Constituição da República:

---

<sup>4</sup> ob.cit, pág. 145



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

“Art. 24:

Parágrafo Segundo: A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

“Art. 30: Compete aos Municípios:

II - Suplementar a legislação federal e estadual no que couber.”

Também é plena e exclusiva a competência dos Municípios para legislar sobre o que pertine ao interesse local. (art. 30, inciso I, da Constituição da República).

Devemos, pois, concluir que o legislador constitucional estabeleceu duas ordens de competência: a implementadora, ou de execução, e a legislativa. No que se refere ao aspecto implementador das normas ambientais, a competência de todos os entes da federação é **comum**. Por outro lado, quanto à competência legislativa, cabe à União estabelecer normas gerais, devendo os demais entes suplementá-las.

### **3.2.1 O Sistema Nacional de Meio Ambiente**

No âmbito federal, a Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, recepcionada pela Constituição da República, estabeleceu as bases da Política Nacional do Meio Ambiente, dispondo sobre a atuação integrada dos órgãos que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA. Temos, portanto, no âmbito nacional, respeitada a competência comum de todas as instâncias de governo, um conjunto articulado de órgãos, entidades e regras que envolvem a União, os Estados e os Municípios, com vistas à proteção da qualidade ambiental.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

A Lei 6.938/81 ao criar o SISNAMA, dotou-o da forma descentralizada, como se depreende da leitura de seu art. 6º:

“Art. 6º. Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as Fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

*I. Órgão Superior: o Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República, na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;*

*II. Órgão Consultivo e Deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;*

*III. Órgão Central: a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;*

*IV. Órgão Executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;*

*V. Órgãos Seccionais: os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;*

*VI. Órgãos Locais: os órgãos ou entidades municipais responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades nas suas respectivas jurisdições.*

§1º. Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

**§2º. Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior."**

Incumbe, portanto, a cada um dos entes integrantes do SISNAMA promover a adequação de sua estrutura administrativa, de molde a desenvolver, com aptidão, as funções atinentes à tutela ambiental.

No que tange à edição das normas gerais, em matéria ambiental, detém a União, como já mencionamos, competência concorrente. A Lei 6.938/81, coerente com este postulado, inclui dentre as competências do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, a atribuição de *"estabelecer, privativamente, normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos"*.

É importante destacar que, ao longo de sua existência, o CONAMA notabilizou-se por atuar na vanguarda da tutela ambiental, servindo de paradigma para os demais órgãos colegiados. A força e a legitimidade de suas decisões geraram a alteração de padrões de produção e a conscientização das comunidades sobre grandes temas de meio ambiente, além de balisar as ações de governo, nos diversos níveis de competência.

No uso de suas atribuições, diversas são as Resoluções CONAMA que lograram repercussão nacional, merecendo amplo destaque a implementação do Programa Nacional de Controle da Poluição por Veículos Automotores - PROCONVE, cujos impactos sobre a indústria automobilística são inegáveis; a decisão que instituiu os Estudos de Impacto Ambiental - EIA/RIMA, responsável pela multiplicação de análises ambientais por todo o país, com a incorporação do mecanismos das



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

audiências públicas, inserindo a comunidade no processo ambiental. Mais recentemente, temos a edição da Resolução que disciplinou o processo de licenciamento (SLAP, além da importante formulação da Política Nacional de Resíduos Sólidos, consubstanciada na Resolução n. 259, de 30 de junho de 1999.

No campo ambiental, portanto, é clara a divisão de competências, que assim se estabelece:

- a) no **âmbito legislativo**, a competência é **concorrente**, cabendo à União a edição de normas gerais e incumbindo aos Estados e Municípios o poder suplementar. Destaca-se que o poder suplementar do Município é estrito para os assuntos de interesse local, não podendo o Estado imiscuir-se neste campo.
- b) no **âmbito implementador**, a competência é **comum**, devendo a solução de eventuais conflitos levar em conta o território sobre o qual irão incidir os impactos diretos da atividade ou do fato.

A atuação dos demais entes será permitida, em caráter excepcional, de forma supletiva.

A Lei Federal nº 6.938/81, ao estabelecer a Política Nacional do Meio Ambiente e a estrutura do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, previu, de forma expressa, a existência de órgãos ambientais com atuação nos três níveis da Federação.

Os órgãos ambientais das várias esferas de poder têm, por força constitucional, competência para atividades de planejamento, gestão e **controle ambiental**, devendo capacitar-se para o exercício das atribuições que lhe são afetas.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

O conceito de sistema traduz, necessariamente, a combinação de estruturas diversas, de partes que mantêm relações necessárias entre si, de forma que a ocorrência de modificação de uma das partes afeta todo o conjunto e a rearticulação das partes, uma reação em cadeia.

Portanto, o sistema pressupõe a integração de suas partes, todas independentes entre si, que devem se relacionar por meio de suas estruturas, de maneira complementar e harmônica, repudiando a idéia de posições antagônicas, ou contraditórias, que poderiam comprometer sua consistência.

Como já salientado, a Constituição Federal atribuiu, aos três níveis de Administração, competência implementadora para a tutela ao Meio Ambiente.

A tutela ambiental não está restrita somente à proteção do sistema natural contra intervenções humanas, mas abrange, também, a proteção da humanidade contra eventuais respostas naturais que possam comprometer sua qualidade de vida. Desta forma, a proteção deve estender-se também ao controle das atividades impactantes dentro da cidade (sistema construído).

A capacitação do órgão ambiental para o desenvolvimento das atividades de controle, entendido como atividade que abrange a fiscalização, o monitoramento e a auditoria ambientais, constitui-se em grande desafio para o Administrador, sobretudo após o advento da Lei de Crimes Ambientais.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

**3.3. A Competência Específica para o Controle da Poluição Atmosférica Veicular**

A Lei Federal nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabeleceu a Política Nacional de Meio Ambiente e instituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, no inciso VI do artigo 8º, conferiu ao CONAMA competência **privativa** para o estabelecimento de normas e padrões de controle de poluição causada por veículos automotores, dispondo:

"Art. 8º - Incluir-se-ão entre as competências do CONAMA:

.....  
VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes;

O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, no pleno uso de sua competência, instituiu, por meio da Resolução nº 18, de 06 de Maio de 1986, o Programa de Controle da Poluição do Ar por Veículos Automotores – PROCONVE. Como desdobramento das ações que exigiam a adoção de uma política de estabilização energética e de prevenção da poluição do ar, foram editadas as Resoluções CONAMA de nºs 03/89, 04/89, 05/89, 08/90, 07/93, 08/93, 16/93, 15/94, 15/95, 16/95, 18/95, 226/97, 227/97, 230/97, 251/99, 252/99, 256/99, 297/02, 315/02 e 342/03. Foram instituídos programas que prevêm a realização de inspeções na frota de veículos, ao menos uma vez por ano. Todo veículo é, portanto, submetido a testes e será aprovado se a emissão de poluentes estiver de acordo com os limites máximos estabelecidos pela legislação.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Ratificando a legislação anterior, a Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, conferiu ao CONAMA a competência para estabelecer a forma e periodicidade de inspeções veiculares, no que tange à emissões de gases poluentes e ruídos. O Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 104, estabelece:

"Artigo 104 – Os veículos em circulação terão suas condições de segurança, de controle de emissão de gases poluentes e de ruído, avaliadas mediante inspeção, que será obrigatória, **na forma e periodicidade estabelecidas** pelo CONTRAN para os itens de segurança e **pelo CONAMA para emissões de gases poluentes e ruído.**" (*destacamos*)

O Código Nacional de Trânsito ao atribuir ao CONAMA competência para estabelecer a "forma e a periodicidade" das inspeções para gases poluentes e ruídos, conferiu-lhe, portanto, poderes para disciplinar todo o procedimento relativo às inspeções.

Com efeito, a forma prescrita e a periodicidade devem dar ensejo à disciplina do procedimento relativo às inspeções. O procedimento, concebido sob a ótica jurídica, é o conjunto de atos ordenados com vistas a determinado fim, segundo forma previamente determinada ou prescrita, de observância obrigatória, sob pena de nulidade dos atos decisórios.

Posteriormente, a Lei Federal nº 10.203, de 22 de fevereiro de 2001, ao dar nova redação ao artigo 12º da Lei nº 8.723, de 28 de outubro de 1993, estabeleceu:



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Art. 12 - Os governos estaduais e municipais ficam autorizados a estabelecer através de planos específicos, normas e medidas adicionais de controle da poluição do ar para veículos automotores em circulação, em consonância com as exigências do Proconve e suas medidas complementares.

§ 1º Os planos mencionados no caput deste artigo serão fundamentais em ações gradativamente mais restritivas, fixando orientação ao usuário quanto às normas e procedimentos para manutenção dos veículos e estabelecendo processos e procedimentos de inspeção periódica e de fiscalização das emissões dos veículos em circulação.

**§ 2º Os Municípios com frota total igual ou superior a três milhões de veículos poderão implantar programas próprios de inspeção periódica de emissões de veículos em circulação, competindo ao Poder Público Municipal, no desenvolvimento de seus respectivos programas, estabelecer processos e procedimentos diferenciados, bem como limites e periodicidades mais restritivos, em função do nível local de comprometimento do ar. (destacamos)**

O legislador compreendeu, portanto, que os Municípios com mais de três milhões de veículos registrados possuem situação que pressupõe agravamento das condições da qualidade do ar.

Com efeito, estudo elaborado pelo Professor Paulo Saldiva<sup>5</sup>, destaca os efeitos sobre a saúde humana, em razão da exposição crônica aos poluentes de origem veicular nos grandes centros urbanos. Os autores do estudo recomendam, de forma veemente, a implantação de programas de inspeção anual e de fiscalização rotineira dos níveis de emissão de poluentes.

---

<sup>5</sup> Saldiva, Paulo Hilário Nascimento (coord.), Proconve 20 anos: ganhos de saúde das etapas já realizadas e estratégias para a sua evolução, versão de 23.05.2006 e Emissões de Poluentes Atmosféricos por Fontes Móveis e Estimativa dos Efeitos em Saúde em 6 Regiões Metropolitanas Brasileiras, versão3:novembro,2007



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

A magnitude da questão ambiental no Município de São Paulo confere ao Poder Local legitimidade para a adoção própria de ações de controle da poluição atmosférica, a fim de proporcionar à população melhores condições de vida.

Portanto, foi com forte embasamento factual e jurídico que o Município de São Paulo assumiu suas obrigações de controle ambiental e instituiu, por meio da Lei Municipal nº 11.733, de 27 de março de 1995, o Programa de Inspeção Veicular.

#### **4. A DETERMINAÇÃO DA DENOMINADA "FROTA ALVO" E A AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

##### **4.1 A Escolha Técnica da Frota Alvo**

A Resolução CONAMA 07/93, de 31 de agosto de 1993, ao disciplinar a implementação dos Programas de Inspeção Veicular, dita:

...

Art. 4º **Caberá aos *órgãos ambientais* estaduais e *municipais*, considerando as **necessidades e possibilidades regionais**, a **definição da frota alvo do Programa**, que poderá ser apenas uma parcela da frota licenciada na região de interesse.**

§ 1º **A frota alvo de que trata este artigo poderá ser ampliada ou restringida, a critério dos *órgãos ambientais*, em razão da experiência e resultados obtidos com a implantação do Programa e das possibilidades e necessidades regionais.** (destacamos)

§ 2º No estágio inicial do Programa deve-se priorizar a inspeção dos veículos ano modelo 1989 em diante.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Determina o CONAMA que o Município, baseado em estudos de caracterização da frota registrada, escolha aquela que deverá ser o alvo do Programa de Inspeção; vale dizer: a frota alvo. A frota alvo é, portanto, uma parcela da frota registrada no Município.

A Resolução CONAMA 07/93 indicou, também, de forma clara, que os Programas de Inspeção deveriam abranger inicialmente, ao menos, com os quatro últimos anos-modelo.

O Município de São Paulo, com base em estudos de caracterização da frota, ampliou a frota alvo para alcançar, por meio da inspeção, 100% (cem por cento) dos veículos movidos a Diesel, 100% (cem por cento) das motocicletas e cerca de 30% (trinta por cento) da frota Otto (veículos leves), abrangendo os automóveis produzidos entre 2003 a 2008.

Os estudos utilizados pelo Município, dentre os quais podemos destacar o Inventário de Emissões Veiculares<sup>6</sup>, indicaram uma estimativa quantitativa e qualitativa das emissões, que serviu como base para o planejamento e o dimensionamento de ações de caráter preventivo ou corretivo, bem como indicador da eficácia das ações desenvolvidas no âmbito do Programa de Inspeção Anual e de Fiscalização dos veículos.

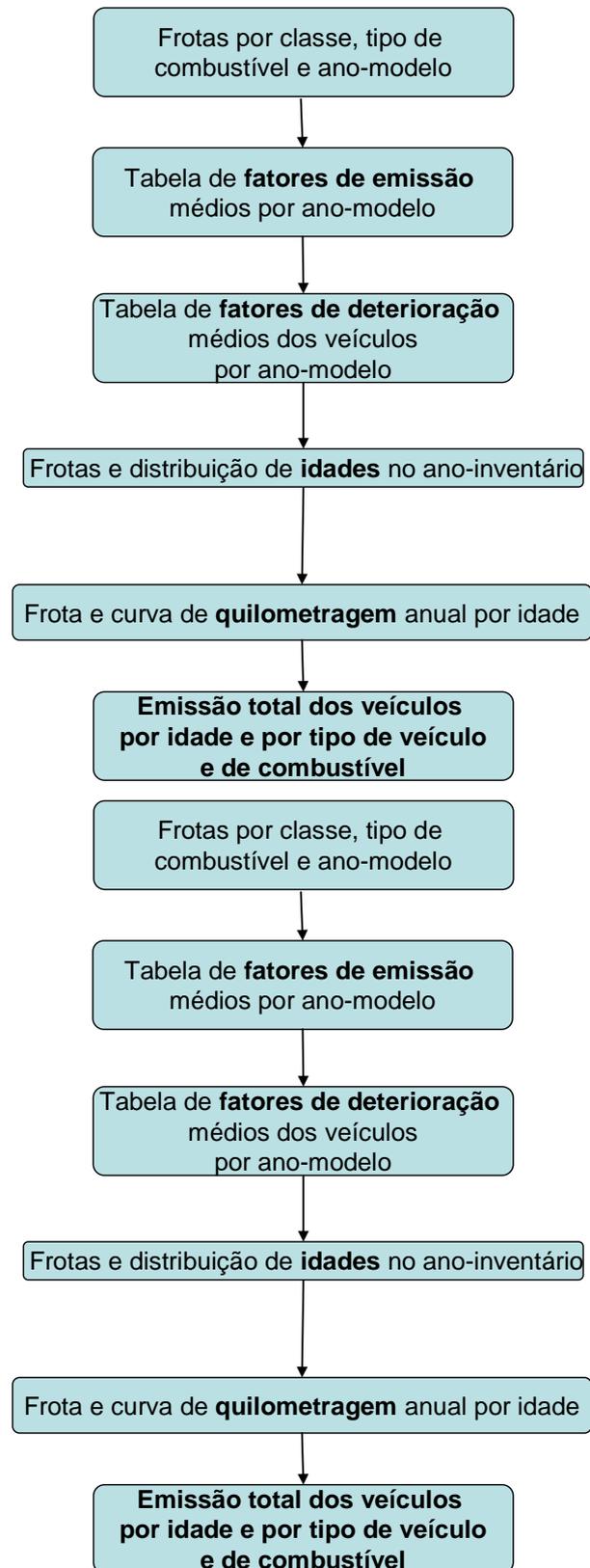
A sistematização do cálculo do inventário para cada ano-calendário considerado pode ser visualizada nos esquemas a seguir, na qual foi utilizado um modelo numérico, alimentado por fontes de informação específicas:

---

<sup>6</sup> Branco, Gabriel Murgel et Branco, Fábio Cardinale, Inventário de Fontes Móveis: Análise prospectiva e retrospectiva dos benefícios do PROCONVE para a qualidade do ar desde 1980 a 2030



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL

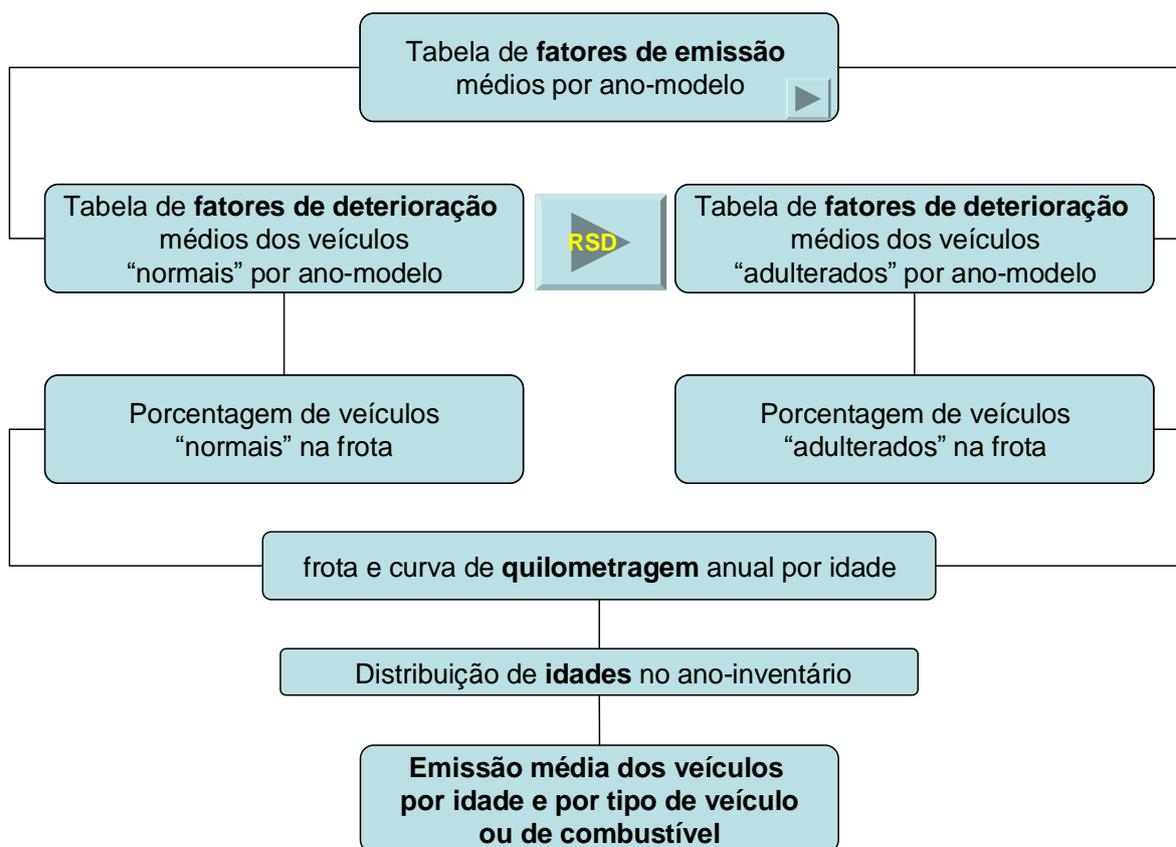




**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

O referido estudo também identificou que aproximadamente 20% dos veículos, **de todas as idades**, apresentam fatores de deterioração várias vezes superior às médias da mesma idade (caracterizados como **"adulterados"**, ou os 20% piores). Este fato suporta o conceito de que um Programa de Inspeção poderá identificar tais veículos e obrigá-los a um re-enquadramento na média dos demais (caracterizados como os 80% melhores, ou assumidos como de **"degradação normal"**).

Desta forma os fatores finais de emissão foram estimados de acordo com o seguinte esquema de cálculo:

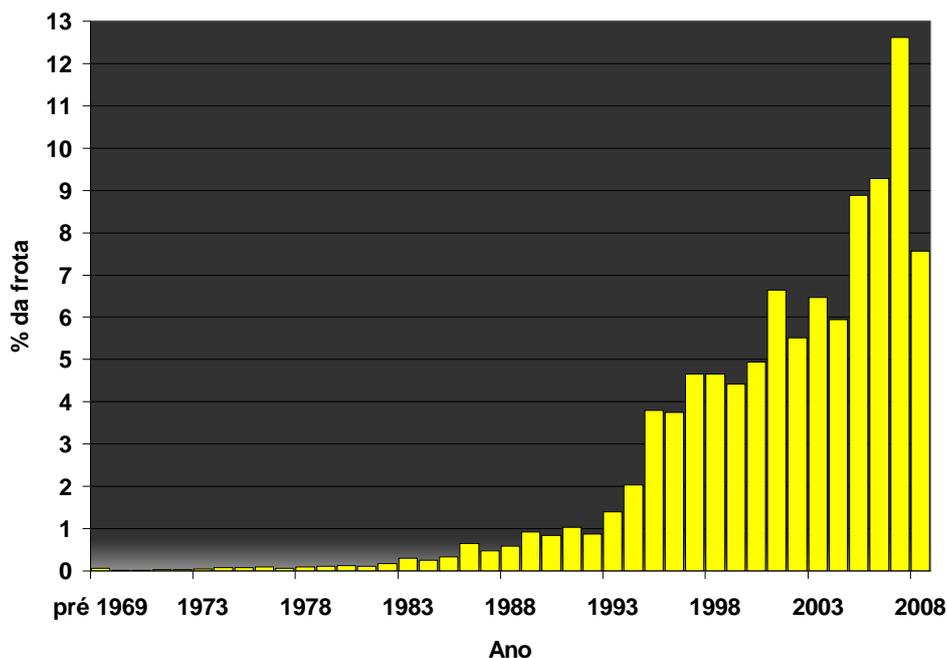




**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Dados fornecidos pelo DENATRAN indicaram a existência de 25 a 40% de automóveis com mais de 20 anos. Entretanto a estatística de veículos flagrados em trânsito pelo sensoriamento remoto indica **apenas 2% dos automóveis com mais de 20 anos efetivamente em circulação**, porque os proprietários não procedem à “baixa” do registro do veículo no sistema. A figura a seguir mostra a distribuição dos veículos por ano-modelo, indicando uma forte concentração de veículos com menos de quatro anos de idade.

**Distribuição dos veículos por Ano-Modelo  
84.180 veículos**



Em relação ao controle de emissões, há que se considerar que os veículos mais antigos foram fabricados sob as normas vigentes à época de sua homologação e, portanto, menos restritivas do que as atuais. Tais veículos, ainda que corretamente regulados, por limitações tecnológicas, não atingirão os mesmos níveis de emissão dos automóveis novos. Além disto, sua circulação é mais restrita. O fato, portanto, de os



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

veículos antigos emitirem mais poluentes não os converte, necessariamente, à condição de maiores poluidores. Poluidores são aqueles que emitem poluentes acima dos limites estabelecidos pela legislação.

Note-se, portanto, que embora os veículos mais antigos sejam importantes para uma estratégia de fiscalização, os veículos mais modernos podem e devem ser fiscalizados, com a utilização de limites mais severos, compatíveis com a sua tecnologia.

Estatísticas demonstraram que ao menos 20% (vinte por cento) dos veículos novos poluem mais do que 60% (sessenta por cento) dos veículos antigos, em razão de adulterações promovidas pelos proprietários.

Além disto, a introdução dos veículos flex-fuel no mercado trouxe uma nova variável: os fatores de emissão variam em função do combustível adotado. Os veículos com a tecnologia flex-fluel correspondem, na atualidade, a 90% (noventa por cento) dos automóveis fabricados no país.

Há, portanto, uma circulação mais intensa de veículos novos, o que em seu conjunto supera a quantidade de emissões dos veículos mais antigos. Dados do Inventário demonstram que veículos com até 10 anos de uso circulam até 45.000km por ano, enquanto veículos com mais de 10 anos de uso rodam em torno de 10.000 km por ano.

Com base nos estudos realizados, verificou-se o seguinte:



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

- a) Os veículos movidos a Diesel representam pequena parcela da frota licenciada para a cidade de São Paulo<sup>7</sup>. No entanto, as emissões provenientes de veículo movidos a diesel são significativas, pois seus "fatores de emissão são mais elevados dos que dos veículos leves, além de percorrerem distâncias mais elevadas..."<sup>8</sup>. Ainda, é relevante notar que a frota diesel é responsável por mais de 50% das emissões de material particulado. Tais fatos justificaram a inclusão de 100% (cem por cento) da frota registrada como "frota alvo" do Programa de Inspeção.
- b) A partir do ano 2000, a explosão do mercado de **motocicletas** tornou estes veículos os principais emissores de CO (Monóxido de Carbono) e HC (Hidrocarbonetos), sendo necessárias intervenções maiores do que as já programadas pelo CONAMA – especialmente para as emissões de HC. Isto justifica a inclusão de 100 (cem por cento) da frota registrada como "frota alvo" do Programa de Inspeção.
- c) Em razão da introdução da tecnologia flex-fuel no ano de 2003, que hoje corresponde a cerca de 90% (noventa por cento) dos veículos fabricados no país. Esta foi a razão da escolha dos modelos de 2003 a 2008 como integrantes da frota alvo inicial do Programa de Inspeção.

É fundamental que se entenda que a finalidade primordial do Programa de Inspeção Veicular é detectar as emissões veiculares em desconformidade com os limites estabelecidos na legislação. Porém, a eficiência do Programa se relaciona com a efetiva emissão total da frota em circulação e a possibilidade concreta de sua adequação, de forma a que se atinja os melhores resultados possíveis para a qualidade do ar.

---

<sup>7</sup> De acordo com dados da Secretaria do Verde e do Meio Ambiente e do DENATRAN, há, na atualidade, aproximadamente 318.000 veículos movidos a diesel licenciados no Município de São Paulo, sendo 138.500 caminhões, 41.200 ônibus e 137.960 veículos diversos (microônibus, vans, caminhonetes etc).

<sup>8</sup> Corrêa, Sérgio Machado et alli, Aromáticos por Misturas de Diesel e Biodiesel



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Para isto, o gestor do Programa, diante da expressa delegação legal, deve instituir uma "frota alvo", que lhe faculta escolher dentre a frota registrada, qual a parcela mais significativa para o controle das emissões, ao menos em sua fase inicial de implantação, a fim de que os melhores resultados sejam atingidos no menor espaço de tempo possível.

Aliás, já está prevista para o próximo ano a incorporação de todos os veículos em circulação no Programa de Inspeção.

#### **4.2 A Ausência de Ofensa ao Princípio da Isonomia**

A Autora fundamenta sua posição no conceito de justiça visto como igualdade absoluta, inclusive entre os desiguais.

Em que pese a concepção de Justiça haver encontrado acepções bastantes particulares, seja ela a felicidade (Platão), a verdade (Aristóteles), a razão divina - a fé em Deus (Tomás de Aquino), a liberdade ou autonomia da vontade humana (Kant), o ato de poder vital (Nietzsche) ou a felicidade conforme a lei (Kelsen), podemos afirmar que a visão da Justiça como igualdade absoluta é aquela que menos se aproxima de seu real significado.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Com efeito, segundo esta concepção, todas as pessoas não de ser tratadas da mesma forma, sem levar em conta as diferenças que as distinguem. Perelman<sup>9</sup> critica tal concepção e, de forma irônica, salienta que sob tal prisma, o único ser perfeitamente justo seria a morte, que é inexorável desde o nascimento de todos os seres e universal.

Ao analisar o conceito de Justiça, visto pelo ângulo da Igualdade, Perelman, destaca seis conceitos, que passamos a reproduzir de forma sintética:

- a) Igualdade absoluta (a cada qual a mesma coisa),
- b) Igualdade distributiva (a cada qual segundo seus méritos), por meio da qual se prevê um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca ao indivíduo.
- c) Igualdade comutativa (a cada qual segundo suas obras), por meio da qual se pretende estabelecer um critério que leva em consideração o resultado das ações individuais;
- d) Igualdade segundo as necessidades de cada um;
- e) Igualdade aristocrática (a cada qual segundo sua posição);
- f) Igualdade formal (a cada qual segundo o que a lei lhe atribui), o que levaria à aplicação de um conceito estático de distribuição de Justiça.

A análise destes critérios leva Perelman à conclusão de que só é possível distribuir Justiça quando se mesclam as diversas concepções. A noção de Justiça consiste, por certo, na aplicação da idéia de igualdade, porém como um elemento variável, numa pluralidade de acepções.

---

<sup>9</sup> 2. PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

Em síntese, Perelman traça uma definição de justiça formal (abstrata), como "**(...) um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma (...)**"<sup>25</sup>. Portanto, vista por este prisma, a Justiça implica o tratamento igual dos seres que se encontram sob as mesmas circunstâncias. *A contrario sensu*, devem ser tratados de forma desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade.

No caso em tela, a escolha do gestor do Programa ao estabelecer a denominada "frota alvo" para o primeiro ano de sua implantação, obedeceu a critérios técnicos que identificaram que a **frota registrada entre os anos de 2003 a 2008**, em razão da intensidade de circulação; da introdução da tecnologia "flex"; da expressiva quantidade de veículos em uso em relação aos automóveis mais antigos, além de outros fatores identificados, **é responsável pela parcela mais significativa das emissões atmosféricas, sendo, portanto, prioritária em termos de controle ambiental.**

Não há que se aplicar, portanto, o pobre conceito de igualdade formal, propalado pela Autora, em detrimento da eficiência do Programa de Inspeção Veicular.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

**5. A PRESENÇA DE RISCO DE GRAVE LESÃO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO E O RECEBIMENTO DO AGRAVO NA FORMA DE INSTRUMENTO**

Como se demonstrou, não existe qualquer justificativa juridicamente válida para que a ora Agravada obtenha um "salvo conduto" que lhe permita circular com seu veículo sem que as condições de emissão atmosféricas sejam avaliadas.

O Princípio do Poluidor Pagador, sobre o qual se assenta a inspeção e sua cobrança, foi internalizado pela legislação brasileira após a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizados no Rio de Janeiro em junho de 1992 (ECO-92). O Princípio do Poluidor Pagador consta da Declaração do Rio (1992), em seu princípio 16:

"As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que **o poluidor deve, em princípio, assumir o custo da poluição**, tendo em vista o interesse público, sem desvirtuar o comércio e os investimentos internacionais".

O Princípio atribui, portanto, os ônus quanto à submissão às atividades de controle ambiental por todo aquele que se utiliza de recursos naturais, como o ar, por exemplo. As externalidades geradas por aquele que exerce atividade potencialmente poluidora devem ser suportados por quem dela se beneficia.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

A suspensão da exigibilidade da submissão do veículo da Agravada às ações de controle gera um precedente intolerável, que pode levar à desmoralização do Programa e, por conseguinte, à ineficácia das ações de controle ambiental.

Vale lembrar que **as emissões veiculares representam quase 90% (noventa por cento) do total de poluentes concentrados na atmosfera na Cidade de São Paulo.**

Não se justifica, portanto, qualquer decisão que isente a Agravada a submeter o seu veículo à Inspeção Periódica, máxime por não se conhecer, de antemão, as condições de manutenção de seu automóvel.

Diante disso, configurada a hipótese prevista no art. 527, incisos II e III do CPC, requer seja o presente recebido na forma de instrumento, com a conseqüente concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal, com vistas a emprestar suspensividade ao presente agravo para que, dessa forma, possam ser restaurados os atos administrativos atingidos pela R. Decisão atacada.

**6. DA INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTOS RELEVANTES HÁBEIS A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DA TUTELA RECURSAL CONTRA A MUNICIPALIDADE**

A propositura da demanda e a antecipação dos efeitos da tutela recursal, em face desta Municipalidade, se mostram absolutamente impróprios e precipitados, cumprindo ressaltar, mais uma vez, que somente pode se falar em lesão grave se houver a manutenção da providência concedida.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

É flagrante, no caso em tela, a inexistência dos pressupostos necessários à concessão da medida de antecipação dos efeitos da tutela recursal, já que o "**fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**", existe em relação à Municipalidade que se vê impedida em relação ao regular exercício do poder de polícia, em defesa dos interesses ambientais da coletividade.

De outra parte, a verossimilhança das alegações da Agravante, no sentido da "injustiça" na escolha da frota alvo do Programa de Inspeção e a presença de motivos que justificassem sua isenção em relação às ações de controle restou incomprovada.

A legislação ambiental obriga o cidadão ao cumprimento de certos deveres de ordem pública que redundam em benefício da coletividade, de forma a que se busque preservar a qualidade de vida nas cidades. Muitas vezes, isto se dá por meio de limitações ao direito de uso da propriedade, em benefício geral de todos os habitantes.

Neste sentido, buscando disciplinar a autorização para o exercício de atividades e no exercício da competência implementadora quanto ao controle ambiental, o Município de São Paulo editou a legislação disciplinadora que exige, a realização de Inspeção Veicular

Na verdade, a ora Agravada pretende valer-se do Poder Judiciário para obter verdadeiro "salvo conduto", que lhe permita circular com seu veículo, sem ser molestada pelo Poder Público. Ora, não pode ser esta a função da tutela jurisdicional, máxime em situação em que se desconhecem as condições de manutenção do veículo beneficiado pela medida.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO JUDICIAL**

De outra parte, como já ressaltado, o juízo de verossimilhança socorre à Municipalidade, por verificar-se, de plano, a legalidade das ações de controle ambiental implantadas. Ademais, a conduta da Administração Municipal, encontra-se respaldada pela presunção de legalidade que reveste os atos administrativos, o que afasta, de forma cabal, a possibilidade da concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal.

## **7. CONCLUSÃO**

Verificada, portanto, a licitude dos atos legislativos e administrativos que respaldaram a implantação do Programa de Inspeção Veicular, requer-se a **concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal** com o fim de lograr-se a revogação da medida liminar concedida pelo MM. Juízo *a quo*, - medida que deverá ser deferida em definitivo, com o final provimento do presente agravo, de forma a permitir-se a continuidade das ações de controle ambiental.

São Paulo, 23 de Junho de 2009.

**GLAUCIA SAVIN**  
**Procuradora Municipal**  
**OAB/SP 98.749**



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

**INDICIADO: NILSON ALVES DE ABREU – RF n. 472.598.1 – 3º vínculo**

**ASSUNTO: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. Prisão preventiva. Cobrança e recebimento de propina de vendedores ambulantes, na região do Brás. Recolhimento do dinheiro realizado por meio de ambulantes. Exigência e recebimento de vantagem indevida caracterizados. Configuração do procedimento irregular de natureza grave. Existência de indícios de outras irregularidades na Subprefeitura da Mooca. Voto no sentido da aplicação da pena de demissão a bem do serviço público ao indiciado e da instauração de sindicância.**

**PROCED 111**

**Senhores comissários**

Em cumprimento ao despacho de fl. 71 (reti-ratificado à fl. 86), exarado nos autos do processo administrativo 2008-0.209.008-3, pelo Excelentíssimo Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos, instaurou-se **INQUÉRITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL** (fls. 647/650), contra o servidor público municipal **NILSON ALVES DE ABREU – RF n. 472.598.1 – 3º vínculo**, com supedâneo nos artigos 207 e 209, §2º, ambos da Lei n. 8.989/79, c.c. o artigo 122, do Decreto n. 43.233/2003, imputando-lhe a autoria das seguintes condutas irregulares:

*No período compreendido entre meados de 2007 e 11 de julho de 2008, nos diversos pontos de comércio ambulante do Brás, em especial, nas ruas Rangel Pestana, Oriente, Ministro Firmino Whitaker e, também, no Largo da Concórdia, o indiciado, valendo-se do cargo de agente de apoio, lotado na Unidade Técnica de Fiscalização, da Subprefeitura da Mooca, agindo em concurso com os servidores públicos efetivos Edson Alves*



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

*Mosqueira e Ronaldo Correia da Silva, com os servidores públicos comissionados Georges Marcelo Eivazian e Felipe Eivazian e com os ambulantes Hugo de Santana Andrade, João Jorge Cunha, Liziomar Rodrigues de Souza, Manoel Severino Bezerra, Maria Ivanilde Lima da Silva, Juvemar Pinto dos Santos e Ademir Batista, exigiu e recebeu vantagens econômicas indevidas de mais de sete mil vendedores ambulantes com atuação na região, de quem eram arrecadados, isoladamente, entre R\$ 10,00 (dez reais) e R\$ 20,00 (vinte reais), por semana, totalizando valores aproximados de R\$ 560.000,00 (quinhentos e sessenta mil reais) mensais.*

*Além disso, os vendedores ambulantes que cediam à exigência de propina e pagavam-na eram avisados, previamente, sobre as ações fiscais, através de telefonemas efetuados por Edson Alves Mosqueira.*

*Ressalte-se que, do contrário, ou seja, caso não entregassem o dinheiro, os vendedores ambulantes teriam suas mercadorias apreendidas e suas barracas retiradas do local.*

*O esquema de cobrança e recebimento de propina dos vendedores ambulantes era baseado no poder de comando desempenhado pelo Assistente Técnico Georges Marcelo Eivazian, o qual se aproveitava da proximidade com o Subprefeito da Mooca, para coordenar as atividades ilícitas, no âmbito da Unidade Técnica de Fiscalização.*

*A Unidade Técnica de Fiscalização, da Subprefeitura da Mooca, era chefiada por Felipe Eivazian, irmão de Georges, a quem se reportavam o indiciado e os servidores públicos Edson Alves Mosqueira e Ronaldo Correia da Silva.*

*Competia ao indiciado e aos servidores públicos Edson Alves Mosqueira e Ronaldo Correia da Silva realizar o contato indireto com mais de sete mil vendedores ambulantes do Brás, de que auferiam a propina. Referido contato era finalizado com o concurso direto de Hugo de Santana Andrade, João Jorge Cunha, Liziomar Rodrigues de Souza, Manoel Severino Bezerra, Maria Ivanilde Lima da Silva, Juvemar Pinto dos Santos e Ademir Batista, todos vendedores ambulantes cooptados para promover a arrecadação semanal,*



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

*inclusive com elaboração de lista de controle de valores, de mais de sete mil vítimas espalhadas no comércio ambulante das vias públicas do Brás.*

*Os valores auferidos dos vendedores ambulantes eram repassados, pelos agentes supracitados incumbidos do recolhimento, ao indiciado e aos servidores públicos Edson Alves Mosqueira e Ronaldo Correia da Silva.*

*Do noticiado acima, excetua-se o esquema de recebimento de vantagens indevidas de aproximadamente 500 (quinhentos) vendedores ambulantes do ramo de alimentos, no Largo da Concórdia, que era organizado de forma diferenciada, quanto ao preço - R\$ 1.000,00 (mil reais), por ambulante -, à cobrança – periodicidade mensal -, e aos agentes que o integravam - tão-somente Georges Marcelo Eivazian, Felipe Eivazian e o advogado Leandro Giannasi Severino Ferreira.*

O indiciado foi preso e denunciado, criminalmente, como incurso nos artigos 288, *caput*, e 316, *caput*, em continuidade delitiva (artigo 71), observado o concurso material entre as infrações penais (artigo 69), além da co-autoria (artigo 29), todos do Código Penal. A concussão é definida como crime contra a Administração Pública.

Reportagens veiculadas pela imprensa, a respeito do esquema de cobrança de propina dos ambulantes do Brás, que se tornou conhecido como “nova máfia dos fiscais” após a prisão preventiva de agentes públicos municipais e de ambulantes incumbidos do recolhimento do dinheiro, seguem encartadas às fls. 03/14.

Com base em investigação empreendida pelo jornalismo da Rede Globo de Televisão, o Ministério Público do Estado de São Paulo requisitou a instauração de inquérito policial (fls. 26/69).

Diante da gravidade dos fatos noticiados, Sua Excelência o Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos determinou a instauração de inquérito administrativo especial, suspendendo, preventivamente, o indiciado (fls. 72 e 87).



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

Deixou-se, em princípio, de promover a instauração de inquérito administrativo especial, com fulcro no artigo 124, §1º, do Decreto n. 43.233/2003, objetivando: a obtenção de cópias dos autos do processo criminal; a confirmação da cadeia pública em que se encontrava detido o indiciado; a requisição de sindicância distribuída a PROCED 222.

Efetuuou-se a junção de cópias provenientes dos autos do processo criminal (fls. 110/455 e 480/645), destacando-se: denúncia (fls. 111/124); interrogatórios, na fase inquisitorial, de João Jorge Cunha (fls. 141/142), Manoel Severino Bezerra de Melo (fls. 162/163), Hugo de Santana Andrade (fls. 193/194), Maria Ivanilde Lima da Silva (fls. 206/207), Liziomar Rodrigues de Souza (fls. 213/214); auto de exibição e apreensão de R\$ 800,00 (oitocentos reais) em dinheiro e de celular, que se encontravam com Edson Alves Mosqueira (fl. 253); auto de exibição e apreensão de celulares do indiciado Nilson Alves de Abreu (fl. 255) e de Ronaldo Correia da Silva (fl. 261); termo de declarações de Eduardo Odloak (fls. 274/277).

Peças da sindicância inaugurada, nos autos do processo administrativo 2007-0.225.929-9, acerca de cobrança de propina de ambulantes, na região do Brás, foram, devidamente, entranhadas (fls. 457/476).

Em atendimento ao ordenado, verificou-se que o indiciado se encontrava preso no CDP I Pinheiros (fls. 477/479).

Estão presentes nos autos: termos de depoimentos prestados ao Ministério Público por Francisca Vânia Maria Batista (fl. 501), Afonso José da Silva (fls. 505/506), Ana Maria Gasque da Silva (fls. 507/508), Manoel Messias de Lima (fls. 522/525) e Marcos Medeiros da Silva (fls. 526/529).

Reunidos esses elementos, o termo de indiciamento foi formalizado, conforme descrito acima.

Cumpriu-se a Ordem Interna n. 03/2006, de PROCED.G (fl. 653).



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

O indiciado foi citado (fl. 657), no CDP I Pinheiros.

Nomes completos dos agentes de apoio, lotados na Unidade Técnica de Fiscalização, de janeiro de 2007 a julho de 2008, e respectivos registros funcionais podem ser consultados às fls. 660/663.

A Rede Globo de Televisão encaminhou cópia da fita em VHS, contendo a reportagem exibida pelo telejornal SP/TV, referente aos fatos (fl. 664). O áudio foi transcrito e as imagens capturadas, por câmera digital, e impressas (fls. 666/735).

Procedeu-se ao interrogatório, na cadeia pública (fls. 737/739).

O indiciado constituiu defensor (fl. 741).

Prestaram depoimentos as seguintes testemunhas da comissão: Afonso José da Silva (fls. 747/752); José Borges da Silva (fls. 754/756); Manoel Messias de Lima (fls. 757/760); Antonio Ademir Jacinto de Souza (fls. 761/764); Marcos Medeiros da Silva (fls. 765/769); José Ricardo Teixeira da Silva (fls. 779/783); Francisca Vania Maia Batista (fls. 784/786); Ana Maria Gasque da Silva (fls. 787/789).

A Subprefeitura da Mooca, de acordo com o requisitado, forneceu: o nome do servidor conhecido como "magrão", referido nos depoimentos - Daniel Neves de Lima (fls. 794/798); cópias dos termos de permissão de uso dos ambulantes José Ricardo Teixeira da Silva, Francisca Vania Maia Batista e Ana Maria Gasque da Silva (fls. 804/811).

A justificativa de impossibilidade de conclusão do procedimento disciplinar, no prazo da suspensão preventiva decretada, foi acolhida pelo Excelentíssimo Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos (fls. 813/837).

O prazo para o término deste inquérito administrativo especial foi



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

prorrogado (fls. 841/853).

Vieram aos autos novas cópias oriundas do processo criminal (fls. 854/1.009): depoimentos, em juízo, de Manoel Messias de Lima (fls. 860/872), Luis Augusto Castilho Storni (fls. 873/893), Marcos Medeiros da Silva (fls. 894/909), Pedro Faria Júnior (fls. 910/948), Afonso José da Silva (fls. 949/969), Ana Maria Gasque da Silva (fls. 970/978), Francisca Vânia Maria Batista (fls. 979/989), José Ricardo Teixeira da Silva (fls. 990/1.000) e Leandro Dantas de Jesus (fls. 1.001/1.009).

Novo ofício foi expedido à 22ª Vara Criminal, solicitando cópias, a partir de fl. 1180 (fl. 1.011).

Na fase do tríduo probatório, a defesa requereu a produção de prova emprestada, consistente nos termos de depoimento e de interrogatório produzidos em juízo (fl. 1.014). O pedido foi deferido, com a ressalva de que a defesa deveria providenciá-los, caso não constassem dos autos até o momento da apresentação das razões finais (fl. 1.015).

Juntaram-se cópias do processo criminal, a partir de fl. 1180, dentre as quais avultam: depoimentos das testemunhas de defesa Júlio César Ferreira da Silva – Nilson - (fls. 1.064/1.070), João Luiz Marcelino – Nilson – (fls. 1.071/1.072), Fábio Luiz da Silva – Hugo – (fls. 1.073/1.076), Décio Ribeiro Esteves – Hugo – (fls. 1.077/1.082), Adriano Gomes da Silva – Hugo - (fls. 1.083/1.087), Pedro Paulo Faza – Georges Marcelo – (fls. 1.088/1.094), Leandro de Moura – Felipe – (fls. 1.095/1.099), Rogério Lopes – Georges Marcelo – (fls. 1.100/1.105), Bartolomeu Lococciolo – Felipe – (fls. 1.111/1.116), Eduardo Odloak – Georges Marcelo – (fls. 1.117/1.141), Ivanor Batista da Silveira – Felipe – (fls. 1.142/1.144), Roberto Cristostomo – Felipe – (fls. 1.145/1.147), Flavio Martinez – Georges Marcelo – (fls. 1.148/1.156), Gledson de Lima Marques – João Jorge – (fls. 1.157/1.164), Alessandro Sampaio Gonçalves – João Jorge – (fls. 1.165/1.173), Itacira Conceição dos Santos – Maria – (fls. 1.176/1.177), Maria Neuba Souza da Silva – Maria - (fls. 1.178/1.186), José Iranilson Teixeira – Ronaldo - (fls. 1.187/1.193), Marcelo



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

Holitz da Silva – Felipe – (fls. 1.094/1.198), Luiz Lopes de Melo - Manoel - (fls. 1.215/1.219), Luis de Aquino - Manoel - (fls. 1.220/1.226), Marcos Roberto Eugênio - Edson - (fls. 1.227/1.229), André Ricardo de Oliveira - Edson - (fls. 1.230/1.232), Eudler Amaro de Oliveira - Edson - (fls. 1.233/1.1234), Marcus Vinicius Oliveira de Genaro - Leandro - (fls. 1.235/1.250), Ricardo Augusto Baptista - Liziomar - (fls. 1.251/1.252), Francisca Sônia Lima Vieira - Juvemar - (fls. 1.253/1.257), Neilson Paulo dos Santos - Juvemar - (fls. 1.258/1.267), Daniel Barbosa dos Santos - Liziomar - (fls. 1.268/1.271), Ubaldo Silva do Nascimento - Juvemar - (fls. 1.272/1.276), Alexandre Bezerra da Silva - Juvemar - (fls. 1.277/1.279), Nilson Firmino da Silva - Ademir - (fls. 1.280/1.283), Josefa dos Santos Cruz - Ademir - (fls. 1.284/1.287), Caio Norberto Girotti - Leandro - (fls. 1.288/1.293), Nathália Harue Matsutane - Leandro - (fls. 1.299/1.309).

Cópia dos autos do processo criminal, em que figuram como réus Marcos Medeiros da Silva e Manoel Messias de Lima, foi encartada (fls. 1.350/1.529).

Relatórios de inteligência do GAECO e do COAF seguem, respectivamente, às fls. 1.533/1.536 e 1.549/1.552.

Em triagem final, apesar da ausência dos termos dos interrogatórios criminais, considerando o prazo para o término deste processo disciplinar, apontou-se a necessidade de prosseguimento com o cumprimento da Ordem Interna n. 01/2005, de PROCED.G (fl. 1.583).

Cumriu-se a Ordem Interna n. 01/2005, de PROCED.G (fls. 1.584/1.590).

A defesa apresentou razões finais, sustentando, preliminarmente, a nulidade do termo de instauração de inquérito administrativo especial, em razão da falta de clareza e exatidão no indiciamento, o que prejudicou o exercício da defesa, e da ausência de narrativa detalhada da participação do indiciado no tipo imputado, e, no mérito, a necessidade de absolvição, por insuficiência de provas (fls. 1.592/1.596).



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

Ante a falta dos termos de interrogatório judicial dos ambulantes incumbidos do recolhimento de propina, converteu-se o julgamento em diligência, depois de manifestação neste sentido no relatório de fls. 1.597/1.604. Também se determinou a instauração de sindicância, para apuração de outras responsabilidades funcionais (fls. 1.618/1.610).

Promoveu-se a junção aos autos de cópias do processo criminal, de que constam: depoimento da testemunha do juízo Geraldo de Souza Amorim (fls. 1.621/1.644); depoimento da testemunha do juízo João Firmino Ramalho (fls. 1.145/1.657); interrogatórios judiciais de João Jorge Cunha (fls. 1.658/1.667), de Edson Alves Mosqueira (fls. 1.668/1.681), Ronaldo Correia da Silva (fls. 1.682/1.688), Georges Marcelo Eivazian (fls. 1.1.689/1.718), Felipe Eivazian (fls. 1.719/1.738), Nilson Alves de Abreu (fls. 1.739/1.746), Leandro Giannasi Severino Ferreira (fls. 1.747/1.773), Hugo de Santana Andrade (fls. 1.776/1.783), Manoel Severino Bezerra de Melo (fls. 1.784/1.800), Maria Ivanilde Lima da Silva (fls. 1.801/1.814), Liziomar Rodrigues de Souza (fls. 1.815/1.819), Ademir Batista (fls. 1.820/1.826) e Juvemar Pinto dos Santos (fls. 1.827/1.833).

Peças extraídas do PJC–CAP n. 350/2008 foram entranhadas (fls. 2.001/2.865), com relevância para os seguintes documentos integrantes dos autos apartados do Inquérito Policial n. 007/2008: laudo sobre as reportagens divulgadas pela imprensa (fls. 2.163/2.173); termos de assentada de: Sandra Maria Oliveira Cavaccini (fls. 2.174/2.175), testemunha protegida pelo Provimento CGJ n. 32/2000, conhecida por Manga (fls. 2.185/1.187), testemunha protegida (fls. 2.188/2.189), testemunha protegida (fls. 2.190/2.191), João Firmino Ramalho (fls. 2.194/2.195), Cristina Minakava Scatena (fls. 2.197/2.198), Mauro Mattar de Almeida (fls. 2.203/2.204), Gilvanda Alves Monteiro (fls. 2.206/2.208), Geraldo de Souza Amorim (fls. 2.212/2.214), Antonio Ademar Jacinto de Souza (fls. 2.221/2.222); denúncia de desvio de mercadorias apreendidas (fls. 2.223/2.224); relatório parcial (fls. 2.225/2.229); dados sobre a linha telefônica de Edson Alves Mosqueira (fl. 2.279/2.280); interceptações telefônicas da linha (011) 7191-8054 –



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

Edson (fls. 2.284/2.289) e respectivo relatório (fls. 2.301/2.304); interceptações telefônicas da linha (011) 7191-8054 – Edson (fls. 2.305/2.322); relatórios sobre as interceptações telefônicas (fls. 2.328/2.329 e 2.332/3.333); interceptações telefônicas da linha (011) 7191-8054 – Edson (fls. 2.334/2.343); representação de interceptação telefônica (fls. 2.344/2.348); relatório das investigações (fls. 2.349/2.353); interceptações telefônicas da linha (011) 7380-9770 – Nilson (fl. 2.354); interceptações telefônicas da linha (011) 7814-3182 – Georges Marcelo (fls. 2.355/2.356); interceptações telefônicas da linha (011) 9624-4379 – Felipe (fls. 2.357/2.363); relatório das investigações (fls. 2.364/2.366); interceptações telefônicas da linha (011) 7191-8054 – Edson (fl. 2.367); relatório (fls. 2.368/2.371); interceptações telefônicas da linha (011) 7814-3182 – Georges Marcelo (fl. 2.372); relatório (fls. 2.375/2.377); interceptações telefônicas da linha (011) 7814-4182 – Georges Marcelo (fls. 2.386/2.387); interceptações telefônicas da linha (011) 7191-8054 – Edson (fls. 2.388/2.439); interceptações telefônicas da linha (011) 9624-4379 – Felipe (fls. 2.440/2.448); interceptações telefônicas da linha (011) 7814-3179 – Felipe (fls. 2.449/2.460); interceptações telefônicas da linha (011) 7814-3182 – Georges Marcelo (fls. 2.466/2.478); interceptações telefônicas da linha (011) 7840-6830 – José Luiz (fls. 2.479/2.484); interceptações telefônicas da linha (011) 7810-2949 – Leandro (fls. 2.485/2.489); interceptações telefônicas da linha (011) 9984-5018 – Rogério Lopes (fls. 2.490/2.492); relatórios (fls. 2.493/2.497, 2.498/2.500, 2.501/ 2.508); notícia sobre a inauguração de procedimento administrativo criminal para apuração de outros crimes praticados por funcionários públicos municipais (fl. 2.515); relatórios de investigação das interceptações telefônicas (fls. 2.516/2.546 e 2.547/2.568); interceptações telefônicas da linha (011) 8786-7277 – Edson (fls. 2.569/2.583); relatório (fls. 2.584/2.602); interceptações telefônicas da linha (011) 7191-8054 – Edson (fls. 2.603/2.658); interceptações telefônicas da linha (011) 9624-4379 – Felipe (fls. 2.659/2.667); interceptações telefônicas da linha (011) 7814-3179 - Felipe (fls. 2.668/2.678); interceptações telefônicas da linha (011) 7814-3182 – Georges Marcelo (fls. 2.679/2.700); interceptações telefônicas da linha (011) 7380-9770 – Nilson (fls. 2.701/2.703); interceptações telefônicas da linha (011) 9624-4379 - Felipe (fls. 2.704/2.710); interceptações telefônicas da linha (011) 7814-3182 – Georges Marcelo



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

(fls. 2.711/2.713); interceptações telefônicas da linha (011) 7191-8054, em que Edson conversa sobre Ronaldo (fls. 2.714/2.717); interceptação telefônica da linha (011) 7630-2051 – Jorge conversa com Edson (fl. 2.718); interceptações telefônicas da linha (011) 7191-8054 – Edson conversa com Ademir (fls. 2.719/2.720), Liziomar (fl. 2.721), Hugo (fls. 2.722/2.723), Manoel (fls. 2.724/2.725), Juvemar (fls. 2.726/2.729), Maria Ivanilde (fl. 2.730); interceptações telefônicas (linhas 7814-3182 e 7810-2949) que revelam conversas entre Georges Marcelo e Leandro (fls. 2.731/ 2.737); relatórios de chamadas (fls. 2.754/2.759); relatórios das interceptações telefônicas (fls. 2.765/2.784, 2.785/2.789, 2.790/2.792, 2.793/2.804); interceptações telefônicas da linha (011) 9984-50148 – Rogério Lopes (fls. 2.805/2.809); cópia da revista Planeta Mooca (fls. 2.810/2.831); relatório (fls. 2.832/2.835); interceptações telefônicas da linha (011) 7840-6830 – José Luiz (fls. 2.837/2.849).

Devido à vinda de novos elementos de convicção, concedeu-se oportunidade à defesa para produção de novas provas; porém, em relação ao conjunto probatório, nada foi requerido (fl. 2.871).

Nova triagem final foi realizada (fls. 2.873/2.878).

Cumpriu-se a Ordem Interna n. 01/2005, de PROCED.G (fls. 2.879/2.883).

Em aditamento às razões finais, a defesa sustentou, preliminarmente, a nulidade dos atos praticados na fase inquisitorial, diante da ilicitude das interceptações telefônicas, e a violação aos princípios da ampla de defesa e da formalidade dos atos e, no mérito, a inocência do indiciado (fl. 2.885/2.886).

É a síntese do necessário.

**1 – Do objeto do Inquérito Administrativo Especial**



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5

em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

**1.1 – Questões processuais**

A defesa alegou que as interceptações telefônicas são ilícitas, porquanto não houve autorização para a sua produção, devendo ser reconhecida a nulidade dos atos praticados na fase inquisitorial.

Além disso, asseverou que a juntada de documentos, após a apresentação das razões finais, viola os princípios da ampla defesa e da formalidade dos atos, pois, embora tenha sido concedido novo prazo para aditamento, o indiciamento ocorreu com base em conjecturas e não em indícios ou fatos suficientes que ensejassem a abertura do presente feito.

Com efeito, diferentemente do exposto pela defesa, consta dos autos autorização judicial para interceptação de comunicações telefônicas do indiciado Nilson, como determina o artigo 1º da Lei n. 9.296/1996.

A interceptação das comunicações telefônicas do indiciado Nilson (7380-9770) foi autorizada por Juiz de Direito (fl. 2.330), acolhendo representação da autoridade policial (fl. 2.298/2.300).

Ainda, tanto o prazo fixado quanto os redirecionamentos observaram a determinação do Juiz de Direito (fl. 2.330).

A linha telefônica (011) 7380-9770 está cadastrada em nome do indiciado Nilson (fl. 2.325).

Destarte, lícita a prova produzida, a qual pode ser utilizada em processo administrativo disciplinar, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

*EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas (Pet 3683 QO / MG - MINAS GERAIS, QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 13/08/2008, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)*

*EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedente. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessa prova (Inq 2424 QO-QO / RJ - RIO DE JANEIRO, SEG. QUEST. ORD. EM INQUÉRITO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 20/06/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)*



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

Logo, inexistente qualquer nulidade.

Quanto à produção de provas depois de ofertadas as razões finais e de convertido o julgamento em diligência, ressalte-se que foi facultado à defesa requerer novos elementos de convicção (fls. 2.868/2.869); porém, apenas pediu a concessão de novel prazo para apresentação de razões finais (fl. 2.871).

Não restaram infringidos os princípios da ampla defesa e do contraditório. As duas garantias inerentes ao contraditório foram respeitadas: *participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão* (Fredie Didier Jr., Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, editora Podivm, 7ª edição, 2007, p. 42).

Estando presente o suporte probatório mínimo, é improcedente a tese de que a peça acusatória foi formalizada com esteio em conjecturas.

Consoante exposto no relatório de fls. 1.597/1.604, as condutas descritas no termo de indiciamento são certas e determinadas, com observância da determinação prevista no artigo 125, inciso II, do Decreto n. 43.233/2003: *O termo de instauração e indiciamento conterá, obrigatoriamente: a descrição objetiva da conduta irregular imputada à parte.*

Por fim, deve-se esclarecer que o processo administrativo é informado, dentre outros, pelo princípio do informalismo, e não pelo princípio do formalismo como pretende a defesa. Sobre o princípio do informalismo, registre-se o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *Informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é informal no sentido de que não está sujeito a formas rígidas* (Direito Administrativo, editora Atlas, 14ª edição, p. 512).

Portanto, afastadas as questões processuais argüidas, passa-se ao



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5

em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

exame do mérito.

## 1.2 - Mérito

*...Em 1995, o dinheiro era tomado dos ambulantes pelos próprios fiscais. Mas a CPI os obrigou a desenvolver métodos operacionais mais seguros. Agora, em plena virada para o ano 2000, os ambulantes é que eram destacados para recolher as propinas. Em caso de flagrante, os fiscais não tinham "nada com isso". E, se os fiscais, eventualmente fossem pegos, era a vez então dos chefões alegarem que também não tinham "nada com isso" (José Eduardo Cardozo, A Máfia das Propinas – Investigando a corrupção em São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 113).*

Karl Marx estava certo: *A história se repete* (18 Brumário de Luís Bonaparte).

Depara-se com tragédia semelhante à de 1999. Esquemas de exigência e recebimento de propina de ambulantes, cuja arrecadação indevida de valores era realizada ou por outros vendedores ambulantes, conhecidos como *recolhas*, ou por pessoas estranhas ao serviço público e ao comércio ambulante.

Segundo descrito no termo de indiciamento, tudo aconteceu nos diversos pontos do comércio ambulante do Brás, em especial, nas ruas Rangel Pestana, Oriente, Ministro Firmino Whitaker e, também, no Largo da Concórdia, no período compreendido entre meados de 2007 e 11 de junho de 2008.

Ainda, depreende-se da peça acusatória que as vantagens indevidas eram exigidas dos comerciantes ambulantes para que estes pudessem trabalhar. Assim, paga a propina, o ambulante não teria suas mercadorias apreendidas, sendo inclusive



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

comunicado sobre as ações fiscais.

A investigação efetivada pela Unidade Inteligência Policial - UIP, do Departamento de Polícia Judiciária da Capital – DECAP, e pela Promotoria de Justiça Criminal da Capital, revelou que havia dois esquemas ilícitos com nítida divisão de tarefas entre os agentes: 1) exigência e recebimento de vantagens indevidas de mais de 7 (sete) mil vendedores ambulantes da região do Brás, com recolhimento de valores efetuado por outros ambulantes; 2) cobrança de propinas de vendedores ambulantes do ramo de alimentos, no Largo da Concórdia, cujos montantes eram entregues a pessoas estranhas ao serviço público e ao comércio informal.

Conforme se afere dos autos, participavam do primeiro esquema os servidores públicos comissionados Georges Marcelo Eivazian e Felipe Eivazian, que o lideravam, e os servidores públicos efetivos Edson Alves Mosqueira, Nilson Alves de Abreu e Ronaldo Correia da Silva, que contavam com a atuação dos ambulantes Hugo de Santana Andrade, João Jorge Cunha, Liziomar Rodrigues de Souza, Manoel Severino Bezerra, Maria Ivanilde Lima da Silva, Juvemar Pinto dos Santos e Ademir Batista para recolhimento das propinas, entre R\$ 10,00 (dez reais) e R\$ 20,00 (vinte reais), semanalmente, de mais de 07 (sete) mil vítimas.

Já do segundo esquema ilícito - extorsão de ambulantes do ramo de alimentos do Largo da Concórdia - estavam excluídos os servidores públicos efetivos e os ambulantes incumbidos do recolhimento. Integravam-no Georges Marcelo Eivazian, Felipe Eivazian e Leandro Giannasi Severino Ferreira, advogado, que era encarregado de receber os pagamentos.

Cumprе salientar que Georges Marcelo Eivazian e Felipe Eivazian foram exonerados, razão pela qual se deixou de exercer a pretensão punitiva administrativo-disciplinar contra eles. Deve ser anotado em prontuários funcionais que, se estivessem em exercício, estariam sujeitos a responder a inquéritos administrativos especiais.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

À vista disso, no mérito, restrinjo-me a analisar as imputações constantes do termo de instauração de inquérito administrativo especial.

Uma investigação promovida pela Rede Globo de Televisão verificou a existência de arrecadação de propina de ambulantes, ensejando a instauração de inquérito policial, por requisição do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Filmagem, interceptações telefônicas, depoimentos de testemunhas e documentos consubstanciaram o suporte probatório apto ao oferecimento da denúncia criminal e à instauração de inquéritos administrativos especiais.

Atribuem-se a Edson Alves Mosqueira, Nilson Alves de Abreu e Ronaldo Correia da Silva as condutas de exigir e receber propinas dos ambulantes, por meio de outros comerciantes ambulantes, conhecidos como *recolhas*.

Colijo os elementos.

Em juízo, João Jorge Cunha, Manoel Severino Bezerra de Melo e Maria Ivanilde Lima da Silva, vendedores ambulantes incumbidos da arrecadação de valores, confirmaram as imputações desferidas contra Edson.

João Jorge Cunha reconheceu que, por semana, recolhia de outros ambulantes de R\$ 5,00 (cinco reais) a R\$ 15,00 (quinze reais) e entregava os valores a Edson (fls. 1.661/1.662).

Em uníssono, Manoel Severino Bezerra de Melo, mesmo afirmando que detinha o termo de permissão de uso, relatou que pagava R\$ 10,00 (dez reais) a Edson. *In verbis*:

*J.: Dava direto na mão do Edson ou alguma colega fazia a recolha?*

*D.: Não, duas vezes dei na mão do Edson, depois passava uma senhora na minha banca e pegava.*



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

*J.: Quem era a senhora?*

*D.: Não conhecia.*

*J.: Era colega do senhor?*

*D.: Não, nunca vi. Só o Edson Ligava para mim: "vai passar uma senhora aí e pegar". Aí pegava e desaparecia, inclusive, nunca mais vi, a última vez que vi estava dentro do mercado, aí quando olhei... Nunca mais vi, passou na minha banca e pegou. Agora uma vez eu fui exatamente numa lanchonete, na esquina com a Barão de Ladário, ele estava me esperando, dei o dinheiro para ele. Disse que eu tinha que arrecadar, não saí da minha banca, eu ficava lá, as pessoas que eram, chegava e deixava, "isso é para dar para o Edson". Eu mesmo entregava de três pessoas, eu e mais dois (fls. 1.788/1.789).*

Do mesmo modo, Maria Ivanilde Lima da Silva asseverou o pagamento de propina a Edson:

*J.: E sobre a cobrança de dinheiro, semanalmente, para os fiscais, você estava envolvida na recolha, o que tem a dizer sobre isso?*

*D.: Eu não recolhia, eu pagava para o Manoel dez reais, porque eu via todo mundo pagando e eu pagava, ele falava: "vê com o pessoal, que se não pagar, eles vão recolher as mercadorias, liga para o Edson e vê como é". Eu, com muito medo, que já tinha perdido muitas vezes eu liguei para o Edson e falei: "estou com seu dinheiro". Era dez reais, ele não passou, eu pagava e entregava para o seu Manoel todo sábado, às 11h00 ou 11h30, porque via outras pessoas pagando (fls. 1.804/1.805).*

A prova testemunhal também corrobora as imputações formuladas contra Edson.

Manoel Messias de Lima disse: *que Georges Marcelo Eivasion e o indiciado Edson se valiam de ambulantes para efetuar o recolhimento da propina (fl.*



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

861).

Ainda, Marcos Medeiros da Silva expôs: *que o recolhimento de propina era realizado por meio de ambulantes que pegavam dinheiro dos demais ambulantes; que não sabe o nome dos ambulantes incumbidos do recolhimento da propina; que o dinheiro era repassado ao indiciado Edson, o qual, por sua vez, o entregava a Georges Marcelo Eivasian; que o senhor Felipe Eivasian cuidava do recolhimento de propina, especificamente, na feira da madrugada* (fl. 895).

Em relação aos comportamentos do indiciado Nilson e de Ronaldo, José Ricardo Teixeira da Silva esclareceu: *que os recolhas faziam a entrega do dinheiro aos indiciados Ronaldo, Edson e Nilson; que os ambulantes Hugo de Santana Andrade, João Jorge Cunha, Liziomar Rodrigues de Souza, Manoel Severino Bezerra, Maria Ivanilde Lima da Silva, Juvemar Pinto dos Santos e Ademir Batista, citados no termo de indiciamento, faziam o recolhimento da "propina"; que o chefe do esquema de propina era o senhor Georges Marcelo Eivasian* (fl. 781).

Ademais, José Ricardo Teixeira da Silva informou que a região era dividida entre os fiscais, fato ratificado pela testemunha Luis de Aquino:

*J.: As pessoas tinham medo e por isso contribuía?*

*D.: Sim e duas vezes pegaram a mercadoria do dele e a minha banca era pequena, eu ia embora mais cedo e não contribuía. O Manoel contribuía porque a banca dele era maior e os que tinham banca grande era mais visado.*

*J.: Qual o valor? Era R\$ 5,00 (cinco reais), era 15,00 (quinze reais), era R\$ 20,00 (vinte reais)?*

*D.: Dez, vinte ou cinco.*

*J.: O Manoel entregava para qual fiscal ou quais fiscais?*



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5

em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

*D.: Quem passava lá era o Edson.*

*J.: Só ele?*

*D.: Só.*

*J.: E o Ronaldo?*

*D. Olha... veja bem...*

*J.: E o Nilson?*

*D. Não, só o Edson, porque os fiscais se dividiam por setores, o que passava lá não ia em outro, um não entrava na área do outro, tinha o pessoal do Largo da Concórdia e outro da rua Oriente (fls. 1.222/1.223).*

E para escoimar qualquer dúvida, impende citar o depoimento do Investigador de Polícia Pedro Faria Júnior:

*J.: O Edson recebendo a propina de quem?*

*D.: Ou o Edson ou o Ronaldo ou o Nilson, eles recebiam essa propina. O que acontecia? Eles recebiam dos camelôs, só que isso aí é uma coisa muito rápida, dava a mão, certo? Já era, um movimento terrível ali no Brás, difícil de se detectar e fazer outra coisa qualquer, mas se ouvia no telefone, eu estava com o telefone e ouvia direto eles recebendo esse dinheiro nesses pontos, certo? Estava todo dia, todo dia, todo dia, todo dia isso aí (fl. 912).*

Não se olvide que, no momento da prisão, foram encontrados em poder de Edson R\$ 800,00 (oitocentos reais), com o indiciado Nilson um celular e com Ronaldo dois celulares (fls. 253, 255 e 261).

E mais. Relatórios do setor de inteligência do GAECO e do COAF apontam movimentações suspeitas nas contas bancárias de Edson, de Nilson, Felipe



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

Eivazian, Georges Marcelo Eivazian, Manoel Severino Bezerra de Melo e Maria Ivanilde Lima da Silva (fls. 1.533/1.536 e 1.544/1.545).

No exercício do direito de autodefesa, o indiciado Nilson alegou inocência e que a área de sua competência era a região do Tatuapé, tendo trabalhado com Edson e Nilson apenas nos últimos três meses (fl. 738).

Em juízo, negou que tenha conversado pelo telefone com vendedores ambulantes:

*J.: O senhor conversou com alguém pelo telefone, o senhor tem telefone dos ambulantes? O senhor falou que ficou lá só por três meses, tem telefone dos ambulantes?*

*D.: Não, não tenho. É pouco tempo que estou trabalhando nessa área, não peguei telefone, a não ser funcionário (fl. 1.743)*

Contudo, a prova testemunhal ilide a negativa de autoria.

Nota-se, dessa maneira, que apenas as provas pessoais e documentais acima referidas já autorizam a asserção da procedência das acusações, mas, a título de ilustração e para melhor compreensão dos fatos, convém transcrever o resumo de algumas interceptações telefônicas, autorizadas pelo Poder Judiciário, nos termos da Lei n. 9.296/1996.

As interceptações telefônicas revelam mais claramente o *modus operandi* dos envolvidos. Edson não tinha nenhum tipo de receio de tratar sobre toda sorte de irregularidades ao telefone. Avisava sobre as ações fiscais e exigia o pagamento das propinas:

18/04/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, QUE PERGUNTA SE VAI TER RAPA E O EDSON DIZ QUE NÃO E DIZ QUE ESTÁ SENDO MONITORADO E QUE PARA MIM PASSAR AÍ E PEGAR ALGUMA COISA É COMPLICADO E O HOMEM FALA PASSAR NO SÁBADO E EDSON NÃO CONCORDA E DIZ QUE TEM QUE SER



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

HOJE, O HOMEM FALA QUE VAI SAIR E VAI DEIXAR COM A IRMÃ DELE E O EDSON DIZ PARA ELA AMASSAR BEM E QUANDO EU CUMPRIMENTAR ELA EU PEGO" (fl. 2.318);

18/04/2008: "EDSON FALA COM HOMEM MAZINHO, EU ESTOU NA RUA BARÃO DE LADARIO E RUA ORIENTE NA PASTELARIA, E VÊ SE TEM JEITO DE TROCAR IDEIA COM O HUGO E TRAZER PARA MIM AQUI NA PASTELARIA" (fl. 2.319);

24/04/2008: "EDSON FALA COM HOMEM MANOEL E PERGUNTA SE É TRINTA E ELE DIZ QUE SIM E EDSON FALA PARA PEGAR DO MENINO LÁ TAMBÉM, E O HOMEM FALA QUE VAI PEGAR 20.00" (fl. 2.345);

26/04/2008: "EDSON FALA COM DEMIR, PERGUNTA SE JÁ PEGOU TUDO LÁ E DEMIR QUE JÁ MAS NÃO TUDO" (fl. 2.347);

29/04/2008: "EDSON FALA COM BETH A QUAL DIZ QUE O BOLO ESTÁ AQUI, EDSON PASSA O TELEFONE PARA RONALDO QUE PEDE PARA BETH DEIXAR UMA AMIGA DELE ABRIR UMA BARRACA LÁ" (fl. 2.349);

29/04/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, QUE FALA QUE VEIO DEIXAR O NEGÓCIO E EDSON NÃO ESTÁ, EDSON FALA PARA DEIXAR COM HOMEM NA VERANEIO (VIATURA OFICIAL) HOMEM PERGUNTA SE É O GORDINHO DE AZUL NO BANCO DE TRÁS, EDSON DIZ QUE SIM" (fl. 2.350);

08/05/2008: "EDSON FALA COM HOMEM JONAS, EDSON DIZ QUE AINDA NÃO LIBEROU, PARA JONAS FALAR COM NILSON" (fl. 2.437);

15/05/2008: "EDSON FALA COM MULHER PERGUNTA O QUE ESTÁ ACONTECENDO PORQUE TODO MUNDO CORRENDO, EDSON DIZ QUE ESTÁ INDO LÁ E É PARA ELA DESMONTAR" (fl. 2.364);

19/5/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, BAIANINHO E FALA QUE O BELISÁRIO PASSOU AQUI E PEGOU TUDO E DISSE QUE A ÁREA É DELE" (fl. 2.368);

23/05/2008: "EDSON FALA COM MULHER, A SENHORA PODIA FAZER UM FAVOR PARA MIM, FALAR COM A DONA MARIA PARA ELA RECOLHER QUE DAQUI A POUCO EU PASSO PARA PEGAR" (fl. 2.369).

Ao telefone, o indiciado Nilson era um pouco mais discreto que Edson, mas não deixava de alertar sobre as ações fiscais e de cobrar "cafezinhos":

26/05/2008: "NILSON FALA COM HOMEM, QUE PERGUNTA SE ELE JÁ CONSEGUIU PEGAR O BARATO" (fl. 2.731);



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

28/05/2008: "NILSON FALA COM HOMEM QUE DIZ QUE O MALUCO DA MILLER TÁ COM O BARATO NA MÃO SE VC QUISER EU PEGO PARA VC, ELE FALOU QUE DEU 6 PERNAS (600,00)" (fl. 2.732);

31/05/2008: "NILSON FALA COM HOMEM, NILSON AVISA O HOMEM QUE VAI TER UMA BLITZ NO HOSPITAL DO TATUAPÉ, E HOMEM DIZ QUE DEPOIS NÓS ACERTAMOS E NILSON FALA QUE QUEBROU O GALHO LEGAL E QUE ESTA SEMANA PASSA PARA TOMAR UM CAFÉ" (fl. 2.732);

31/05/2008: "NILSON FALA COM HOMEM E MANDA LIMPAR A RUA FIRMINO WITAKER QUE OS CARAS VÃO VIM COM TUDO AÍ" (fl. 2.732);

31/05/2008: "NILSON FALA COM JORGE, E DIZ QUE SUJOU GRANDÃO" (fl. 2.732).

Nas razões finais, sustentou-se que não foi apreendido nenhum celular com o indiciado Nilson no momento da prisão, tampouco ficou comprovado qual é o número de seu aparelho de telefonia móvel (fl. 2.885).

As assertivas não correspondem à realidade. Quando foi preso, houve a apreensão de um celular da marca AIKO, de cor preta, operadora VIVO (fl. 255). A titularidade sobre a linha 7380-9770 também se encontra demonstrada à fl. 2.325.

Ainda, a invocação dos resumos das interceptações telefônicas em que o indiciado Nilson afirma que "Edson está louco" e que "eles vão acabar arrumando uma cadeia" (fl. 2.354), ao invés de eximi-lo de responsabilidade, demonstra o seu receio de que o ilícito fosse descoberto.

Ronaldo também é mencionado nos telefonemas e, algumas vezes, utilizou o celular de Edson:

29/04/2008: "EDSON FALA COM BETH A QUAL DIZ QUE O BOLO ESTÁ AQUI, EDSON PASSA O TELEFONE PARA O RONALDO QUE PEDE PARA BETH DEIXAR UMA AMIGA DELE ABRIR UMA BARRACA" (fl. 2.745);

31/05/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, EDSON PERGUNTA SE ELE FEZ O BARATO E O HOMEM DIZ QUE SIM E EDSON FALA QUE O RONALDO VAI PEGAR AÍ" (fl. 2.458);

04/06/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, O RONALDO NÃO TE LIGOU NÃO, E PASSA O TELEFONE PARA O



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

RONALDO QUE MANDA COLOCAR CRÉDITO NO SEU CELULAR" (fl. 2.745);

06/06/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, CONVERSA DIREITINHO COM O RONALDO QUE ELE SABE, E CONVERSA COM O PESSOAL AÍ" (fl. 2.746);

07/06/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, EDSON FALA PARA O HOMEM FAZER O BARATO PARA O RONALDO PEGAR DE UMA VEZ SÓ, ELE QUE RECOLHE ESTA ÁREA" (fl. 2.746);

No tocante ao primeiro esquema, acima de Edson, Nilson e Ronaldo figuravam os irmãos Felipe Eivazian e Georges Marcelo Eivazian, cujas atuações são mais bem retratadas nas interceptações telefônicas:

01/05/2008: "EDSON FALA COM MULHER VANDA, FELIPE PASSOU LÁ E MANDOU TIRAR AS BARRACAS, EU COMO SOU BOCUDA EU DISSE QUE EU PAGO SEU IRMÃO 7 SEMANAS DE 250,00 REAIS DEPOIS QUE EU FALEI ISTO ELE BRINCOU E BAIXOU A CRISTA, FALA SOBRE PAGAR EDSON, E QUER SABER SE PODE TRABALHAR PAGANDO PARA VOCÊS, E AMANHÃ É SEXTA-FEIRA E NOS TEMOS QUE DAR O DINHEIRO PARA VOCÊS E ELA DIZ QUE FELIPE NÃO LHE TIRA NEM COM A POLÍCIA PORQUE EU DEI PARA O IRMÃO DELE 1.750,00 REAIS" (fl. 2.432);

18/06/2008: "MARCELO FALA COM HOMEM, FALA SOBRE CONFUSÃO COM OS CAMÊLOS, MAS MARCELO FALA QUE JOGA NOS DOIS TIMES QUE MANDA PRENDER E MANDA SOLTAR, E O CAMELÔ PERGUNTA QUE ELAS PODEM FAZER E MARCELO DIZ QUE É SÓ CORRER" (fl. 2.716).

Após essa importante referência às interceptações telefônicas, conclui-se que o indiciado Nilson, em concurso de agentes, participou do esquema de exigência e recebimento de vantagens indevidas de vendedores ambulantes da região do Brás.

Houve incursão do indiciado Nilson, em procedimento irregular de natureza grave, previsto pelo artigo 188, inciso III, por infração aos artigos 178, incisos III, XI e XII, e 179, *caput* e inciso III, todos da Lei n. 8.989/79. Igualmente, violou a norma proibitiva extraída do artigo 189, inciso VI, do diploma legal citado, ao exigir e receber propinas, diretamente ou por intermédio de outrem, em razão de suas funções.

Cumpra apenas excluir a violação ao artigo 189, inciso II, da Lei n.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

8.989/79 (crime contra a administração pública), porquanto não houve o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O indiciado Nilson está sujeito à pena de demissão a bem do serviço público, com supedâneo no artigo 189, inciso VI, do Estatuto.

Não estão presentes os requisitos necessários ao abrandamento da penalidade (artigo 192, da Lei n. 8.989/79).

As circunstâncias da falta disciplinar lhe são inteiramente desfavoráveis. A exigência e o recebimento de propina consubstanciam, na classificação de José Armando da Costa (Direito Administrativo Disciplinar, Brasília Jurídica, 2004, p. 383/384), delito disciplinar gravíssimo.

Régis Fernandes de Oliveira observa, com precisão, que: *o vício na função prejudica a boa ordem dos serviços e atividades da Administração Pública. A disfunção revela o desvio na conduta. Logo, o que poderia estar servindo aos relevantes interesses da Administração, servirá como instrumento para comportamento desviante* (Curso de Direito Financeiro, Saraiva, 2006, p. 235).

Para José Eduardo Martins Cardozo a corrupção é como um câncer:

*A corrupção é uma doença perigosa. Um pequeno foco, num corpo indefeso, cresce pouco a pouco, se agiganta. Vai tomando conta de tudo por onde passa. Transforma, da noite para o dia, células sadias em tumor maligno.*

*Seu combate exige terapias violentas, radicais. Um tratamento dado em intensidade menor do que a necessária, além de não exterminar o mal, torna mais difícil seu combate futuro. As células cancerosas ficam mais resistentes e a cura cada vez mais remota.*

*Quando a corrupção toma conta de um setor da administração pública, o membro atingido tem que ser prontamente amputado. Uma amputação parcial não resolve.*



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

*Qualquer ponto deixado a salvo voltará a se multiplicar, ainda com mais força. Até, por metástese, tomar conta de tudo.*

*Na luta contra essa doença não há meio-termo. Ou ela morre, ou mata* (José Eduardo Cardozo, A Máfia das Propinas – Investigando a corrupção em São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2000, p. 112/113).

Desse modo, a concessão do abrandamento seria algo inimaginável, teratológico. A proclamação da impunidade. O direito administrativo disciplinar, assim como o direito penal, detém uma função simbólica, afirmar *que a norma segue vigente sem alterações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade*, como salienta Jakobs (Gunther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, Livraria do Advogado, 2ª edição, Direito Penal do Inimigo, p.22).

É mister invocar, mais uma vez o ensinamento de Régis Fernandes de Oliveira, com a finalidade de registrar que: *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* (Curso de Direito Financeiro, Saraiva, 2006, p. 226).

Ante o exposto, deve ser aplicado ao indiciado **NILSON ALVES DE ABREU, RF n. 472.598.1 – 3º vínculo**, a pena de **DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO**, com fundamento no artigo 189, inciso VI, da Lei n. 8.989/79, restando caracterizadas, outrossim, as violações às normas dos artigos 178, incisos III, XI e XII, e 179, *caput* e inciso III, do diploma legal referido.



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

## 2. Outras irregularidades<sup>1</sup>

Nos autos, há também indícios de irregularidades praticadas por outros servidores públicos municipais. Torna-se indispensável apurá-las. Passo a enumerá-las.

### 2.1 – Exigência e recebimento de vantagens indevidas de vendedores ambulantes por outros funcionários

Marcos Medeiros da Silva denunciou: *que a quantia cobrada da feira da madrugada era recolhida por um fiscal conhecido como "magrão"* (fls. 770/771).

No mesmo sentido os depoimentos de testemunhas protegidas (fls. 2.199 e 2.201).

Oficiada a Subprefeitura, obteve-se o nome do agente público conhecido como "magrão": Daniel Neves de Lima Filho, RF n. 714.738.4 (fls. 799/803).

Ademais, em telefonemas interceptados, é citado o nome de Joel:

13/05/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, LUIS RECLAMANDO DE OUTRO FISCAL, E DIZ QUE AMANHÃ SE ELE VIER CRIAR CASO EU VOU ARRUMAR CONFUSÃO, EDSON DIZ QUE VAI FALAR COM JOEL (FISCAL) HOMEM DIZ QUE NÃO FALOU NADA DE DINHEIRO" (fl. 2.428);

20/05/2008: "EDSON FALA COM HOMEM HUGO, EXPLICA PARA EDSON, QUE PRENDERAM ELE HOJE, LIGARAM PARA O FELIPE E ELE DISSE QUE NÃO VINHA E O CMT DA GUARDA FOI EMBORA, E FALA QUE FALOU A VERDADE E DIZ QUE NÃO DEU PARA PAGAR A MENSALIDADE, EU VOU AVISAR PARA O JOEL

---

<sup>1</sup> A indicação de folhas refere-se ao processo administrativo 2008-0.209.008-3.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

(FISCAL)" (fl. 2.349);

26/05/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, SOBRE A APREENSÃO E QUE NÃO TEM JEITO E VAI TENTAR FALAR COM O GILBERTO E FAZER ALGUMA COISA, E FALA QUE UM DOS CARAS JÁ PEGOU DINHEIRO NOSSO O JOEL" (fl. 2.439);

29/05/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, QUE PEDE PARA EDSON FALAR COM JOEL E DIZ QUE DÁ UMA MERRECA MELHORZINHA" (fl. 2.440).

O nome completo desse servidor público é Joel de Campos, RF n. 475.469.7.

Deve-se investigar se Gilberto citado à fl. 2.349 é Gilberto Domingos Matheus, RF n. 758.892.5.00, também lotado na Unidade Técnica de Fiscalização (fl. 666).

Outrossim, é indispensável identificar quem é Belisário mencionado numa conversa entre Edson e Nilson.

19/05/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, BAIANINHO E FALA QUE O BELISÁRIO PASSOU AQUI E PEGOU TUDO E DISSE QUE A ÁREA É DELE" (fl. 2.349).

Belisário mantinha contatos telefônicos com Felipe Eivazian acerca de apreensão de placas (fl. 2.459).

De igual maneira, mostra-se necessário investigar se o indivíduo conhecido como "Saracura", referido por Edson, é agente público.

22/04/2008: "EDSON FALA COM UM HOMEM (FISCAL) QUE DIZ ESTAR NA VERANEIO E EDSON FALA QUE ESTÁ NO BANCO E DIZ QUE O DINHEIRO ESTÁ NO BOX, DEU 240,00 E DEU 120,00 PARA CADA UM, NÃO TEM NINGUÉM PARA IR BUSCAR LÁ, ENTÃO VOU MANDAR O SARACURA IR BUSCAR, E FICAR LIGADO TEM MUTA GENTE DE OLHO NA GENTE" (fl. 2.408).

Em outra ligação, é fornecido o número de telefone do "Urubu", 7130-7943. Edson combinou de contatá-lo a fim de que ele "parasse de mandar lá".



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

24/04/2008: "EDSON FALA COM MULHER, EU VOU TE PASSAR O NÚMERO DO URUBU MAS VOCÊ NÃO FALA QUE NEM EU E NEM O RONALDO QUE TE PASSAMOS O TELEFONE, 7130-7943, EU VOU LIGAR PARA ELE PARA ELE PARAR DE MANDAR LÁ" (fl. 2.410).

Em um telefonema, o servidor público Mauricio Francisco, apelido "Azeitona", aparece como intermediário de uma negociação de ponto:

05/06/2008: "EDSON FALA COM HOMEM, AZEITONA, A MULHER NÃO VAI MONTAR, MAS ELA QUER CONVERSAR PARA TRABALHAR" (fl. 2.444).

Ainda, também é necessário verificar se o indivíduo de prenome Daniel aludido por Edson é servidor público:

06/06/2008: "EDSON FALA COM OSWALDO, PERGUNTA SE PODE JOGAR A BANQUINHA LÁ E EDSON DIZ QUE SIM E QUE CONVERSOU COM DANIEL E DEPOIS ELE TE PASSA A LETRA" (fl. 2.447).

Há dois servidores públicos com esse prenome lotados na Unidade Técnica de Fiscalização: Daniel Reis Silva, RF n. 517.738.3.01, e Daniel Neves de Lima Filho, RF n. 714.738.4.01 (fl. 665).

Como já foi instaurada sindicância por determinação de Sua Excelência o Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos, para apuração de responsabilidades funcionais, a investigação aqui preconizada deve se desenvolver nos autos do processo administrativo n. 2009-0.009.782-1 (PROCED 222).

Assim sendo, pelos elementos de convicção presentes nos autos, restou afastada a conclusão exposta no procedimento de apuração preliminar (processo 2008-0.212.905-2) de que: *os camelôs constantemente assediam os fiscais, oferecendo-lhes vantagens para se aproximarem, visando corrompê-los para que possam ilegalmente executar suas atividades, entretanto os agentes recusam qualquer recebimento de vantagem* (fl. 110, do processo 2008-0.212.905-2).



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

**2.2 – Denúncia de favorecimento ilícito às empresas GSA – Serviços Gerais de Transportes Ltda e Taireta Comércio de Alimentos**

As empresas GSA e Taireta encontram-se instaladas em terreno da Rede Ferroviária Federal. Provavelmente, a utilização da área foi outorgada mediante permissão de uso.

A GSA aluga boxes de 2 m x 1,50 m a camelôs para exercício do comércio no local.

Segundo Afonso José da Silva, a GSA pagava a quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao Chefe de Gabinete da Subprefeitura da Mooca Rogério Lopes, a fim que fossem realizadas blitzes nas imediações, pressionando os vendedores ambulantes a contratar com a referida empresa. Ainda, salientou que referida empresa não possui alvará de licença de funcionamento (fls. 510/511).

Antonio Ademar Jacinto de Souza declarou: *que esclarece o depoente que o SR GERALDO, ora um dos proprietários da GSA paga semanalmente à Subprefeitura da Mooca a quantia que varia em torno de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para que agentes da Subprefeitura efetuassem fiscalizações na região do Brás forçando os vendedores ambulantes a procurarem espaços para trabalharem na GSA; que sabe precisar que SR GERALDO pagava tal quantia ao hoje ex-Chefe de Gabinete da Subprefeitura da Mooca de nome ROGÉRIO LOPES (fl. 2.196).*

Quanto à empresa Taireta Comércio de Alimentos, consignou-se no relatório que, segundo informações: não tem alvará de licença de funcionamento; a área foi asfaltada com raspa de asfalto fornecida pela Subprefeitura da Mooca e da Penha (fl. 2.805).



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

Destarte, é indispensável a instauração de sindicância para apuração dos fatos.

**2.3 – Recebimento de vantagens indevidas em contrapartida à permissão de distribuição de panfletos, exibição de faixas em via pública e ao cancelamento de autos de multa**

Consoante o art. 9º, inciso II, da Lei n. 14.223/2006: *É proibida a instalação de anúncios em: vias, parques, praças e outros logradouros públicos, salvo os anúncios de cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada, a serem definidos por legislação específica, bem como as placas e unidades identificadoras definidas no § 6º do art. 22 desta lei.*

Outrossim, conforme artigo 26, *caput*, da Lei n. 14.517/2007: *É proibida, nas vias e logradouros públicos, a distribuição de folhetos, panfletos ou qualquer tipo de material impresso veiculando mensagens publicitárias, entregues manualmente, lançados de veículos, aeronaves ou edificações ou oferecidos em mostruários.*

A infração ao dispositivo normativo supracitado sujeitará o interessado à multa. *In verbis: O descumprimento ao disposto no "caput" deste artigo sujeitará o beneficiário da divulgação do produto ou serviço à multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), dobrada na reincidência e reaplicada a partir da lavratura da primeira multa, até a cessação da infração, sem prejuízo da apreensão do material impresso distribuído irregularmente (artigo 26, §1º, da Lei n. 14.517/2007).*

No entanto, há indícios contundentes de que, no âmbito da Subprefeitura da Mooca, os dispositivos são descumpridos em troca de vantagens



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

indevidas.

E quando são inicialmente observados, negociações entre representantes de empresas de publicidade e agentes públicos propiciam não só a devolução do material, como o cancelamento de autos de multa.

Com efeito, as interceptações telefônicas evidenciaram a existência de um esquema de solicitação e recebimento de propina de interessados na distribuição de panfletos e exibição de faixas em vias públicas (fls. 2.846/2.849 e 2.851/2.863).

O servidor público José Luiz Ferrari foi flagrado, diversas vezes, ao telefone, negociando a exibição de faixas e a entrega de panfletos, com representantes de empresas de publicidade.

A linha de telefone utilizada por José Luiz Ferrari estava cadastrada em nome de Magic Studio Ltda ME (fl. 2.846).

“Heleninha”, provavelmente servidora pública da Subprefeitura da Mooca, também participa da quadrilha. A propósito, elabora recursos administrativos, visando ao cancelamento de multas já aplicadas.

Para aferição dessas assertivas, basta conferir o resumo das interceptações telefônicas (fls. 2.851/2.863), especialmente:

27/06/2008: “JOSÉ LUIS CONVERSA COM PATRÍCIA QUE RECLAMA QUE RECEBEU MAIS MULTAS. JOSÉ LUIS FICA INDIGNADO” (fl. 2.492);

27/06/2008: “JOSÉ LUIS FALA COM FABIANO QUE RECLAMA DE MULTAS. ELE SE MOSTRA INDIGNADO E DIZ QUE ESTÁ VOLTANDO DE FÉRIAS. ELE INSTRUI A RESPEITO DE RECURSOS PARA LIBERAÇÃO DE MULTAS. FABIANO DIZ QUE ‘ESTAVA MANDANDO PARA ELE’. JOSÉ LUIS DIZ QUE ‘SE ESTIVER APERTADO PODE MANDAR DIAS MAIS TARDE” (fl. 2.492);

27/06/2008: “INTERLOCUTOR (LUIS PAULIELO) CONVIDA JOSÉ LUIS PARA ALMOÇAREM JUNTOS, COBRA UM FAVOR A RESPEITO DE UM PROCESSO E DIZ ‘DÁ PARA GANHAR UMA NOTINHA BOA SEM ASSUSTAR



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

MUITO... DÁ PARA GANHAR UMA COISINHA BOA" (fl. 2.493);

28/06/2008: "JOSÉ LUIZ CONVERSA COM CARLA. ELA QUER REAVER OS BANNERS QUE FORAM CONFISCADOS E ESPERA QUE NÃO SEJA MULTADA. VAI LIGAR PARA ELE NA SEGUNDA PARA PEGAR O MATERIAL. ELE JUSTIFICA QUE TEM UMA KOMBI QUE NÃO É DELES RECOLHENDO O MATERIAL, MAS EM OUTRO TRECHO, ONDE CARLA 'PAGA' ELE JÁ SABE QUEM FOI" (fl. 2.495);

30/06/2008: "CARLA LIGA PARA JOSÉ LUIZ COBRANDO A RECUPERAÇÃO DE MATERIAIS APREENDIDOS 2 DA TERRAÇA TATUAPÉ E 4 DO ENCANTO GAFISA. ELE DIZ QUE VAI PROVIDENCIAR. ELA PERGUNTA SE HAVERÁ MULTA E ELE DIZ QUE NÃO" (fl. 2.856);

04/07/2008: "INTERLOCUTOR DE NOME CEZAR LIGA PARA JOSÉ LUIZ E PERGUNTA SE A 'CORRESPONDÊNCIA' CHEGOU CERTO, A EMPRESA É PROMO LINE, JOSÉ LUIZ DIZ QUE SIM E CEZAR DIZ COM ELE NÃO TEM ERRO, É O MAIS SÉRIO POSSÍVEL" (fl. 2.858);

08/07/2008: "ELITON DA HALEI AVISA JOSÉ LUIZ QUE O EMPREENDIMENTO 'ESPAÇO MOOCA' VAI ESTAR EM CAMPO (SIGNIFICA ESTAR COM FAIXAS, PANFLETOS, MOÇAS COM BANDEIRAS, ETC) E QUE NA QUINTA-FEIRA 'A GENTE MARTELA TUDO AÍ (PAGAMENTO DE PROPINA). JOSÉ LUIZ QUER SABER ONDE SERÁ O LUGAR DA PROPAGANDA E ALERTA QUE NA RUA FERNANDO FALCÃO NÃO PODE. O INTERLOCUTOR DISSE QUE TOMOU UMAS MULTAS, LOGO NO COMEÇO, E JOSÉ LUIZ ORIENTA PARA QUE ELE PROCURE HELENINHA (NA REGIONAL) PARA QUE A MESMA FAÇA A DEFESA" (fl. 2.860);

10/07/2008: "WELLINTON (DO ESPAÇO MOOCA) LIGA PARA JOSÉ LUIZ DIZENDO QUE PRECISA 'ACERTAR DA SEMANA PASSADA' (PAGAMENTO DE PROPINA). JOSÉ LUIZ DIZ QUE IRÁ RECEBER DEPOIS, POIS NÃO ESTARÁ NA REGIONAL" (fl. 2.860);

10/07/2008: "MARCOS DA JOÃO TOBIAS DO FABIANO, LIGA PARA JOSÉ LUIZ DIZENDO QUE NÃO CONSEGUIU 'ENTREGAR O FAX' NA 3ª FEIRA E GOSTARIA DE MARCAR PARA ENTREGAR A PROPINA. JOSÉ LUIZ DIZ PARA QUE ELE ENTREGUE NA REGIONAL MESMO PARA ESPANTO DE MARCOS" (fl. 2.860);

10/07/2008: "JOSÉ LUIZ LIGA PARA ALINE DE UMA EMPRESA DE PROMOÇÕES E EVENTOS E DIZ 'VOCÊS NÃO ESTÃO APARECENDO" (DANDO A IMPRESSÃO QUE PARARAM DE PAGAR PROPINA). ALINE DISSE QUE PRECISA SABER COMO VÃO FICAR AS MULTAS E JOSÉ LUIZ INFORMA PARA ENTRAR COM RECURSO COM A HELENINHA" (fl. 2.860).

É mister investigar se "Heleninha" é Helena Reico Oshima, RF n. 465.626.1. "Heleninha", aliás, chegou a conversar com José Luiz Ferrari sobre o



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

recolhimento de material:

28/06/2008: "LENINHA FALA COM JOSÉ LUIS DIZENDO QUE O PESSOAL ESTA LIGANDO E PREOCUPADO POR CAUSA DA RECOLHA DE MATERIAL. QUER SABER E O PESSOAL PODE CONTINUAR, E LENINHA FALA SE PODE FALAR COM O PESSOAL QUE PODE CONTINUAR E ZÉ LUIZ FALA QUE SIM E LENINHA FALA QUE VAI AVISAR O PESSOAL" (fl. 2.494);

28/06/2008: "JOSÉ LUIZ FALA COM MULHER LENINHA REITERA QUE NÃO TEM NENHUM PESSOAL DELE ENVOLVIDO NA RECOLHA DE MATERIAL" (fl. 2.854).

Os interessados na distribuição de panfletos e na exibição de placas são orientados, por José Luiz, sobre os locais em que é possível realizar a publicidade:

27/06/2008: "JOSÉ LUIS ALERTA O INTERLOCUTOR QUE NÃO PODE FAZER EM UM DETERMINADO LOCAL" (fl. 2.493);

28/06/2008: "JOSÉ LUIS FALA COM FELIPE SOBRE A RETIRADA DE FAIXAS, MAS COM MODERAÇÃO" (fl. 2.493);

03/07/2008: "JOSÉ LUIZ DIZ PARA HOMEM QUE "ACABEI DE VER O SEU LADO AQUI... BESTA FOI ELE DE TER DADO PORQUE NÃO ERA A PERUA NOSSA". DISSE AINDA QUE A RUA QUE NÃO PODE É A RUA DA MOOCA COM FERNANDO FALCÃO (COLOCAR FAIXAS E PANFLETAR) PORQUE É PERTO DA CASA DO VEREADOR E MANDA MUDAR O PONTO. NOME DO CARA DO FIAT É SINÉSIO FRASCALI" (fl. 2.857);

04/07/2008: "JOSÉ LUIZ FALA COM ANTONIO CARLOS. DIZ QUE PRECISA DEIXAR O "DOCUMENTO" COM ELE. JOSÉ LUIZ DIZ QUE JÁ SAIU E PARA ENTREGAR NA SEMANA QUE VEM. ENTÃO ANTONIO CARLOS DIZ QUE IRÁ ENTREGAR NA 3. FEIRA. JOSÉ LUIZ DIZ OS LUGARES QUE NÃO PODE PANFLETAR OU DEIXAREM MENINAS COM BANDEIRAS (PAES DE BARROS COM RUA DA MOOCA, PAES DE BARROS COM FERNANDO FALCÃO E EM FRENTE A PREFEITURA). ANTONIO CARLOS DIZ QUE SEU CLIENTE RECLAMA MUITO, FALA DO GERALDO, ALERTA PARA MANEIRAR, SENÃO OS CARAS VÃO PASSAR E PEGAR, QUE O SUB-PREFEITO É QUE NÃO QUER. DIZ QUE NA PAES DE BARROS MORA VEREADOR E QUE NÃO PODE" (fl. 2.858);

04/07/2008: "JOSÉ LUIZ LIGA PARA CEZAR QUE NÃO PODE COLOCAR BEXIGA NA AV. PAES DE BARROS COM FERNANDO FALCÃO. JOSÉ LUIS FALA COMO TRABALHAR E ALERTA PARA DEIXAR UMA COISA BEM LIGHT PORQUE O SUBPREFEITO PASSA POR ALI DIRETO E NÃO QUER" (fl. 2.858).



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

É digna de destaque, outrossim, a participação de Lúcia, que deve ser identificada:

10/07/2008: "LÚCIA FALA COM JOSÉ LUIZ A RESPEITO DE QUANTO COBRAR COM RELAÇÃO A UM SERVIÇO". DIZ QUE PERDE-SE UM POUCO, QUANDO TEM QUE ASSINAR, MAS NADA QUE SEJA INVIÁVEL. DIZ AINDA QUE É " MELHOR PINGAR DI QUE SECAR" E QUE JÁ FIZERAM OUTRO "SERVIÇO" PARA O SR. ANDRÉ" (fl. 2.861);

10/07/2008: "JOSÉ LUIZ LIGA PARA RONALDO DIZENDO QUE "AQUELE PREÇO TÁ BOM DE 8 PAU". RONALDO CONFIRMA DIZENDO QUE É 8 MIL E SE PODE FECHAR PARA SÁBADO DE MANHÃ AFIM DE FALAR COM HOMEM LÁ. JOSÉ LUIZ PASSA A LIGAÇÃO PARA LÚCIA QUE MARCA ÀS 9:30 DA MANHÃ NO LOCAL"(fl. 2.861);

O servidor público Ivanor é citado. Deve-se apurar o envolvimento dele no esquema de propina:

27/06/2008: "JOSÉ LUIZ FALA COM GARCIA A RESPEITO DE UMA TERCEIRA PESSOA QUE ESTARIA QUERENDO GANHAR O ESPAÇO DO JOSÉ LUIS E FALA DO IVANOR, GARCIA FALA QUE A LENINHA DISSE QUE "ISTO AÍ ESTÁ UMA BAGUNÇA, ESTÁ DANDO UMA MIXARIA, GARCIA QUER CONVERSAR PESSOALMENTE, FORA DA REGIONAL, FALA SOBRE A LENINHA E DIZ QUE ELA FEZ A CABEÇA DE MARCUS VINICIUS E DO ROGERIO" (fl. 2.852);

11/07/2008: "MÃE LÚCIA PERGUNTA SE ESTÁ TUDO BEM E JOSÉ LUIZ DIZ QUE ESTÁ PREOCUPADO, FALA DO IVANOR" (fl. 2.862).

Depreendem-se das interceptações telefônicas as participações de Georges Marcelo Eivazian e de Felipe Eivazian:

04/06/2008: "FELIPE FALA COM HELBER, FALAM SOBRE PLACAS, FELIPE FALA QUE EMBORA JÁ HAVIA FALADO COM ELE, AS MESMAS PLACAS NO FINAL DE SEMANA ESTAVAM NO MESMO LUGAR E FORAM RECOLHIDAS E HELBER DIZ "JÁ FALEI COM O CARA DAÍ NÉ NÃO BOTA NADA QUE EU TÔ CONVER... O CARA PARECE QUE NÃO TÁ NEM AÍ", SENDO QUE FELIPE FALA QUE ASSIM QUE TIVER OS PAPEIS NA MÃO, COM FOTOS LIGA P/ CONVERSAR" (fl. 2.461);

28/06/2008: "JOSÉ LUIZ FALA COM FELIPE SOBE A RETIRADA DE FAIXAS, MAS COM MODERAÇÃO, FELIPE FALA QUE SÓ RETIROU DE ONDE O EDUARDO MANDOU EU TIRAR , E ZÉ LUIZ FALA PARA O FELIPE QUE



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

AVISOU OS CARAS PARA NÃO FAZER NA FRENTE DA SUB E O RESTO VAI, TEM UM CARA QUE TEM UM MONTE DE PLACAS E ELA FALA QUE SÓ TEM UMAS 8 SÓ, CUIDADO SE NÃO VAI QUEIMAR O FILME FEIO PORQUE TEM UM MONTE DE CARAS, PERGUNTA SE O IVANOR FALOU COM VOCÊ” (fl.2.852);

03/07/2008: “FELIPE DIZ PARA JOSÉ LUIZ QUE PRECISA ACERTAR AQUILO QUE TINHAM COMBINADO” (fl. 2.857).

José Luiz Ferrari revelou, em telefonema, que o esquema era chefiado por Rogério Lopes, ex-Chefe de Gabinete da Subprefeitura da Mooca:

04/07/2008: “HOMEM DIZ PARA JOSÉ LUIZ, TEU ENVELOPE ESTÁ AQUI E OS MENINOS VÃO LEVAR OS DOIS JÁ NA SEMANA, NA SEMANA TUDO BEM, ISTO TUDO BEM, ESSA SEMANA VOU FICAR MAIS CEDO, VOU TE MANDAR NA 3. FEIRA, JOSÉ LUIZ ALERTA QUE TEM LUGARES QUE NÃO PODEM FAZER NADA. ACOMPANHA AS MINHAS MULTAS AÍ QUE É PARA DAR O VEREDITO, UÉ É O QUE FOI COMBINADO INTERLOCUTOR DIZ, HOMEM AÍ QUEM DÁ O VEREDITO É VOCÊ? JOSÉ LUIZ DIZ: OH NÃO. SE FOSSE EU TAVA MOLE. O CHEFE DE GABINETE. INTERLOCUTOR DIZ MAS ELE VAI DAR O VEREDITO A FAVOR NOSSO, NÃO VAI? JOSÉ LUIZ DIZ TEM QUE DÁ NÉ O DESGRAÇADO, TEM QUE DÁ. SÓ SE ESSE MALDITO ROER A CORDA, MAS ELE TEM QUE DAR” (fl. 2.859).

Realmente, esse fato é verossímil, porquanto, diante de algumas apreensões não autorizadas, Rogério Lopes cobra explicações de Alex:

30/06/2008: “ROGÉRIO FALA COM ALEX – PERGUNTA SE ELE TÁ AUTORIZANDO O “JOTINHA” A DAR CARRO P/ MOTORISTA NOS FINAIS DE SEMANA PARA FAZER PLACA, E ALEX NEGA, DIZENDO QUE SOMENTE MARCUS VINICIUS, FELIPE E MARCELO EIVAZIAN DÃO AUTORIZAÇÃO” (fl. 2.820).

Mostra-se necessário definir responsabilidades funcionais, inclusive de agentes públicos não referidos nas interceptações telefônicas.

Impende investigar igualmente se em alguma oportunidade a apreensão de publicidade imobiliária ensejou cumprimento às medidas prescritas pelo item 4 da Portaria Intersecretarial n. 254/08 – SEHAB/SMSP.

Por conseguinte, sindicância deverá ser instaurada.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5

em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

#### **2.4 – Pagamento de propina para regularização de edificações**

Interceptações telefônicas sinalizaram que, não se sendo possível a regularização da edificação (regularmente), havia outra alternativa: o pagamento de propina.

No diálogo entre Rogério Lopes, Chefe de Gabinete, e a arquiteta Cristina Minakava Scatena, sócia da CMS Arquitetura Assessoria e Projetos Ltda (fls. 2.209/2.211), isso fica evidenciado:

26/06/2008: "ROGÉRIO FALA COM CRISTINA – CRISTINA FALA QUE FOI NA TAM E QUE NÃO TEM COMO REGULARIZAR A OBRA, QUE TEM QUE SER DAQUELE JEITO, SENDO QUE ROGÉRIO FALA QUE ENTENDEU, CRISTINA FALA QUE FALOU P/ O CLIENTE QUE NÃO COSTUMA FALAR, QUE NINGUÉM SABE, E O CLIENTE PERGUNTA SE É MUITO CARO QUEUANTO, E CRISTINA DIZ QUE FALOU QUE FICA UNS 60,70, O CLIENTE ACHOU CARO MAS DIZ QUE VAI PENSAR. CONVERSAM SOBRE POSTOS DE GASOLINA E DEPOIS SOBRE CARRO ZERO KM, SENDO QUE ROGÉRIO DIZ QUE SE DEPENDER DELE ANO QUE VEM CRISTINA TERÁ O CARRO QUE DESEJA" (fl. 2.819);

27/06/2008: "ROGÉRIO FALA COM CRISTINA – ROGÉRIO FALA QUE CONVERSOU COM IVANOR E QUE IRÁ ASSINAR AQUELE INDEFERIMENTO, AVISA O CARA P/ NÃO SE ASSUSTAR QUE TEM QUE ENTRAR COM NOVO PROCESSO. CRISTINA PEDE P/ ROGÉRIO FALAR COM ELE (IVANOR) POIS PEDIU MUITO E ROGÉRIO ACHA MELHOR QUE CRISTINA CONVERSE COM ELE" (fl. 2.819);

27/06/2008: "ROGÉRIO FALA COM CRISTINA – ROGÉRIO PERGUNTA SE ELA FALOU COM IVANOR SOBRE AQUELE OUTRO NEGÓCIO E CRISTINA DIZ QUE AINDA NÃO PORQUE NÃO CONSEGUIU FALAR COM O CARA, E QUE IVANOR FALOU QUE ELA PRECISA TIRAR CÓPIA DO PROCESSO, MAS NÃO SABE SE O CARA VAI QUERER FAZER, O CARA NÃO TEM ESCOLHA E IRÁ PASSAR METADE DAQUILO QUE IVANOR FALOU (fl. 2.819).

Cita-se Ivanor como responsável pelo processo. Cumpre ressaltar que Ivanor é servidor público municipal. Seu nome completo é Ivanor Batista da Silveira,



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

RF n.316.289.3.

Torna-se indispensável a instauração de sindicância, para investigação do favorecimento ao interessado, em troca do pagamento de vantagem indevida. O processo administrativo correspondente deve ser requisitado, objetivando a sua análise.

## **2.5 - Caso WE e CONTRU**

É mister verificar se foi instaurada sindicância ou apuração preliminar, com o fito de investigar eventual irregularidade no CONTRU.

Em telefonema, Rogério Lopes e a arquiteta Cristina comentaram o seguinte:

27/06/2008: "ROGÉRIO FALA COM CRISTINA – FALA SOBRE A REPORTAGEM DO ESTADÃO E DA FOLHA QUE FALA SOBRE A WE, ENVOLVENDO UM TAL DE PAULO DO CONTRU, ONDE HOUVE UMA ESCUTA TELEFÔNICA DA POLÍCIA FEDERAL, ROGÉRIO FALA P/ CRISTINA AVISÁ-LO, POIS TEM BOAS CHANCES DE SER ELE E ESPERA QUE ELES NÃO DESCUBRAM" (fl. 2.820).

## **2.6 – Revista Planeta Mooca e anúncios**

Como exposto no relatório de fls. 2.824/2.845, a revista Planeta Mooca, realmente, ressalta a gestão do então Subprefeito da Mooca, Eduardo Odloak (fls. 2.824/2.845).

Nessa revista, há 07 (sete) anunciantes, muitos dos quais, segundo a



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

investigação policial, não teriam alvará de licença de funcionamento (fls. 2.213/2.214).

Sobre a Sinete, Georges Marcelo Eivazian externou:

02/07/2008: "MARCELO FALA COM HOMEM, FALA DE ROGÉRIO E ELE PEGOU DEZ PAUS NA SINETE PARA FAZER A REVISTA E OS CARAS VÃO PEGAR ELE" (fl. 2.708).

O anúncio da Sinete pode ser conferido à fl. 2.830

Outra publicidade curiosa é o do escritório de arquitetura de Cristina Minakava Scatena, que mantinha contatos telefônicos com Rogério Lopes, nos quais era tratado inclusive o pagamento de propina para regularização de edificações (fl. 2.841).

Depara-se com fatos que devem ser investigados por meio de sindicância.

## **2.7 – Processo administrativo 2008-0.135.995 e advocacia administrativa**

Apesar do número do processo estar incompleto, é de rigor a apuração de eventual concessão de vantagem ilícita.

Em telefonema, Georges Marcelo Eivazian disse:

02/07/2008: "MARCELO FALA COM HOMEM, TOCA A OUTRA LINHA HOMEM CLÁUDIO AMIGO DO OSWALDO O BACANA FALA QUE ESTA COM UM PROCESSO 2008-0135995. CÓDIGO DE OBRAS E DE EDIFICAÇÕES OAI, EU FALEI COM FELIPE, ME PASSA UM FAX AMANHÃ NO 2618-1080 ESTÁ COM TONINHO" (fl. 2.710).

Servidor público conhecido como "Toninho" deve ser identificado.

Impõe-se a inauguração de sindicância.



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5

em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

**2.8 – PSIU e eventual favorecimento a bares e restaurantes**

Em 30/06/2008, Georges Marcelo Eivazian recebe um pedido de interferência junto ao PSIU:

30/06/2008: "MARCELO FALA COM REIS, DOUGLAS E REIS PEDE A INTERFERENCIA DE MARCELO JUNTO AO PSIU, MANDA FALAR COM O CLEITON E MILTON" (fl. 2.705).

Em novo telefonema, Georges Marcelo é pressionado por Reis:

30/06/2008: "MARCELO FALA COM HOMEM, REIS E FALA QUE DEPUTADO FALOU PARA VOCÊ RESOLVER ISTO" (fl. 2.706).

Georges Marcelo Eivazian volta a indicar, em outro telefonema, Milton:

30/06/2008: "MARCELO FALA COM DOUGLAS, E PERGUNTA SE TEM ALGUM HOMEM NO PSIU, VOCE SER ATENDIDO PELO MILTON HATISUMORA, E MEU BRODER" (fl. 2.707).

Além disso, existem indícios de que Georges Marcelo Eivazian avisava os bares acerca de prováveis ações fiscalizatórias:

02/07/2008: "MARCELO FALA COM NARDINHO, FALA QUE COMPLICOU A SITUAÇÃO AQUI SOBRE O SEU BAR, E MAIS QUATRO BARES, FECHA O BAR HOJE A 1:00 HORA" (fl. 2.708).

Tudo deve ser apurado em sindicância.

**2.9 – Desaparecimento de mercadorias apreendidas**



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

Às fls. 2.233/2.234, consta denúncia contra Antonio Basic, encarregado técnico da UTF (desvio de mercadorias apreendidas), bem como contra Dagoberto e Romualdo Alcarraz (venda de barracas apreendidas).

A denúncia é ratificada por Antônio Ademar Jacinto de Souza: *Parte das mercadorias apreendidas nas operações, as quais estavam no depósito da Subprefeitura da Mooca foram furtadas. Diante disso, o declarante, acompanhado dos servidores Paulo e Maurício Francisco, vulgo "Azeitona", compareceram no 8º DP onde foi elaborado o BO nº 473/2007 (fl. 2.232).*

A subtração de mercadorias do depósito merece ser investigada.

### **3. Prisões de Marcos Medeiros da Silva e Manoel Messias de Lima e interceptação telefônica<sup>2</sup>**

Em telefonema, Rogério Lopes indagou de "Jota" quem era o responsável pelas autorizações de saída de veículos para apreensão de placas. Depois de "Jota" ter asseverado que nunca autorizou ninguém, Rogério Lopes disse que quem apreendia as placas era "o tranqueira do Marcos cabeça", que já "foi em cana". Acrescentou que: "se precisar armar para mais um ele arma, porque Jota sabe muito bem que foi ele quem armou para o cabeça ir em cana" (fl. 2.821).

Cumprido esclarecer que esse diálogo versa sobre a prisão de Marcos Medeiros da Silva. Além desse servidor público, foi preso, na mesma oportunidade, Manoel Messias de Lima.

Nos autos dos inquéritos administrativos especiais, em que foram processados Marcos e Manoel, houve alegação não provada de que o flagrante foi forjado.

---

<sup>2</sup> A indicação de folhas refere-se ao processo administrativo 2008-0.209.008-3



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

**Folha de Informação nº**

**Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_**

As teses da defesa foram afastadas com os seguintes argumentos:

*Eventual preparação do flagrante, por se tratar de questão de direito penal, interfere apenas na configuração de crime - e crime material, a concussão é crime formal -, não repercutindo na falta disciplinar.*

*Ainda, o flagrante preparado não se confunde com o esperado.*

*Rogério Greco explica que:* no flagrante preparado, o agente é estimulado pela vítima, ou mesmo pela autoridade policial, a cometer a infração penal com o escopo de prendê-lo. A vítima e a autoridade policial, e até terceiros que se prestem a esse papel, são conhecidas como agentes provocadores. Já no flagrante esperado não haveria essa estimulação por parte da vítima, da autoridade policial ou mesmo de terceiros, no sentido de induzir o agente à prática do delito. O agente aqui não é induzido a cometer delito algum. Nesses casos, tendo a autoridade policial prévio conhecimento da intenção do agente em cometer a infração penal, o aguarda, sem estimulá-lo a absolutamente nada, e cuida de todos os detalhes de modo a evitar a consumação do crime. Fala-se, nessa hipótese, em possibilidade da tentativa (*Curso de Direito Penal, Parte Geral, v.1, Editora Impetus 5ª ed, p.327*).

*Os policiais não provocaram a situação, apenas aguardavam novo exaurimento da infração.*

*Segundo Júlio Fabbrini Mirabete:* Não há que se falar, assim, em crime impossível pelo flagrante preparado, quando ocorre a intervenção policial apenas na fase de pagamento da vantagem indevida, quando já consumado o delito pela simples exigência daquela (RT 691/314). (*Manual de Direito Penal, v.3, Atlas 16ª ed., p. 321*).

*Ademais, a tese do flagrante preparado não guarda harmonia com a versão de que o comparecimento no estabelecimento comercial ocorreu, visando à compra de um carrinho.*

Portanto, a título de argumentação, ainda que se admitisse a preparação do flagrante, o fato é que Marcos e Manoel estiveram na loja, visando ao recebimento de vantagem indevida; deste modo, mesmo que Rogério Lopes, ciente da atuação da Polícia Civil, tivesse ordenado a realização da visita, para obtenção de propina, o ilícito disciplinar estaria igualmente caracterizado, pois, repita-se, eventual preparação do flagrante, por se tratar de questão de direito penal, interfere apenas na configuração de crime – e crime material, a concussão é crime formal.



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

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

Ademais, no que se refere especificamente à conduta de Marcos Medeiros da Silva, já tinham ocorrido, antes do dia da prisão, exigências e recebimentos de vantagens indevidas, bem como omissão na prática de ato de ofício.

Assim sendo, a existência do resumo da interceptação telefônica, em que Rogério Lopes comenta que "armou" para Marcos, não os isenta de responsabilidade.

Posto isso, as conclusões da Comissão Processante Permanente 111, exaradas nos relatórios finais, devem ser mantidas.

#### 4. Conclusão

Ante todo o exposto, sugiro:

**I** – nos termos do artigo 93, inciso III, alínea *a*, do Decreto n. 43.233/2003, a aplicação da pena de **DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO** ao indiciado **NILSON ALVES DE ABREU, RF n. 472.598.1 – 3º vínculo**, com fundamento no artigo 189, inciso VI, da Lei n. 8.989/79, restando caracterizadas, outrossim, as violações às normas dos artigos 178, incisos III, XI e XII, e 179, caput e inciso III, do diploma legal referido;

**II** - nos termos do artigo 93, inciso III, alínea *h*, do Decreto n. 43.233/2003, com relação aos ex-servidores públicos **FELIPE EIVAZIAN, RF n. 759.915.3**, e **GEORGES MARCELO EIVAZIAN, RF n. 755.048.1**, a **ANOTAÇÃO EM PRONTUÁRIO FUNCIONAL** de que, se estivesse em exercício, responderia a **INQUÉRITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL**;

**III** – nos termos do artigo 93, inciso III, alínea *h*, do Decreto n. 43.233/2003, a **REMESSA A PROCED 222 DE CÓPIA DOS AUTOS (processo2008-0.209.008-3)**, a partir de fl. 1.635, visando apurar as irregularidades indicadas no item 2.1;

**IV** – nos termos do artigo 93, inciso III, alínea *h*, do Decreto n. 43.233/2003, a



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO  
DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES**

Folha de Informação nº

Do Processo nº 2008-0.220.993-5 em 27 / 03 / 2009 (a)\_\_\_\_\_

instauração de **SINDICÂNCIA**, com fundamento no artigo 203, da Lei n. 8.989/79, objetivando investigar os fatos descritos nos itens 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.8 e 2.9;

**V** - nos termos do artigo 93, inciso III, alínea h, do Decreto n. 43.233/2003, a **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO MP/SP**, instruído com cópia do relatório final, para as providências cabíveis, tendo em vista a existência do PJC – CAP n.350/2008 – 10ª PJ e do Procedimento Administrativo Criminal n. 02/2008.

São Paulo, 27 de março de 2009.

**DANIEL GASPAR DE CARVALHO**  
Procurador Presidente – relator  
RF 753.840.5.00 OAB/SP 224.498