

**A LEI DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO -
ASPECTOS AMBIENTAIS E URBANÍSTICOS**

Debora Sotto
Procuradora do Município de São Paulo
Mestre em Direito do Estado pela PUC – SP

Luciana Correia Gaspar Souza
Procuradora do Município de São Paulo
Mestre em Direito do Estado pela PUC – SP

A LEI DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - ASPECTOS AMBIENTAIS E URBANÍSTICOS

SÃO PAULO'S MUNICIPAL LAW ON CLIMATE CHANGE – URBAN AND ENVIRONMENTAL ASPECTS

Resumo

O presente artigo propõe-se a analisar juridicamente as disposições da lei municipal que instituiu a política de mudanças climáticas da cidade de São Paulo. Para tanto, faz um histórico das Convenções e Acordos Internacionais a respeito do assunto, recepcionadas pela República Federativa do Brasil, seguida de uma rápida exposição sobre a repartição constitucional de competências no Estado Federativo Brasileiro, centrada na verificação da competência dos Municípios para atuar no campo das mudanças climáticas, para, finalmente, adentrar na análise do conteúdo da lei paulistana sobre mudanças do clima, apontando, quanto ao uso e ocupação do solo urbano, algumas intersecções da política municipal de mudanças climáticas com o Plano Diretor Estratégico, voltadas à sustentabilidade urbanístico-ambiental da cidade.

Palavras-chave: desenvolvimento sustentável; meio-ambiente; mudanças climáticas; política urbana; uso e ocupação do solo urbano

Abstract

This paper's main goal is to examine the legal provisions of São Paulo's municipal law on climate change. To do so, we present a brief summary of the Conventions and International Agreements on climate change approved upon by Brazilian Law, followed by some considerations on the Brazilian Constitutional division of powers in order to demonstrate that Brazilian Cities have jurisdiction to institute their own environmental policies, to finally analyze the municipal law on climate change edited by the city of São Paulo, highlighting some intersections of the local policy on climate change with the city's master plan provisions on land policy, as a means to promote the city's sustainable development.

Keywords: climate change; environment; land policy; sustainable development; urban policy

Sumário

Introdução	3
1. Convenções e Acordos Internacionais sobre Mudanças Climáticas – interfaces com a gestão urbana	3
2. Competência sobre a matéria Mudanças Climáticas no Estado Federativo Brasileiro	6
3. A Lei do Município de São Paulo sobre Mudanças Climáticas	7
4. As mudanças climáticas e o uso e ocupação do solo urbano	11
Considerações Finais	18
Referências	19

Introdução

O presente artigo tem por objeto a análise jurídica da lei municipal que instituiu a Política de Mudança do Clima da cidade de São Paulo, partindo da premissa de que o Município, em seu papel de Poder Público, tem o dever de defender e promover o direito ao meio ambiente, natural e urbano, ecologicamente equilibrado e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Iniciamos a análise traçando um breve histórico das Convenções e Acordos Internacionais sobre o meio ambiente, da Conferência de Estocolmo de 1972 à Convenção-quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas de 1992 e ao Protocolo de Kyoto de 1997, para apontar os parâmetros que orientam o combate ao fenômeno das mudanças climáticas no Brasil, como signatário dos principais acordos internacionais sobre a matéria.

Em seguida, tratamos da repartição constitucional de competências em matéria ambiental no Estado Brasileiro, visando a demonstrar a competência material e legislativa dos Municípios para a adoção de políticas próprias de mudanças do clima, apontando, ainda, a conexão entre as competências ambientais e urbanísticas dos Municípios e demais entes federativos.

Adentrando na análise propriamente dita da lei paulistana de mudanças climáticas, realizamos uma breve sinopse das principais disposições legais e dos trabalhos realizados pelo Comitê Municipal de Mudanças do Clima e pelos Grupos de Trabalho Temáticos por ele instituídos, para, finalmente, cotejar alguns dos dispositivos da política municipal de mudanças do clima, atinentes ao uso e ocupação do solo urbano, com instrumentos já previstos no Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, voltados à promoção do desenvolvimento sustentável da cidade.

1. Convenções e Acordos Internacionais sobre Mudanças Climáticas – interfaces com a gestão urbana

Estudiosos do Direito Internacional do Meio Ambiente apontam a **Conferência de Estocolmo**, realizada na Suécia em 1972, como o momento histórico em que, alertadas por evidências científicas e pela constatação da irreversibilidade dos danos ambientais, as nações de todo o planeta tomaram consciência de que a proteção do meio-ambiente, como pré-condição para a sobrevivência da humanidade, é uma necessidade e um dever comum a todos.

A Conferência de Estocolmo trouxe como principais contribuições não apenas a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio-Ambiente, como também a edição da **Declaração de Estocolmo**, instrumento jurídico que consagrou, pela primeira vez no âmbito internacional, o chamado “direito fundamental ao meio-ambiente”, aliado ao dever, imposto a todos os homens, de proteger e aprimorar o meio-ambiente em benefício das gerações presentes e futuras.

A partir de Estocolmo, foram realizadas, por aproximadamente duas décadas (1972 – 1992), diversas conferências e convenções mundiais tendo por tema central a preservação do meio-ambiente, o que conduziu, como aponta Jean-Marc LAVIEILLE¹, à re-colocação, ou re-proposição, dos problemas ambientais em um contexto **global**.

Em 1987, é publicado o Relatório “Nosso futuro comum”, ou Relatório Brundtland, como resultado dos trabalhos da Comissão Mundial sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento constituída pela ONU. A principal contribuição do Relatório Brundtland foi a de introduzir,

¹ **Droit international de l'environnement**. 3^e édition. Paris: Ellipses, 2010. p. 52.

pela primeira vez na comunidade internacional, o conceito de **desenvolvimento sustentável**, compreendido como “não um estado de equilíbrio, mas antes um processo de mudança dentro do qual a exploração de recursos, a escolha de investimentos, a orientação do desenvolvimento técnico, assim como a transformação institucional são determinados em função das necessidades atuais tanto quanto das necessidades futuras”.

Segundo o Relatório, a noção de desenvolvimento sustentável permite integrar as políticas ambientais com as estratégias de desenvolvimento em seu sentido mais amplo, atendendo a uma necessidade de mudança nas políticas nacionais e internacionais de todos os países, ricos ou pobres. É interessante observar, a esse respeito, que o Relatório Brundtland preocupou-se em inserir a **questão urbana**, como elemento do desenvolvimento econômico e social, no contexto da proteção e preservação ambiental, formulando diversas propostas para a construção de uma **gestão urbana sustentável**.

É importante apontar, ainda, que a divulgação do Relatório Brundtland deu grande impulso aos esforços, no âmbito da Organização das Nações Unidas, pela realização de uma Conferência Mundial sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento, tendo por principais temas as Mudanças Climáticas e a Diversidade Biológica.

Realizada na cidade do Rio de Janeiro em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento, ou ECO-92, contou com a participação não apenas de representantes dos Estados, mas também de organizações não-governamentais, empresas multinacionais e demais entidades da sociedade civil, resultando na edição de cinco importantes documentos: (I) a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento Sustentável; (II) a Declaração de Princípios sobre as Florestas; (III) a Agenda 21; (IV) a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas e (V) a Convenção sobre Diversidade Biológica.

A Convenção-quadro sobre Mudanças Climáticas foi redigida com base nos dados científicos constantes do Primeiro Relatório do IPCC - Painel Internacional sobre Mudanças Climáticas (Intergovernmental Panel on Climate Change)², datado de 1990. Segundo a definição proposta pelo artigo primeiro da Convenção-quadro, consideram-se mudanças climáticas quaisquer alterações do clima que reúnam concomitantemente duas características essenciais: (a) sejam atribuíveis direta ou indiretamente a atividades humanas capazes de alterar a composição natural da atmosfera e (b) venham a se adicionar à variabilidade natural do clima, observada no curso de períodos de tempo comparáveis.

Nesse sentido, nos termos do seu artigo segundo, o objetivo último da Convenção, e de todos os instrumentos jurídicos a ela conexos, é a “estabilização da concentração dos gases com efeito estufa na atmosfera em um nível que impeça toda e qualquer perturbação antrópica perigosa do sistema climático”.

Ratificada por 175 (cento e setenta e cinco) países, a Convenção-quadro é acompanhada por um Protocolo, assinado na cidade de Kyoto no ano de 1997 e com vigência até 2012³, o qual contempla as medidas concretas a serem adotadas pelos Estados-partes no

² Criado em 1988 por iniciativa conjunta da Organização Meteorológica Mundial e do Programa das Nações Unidas para o Meio-Ambiente, o IPCC é um corpo científico que tem por atribuições revisar e verificar as informações científicas, técnicas e sócio-econômicas, produzidas globalmente, que se considerem relevantes para o entendimento do fenômeno das mudanças climáticas. É composto por três grupos de trabalho: o primeiro, sobre o estado dos conhecimentos científicos relativos ao clima, o segundo, sobre os impactos das mudanças climáticas e a adaptação das sociedades, e o terceiro, sobre a economia do efeito estufa e variáveis de ação para redução de emissões, implicando, no total, a ação voluntária de milhares de cientistas de todo o mundo.

³ Como resultado dos trabalhos conduzidos na COP/MOP 17, realizada em Durban ao final de 2011, prorrogou-se a vigência do Protocolo de Kyoto, de 1º de janeiro de 2013 até 2020, quando entrará em vigor o pacto global de redução de emissões de gases com efeito estufa, a ser elaborado até 2015. Ressalte-se, a esse respeito, que o Zero Draft, documento preparatório da Conferência das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável – Rio +20, que aconteceu em junho de 2012, reafirmou a importância do enfrentamento das mudanças climáticas

enfrentamento do fenômeno das mudanças climáticas, com a previsão de mecanismos diferenciados para países desenvolvidos e países em desenvolvimento, na tentativa de conciliar metas de controle (adaptação) e redução (mitigação) das emissões de gases com efeito estufa com o crescimento econômico⁴.

Como consequência dos trabalhos desenvolvidos na ECO-92, foram engajadas no enfrentamento das mudanças climáticas não apenas as autoridades estatais (no sentido de representantes dos Estados-Nação), mas também as autoridades locais, responsáveis pela gestão dos agrupamentos humanos nas suas várias formas de organização política: regiões, províncias, cidades, comunas, etc..

A importância e legitimidade da atuação das coletividades locais no combate às mudanças climáticas foram expressamente contempladas em outros instrumentos aprovados na ECO-92, em especial, no Princípio 22⁵ da Declaração do Rio e na Agenda 21, Capítulos 7 e 28, dedicados, respectivamente, à promoção do desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos e às iniciativas das autoridades locais em apoio à Agenda 21.

Destaque-se, a esse respeito, a previsão do item 28.1 do citado Capítulo 28:

28.1. Como muitos dos problemas e soluções tratados na Agenda 21 têm suas raízes nas atividades locais, a participação e cooperação das autoridades locais será um fator determinante na realização de seus objetivos. As autoridades locais constroem, operam e mantêm a infra-estrutura econômica, social e ambiental, supervisionam os processos de planejamento, estabelecem as políticas e regulamentações ambientais locais e contribuem para a implementação de políticas ambientais nacionais e subnacionais. Como nível de governo mais próximo do povo, desempenham um papel essencial na educação, mobilização e resposta ao público, em favor de um desenvolvimento sustentável.

Com a afirmação, perante a comunidade internacional, das autoridades locais como atores essenciais da preservação e proteção ambientais e da promoção do desenvolvimento sustentável, representantes de cidades e regiões foram admitidos como partícipes e intervenientes ativos⁶ das Conferências anuais da Convenção-quadro e do Protocolo de Kyoto, apresentando propostas e reivindicações próprias, relativamente autônomas em relação às pautas nacionais de negociação, conduzidas pelos Estados-parte.

Já no plano interno dos países-membros da Convenção-quadro e do Protocolo de Kyoto, observou-se, a partir do ano de 1997, a formulação de políticas próprias de combate às Mudanças Climáticas, não apenas no âmbito nacional, como também em âmbitos regional e local, com inevitáveis e expressivas repercussões sobre a Política Urbana em seus mais variados aspectos: uso e ocupação do solo, mobilidade, transporte, habitação, saneamento básico, fornecimento e captação de água potável, dentre outros.

Finalmente, há que se ponderar que este fenômeno global de construção de políticas regionais e locais de combate às mudanças climáticas sofre modulações importantes conforme a estrutura política, administrativa e jurídica de cada país.

para o futuro da humanidade, convocando os Estados a implementar os compromissos assumidos em Durban. (<http://www.uncsd2012.org/rio20/index.php?menu=144>. Acesso em 2 de maio de 2012).

⁴ Assim como a Convenção-quadro, o Protocolo de Kyoto foi elaborado com base nos dados científicos reunidos pelo IPCC, em um Segundo Relatório, datado de 1995.

⁵ Princípio 22 - Os povos indígenas e suas comunidades, **bem como outras comunidades locais**, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável (grifos nossos).

⁶ Ainda que desprovidos de personalidade jurídica de Direito Internacional.

Como analisaremos no item seguinte, no caso específico da República Federativa do Brasil, signatária tanto da Convenção-quadro quanto do Protocolo de Kyoto, a edição de programas regionais e locais de combate às mudanças climáticas deve, sobretudo, observar a repartição constitucional de competências - materiais e legislativas - entre os entes federativos (União, Estados e Municípios), inclusive no que diz respeito à interação da política de mudanças climáticas com a política urbana.

2. Competência sobre a matéria Mudanças Climáticas no Estado Federativo Brasileiro

A Constituição Brasileira, promulgada no ano de 1988, em consonância com as Declarações e Convenções Internacionais de proteção ao meio-ambiente, consagrou expressamente no *caput* de seu artigo 225 o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, considerado como um “bem de uso comum do povo”, “essencial à sadia qualidade de vida”, impondo ao Poder Público e à coletividade o “dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Como bem explana JOSÉ AFONSO DA SILVA⁷:

“Poder Público é a expressão genérica que se refere a todas as entidades territoriais públicas, pois uma das características do Estado Federal, como o nosso, consiste precisamente em distribuir o Poder Público por todas as entidades autônomas que o compõem, para que cada qual o exerça nos limites das competências que lhe foram outorgadas pela Constituição”.

Assim, nos termos do inciso VI do artigo 23 da Constituição Federal, as competências materiais de proteção do meio-ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas são comuns aos entes federativos das três esferas. Ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são igualmente competentes para exercer ações concretas voltadas à preservação ambiental, aí compreendidas a adoção de medidas de combate às mudanças climáticas, dentro do âmbito específico de suas atribuições.

Quanto à competência legislativa – compreendida como a atribuição para editar normas jurídicas gerais e abstratas, inaugurais do sistema jurídico - dispõe a Constituição da República em seus artigos 24, incisos VI a VIII, e artigo 30, inciso II, que incumbe à União, Estados e Distrito Federal legislar **concorrentemente** sobre toda a matéria ambiental, podendo ainda os Municípios **suplementar** a legislação federal e estadual no que couber.

Nesse contexto, é possível afirmar que tanto a União quanto os Estados e os Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições constitucionais – interesses nacionais, regionais e locais - são competentes para editar e executar Políticas próprias de Combate às Mudanças Climáticas, observados os parâmetros das Convenções e Acordos Internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro⁸ e, no caso específico dos Estados e Municípios, as diretrizes gerais postas pela legislação federal editada acerca da matéria.

No que tange à necessária intersecção entre as Políticas de Mudanças Climáticas e a Política Urbana, há que se apontar que, nos termos do artigo 30, inciso VIII, cumulado com os artigos 182 e 183 da Constituição da República, a gestão urbana é de competência quase que

⁷ **Direito Ambiental Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 75.

⁸ A Convenção-quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e do Protocolo de Kyoto foram recepcionados, respectivamente, por meio dos Decretos Federais n.º 2.652, de 01.07.1998, e 5.445, de 12 de maio de 2005.

inteiramente municipal, incumbindo assim aos Municípios incorporar aos seus Planos Diretores e às legislações próprias de uso e ocupação do solo as medidas que entenderem úteis e necessárias ao enfrentamento das mudanças climáticas como instrumento da construção de **idades sustentáveis**.

Mais ainda, dadas as competências federais e estaduais em matéria urbanística, devem as Municipalidades observar as diretrizes gerais postas pela União Federal – em especial, no Estatuto da Cidade, veiculado pela Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e na Política Nacional de Mudanças Climáticas, instituída pela Lei Federal nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009 - e as normas eventualmente postas pelos Estados, no âmbito das suas respectivas competências urbanísticas e ambientais⁹.

Oportuno pontuar que o Estatuto da Cidade, na condição de “lei geral do direito urbanístico brasileiro”¹⁰, incluiu expressamente a preservação e proteção do meio-ambiente no texto de três das dezesseis diretrizes da Política Urbana Brasileira postas pelo seu artigo 2º: o **inciso IV**, que determina que o planejamento urbanístico evite e corrija os efeitos negativos do crescimento urbano sobre o meio-ambiente; o **inciso XII**, que determina a atuação dos Municípios pela proteção, preservação e recuperação do meio ambiente, natural e construído e o **inciso XIII**, que exige a audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente, natural ou construído.

Noticie-se, finalmente, que a Lei Federal nº 12.187/2009 incluiu expressamente entre as diretrizes da Política Nacional de Mudanças Climáticas, artigo 5º, inciso V, o estímulo e apoio à participação dos governos estadual, distrital e municipal na execução de políticas, planos, programas e ações relacionados à mudança do clima.

3. A Lei do Município de São Paulo sobre Mudanças Climáticas

Demonstrada, no item anterior, a competência dos Municípios para editarem suas próprias Políticas contra Mudanças Climáticas, pretendemos, neste tópico, analisar o conteúdo e propostas da Lei Municipal Paulistana nº 14.933 de 05 de junho de 2009, que instituiu a Política de Mudanças Climáticas do Município de São Paulo. O Decreto Municipal nº 50.866 de 21 de setembro de 2009, com as alterações dos Decretos nº 51.295 de 17 de fevereiro de 2010 e nº 52.245 de 15 de abril de 2011, regulamentaram, por sua vez, a competência, a composição e o funcionamento do Comitê Municipal de Mudança do Clima e Economia.

A Lei municipal, em seu artigo 1º, estabelece uma série de princípios que nortearão a Política Municipal de Mudança do Clima, funcionando, a nosso ver, como um vetor a ser seguido pelo Poder Público Municipal, ao instituir políticas públicas a respeito do tema.

Os princípios destacados pela lei são os seguintes: o princípio da prevenção; o princípio da precaução; o princípio do poluidor-pagador; o princípio do usuário-pagador; o princípio que determina a responsabilidade comum de todos os munícipes, mas de forma proporcional ao que cada qual impacta negativamente na mudança do clima; a obrigação de uma abordagem holística do tema, levando em consideração os interesses locais, regionais, nacional e global, atentando para os direitos das futuras gerações; o princípio de que os empreendimentos devem suportar seus custos sociais e ambientais; o princípio da ampla

⁹ O Estado de São Paulo, por exemplo, instituiu sua própria Política de Mudanças Climáticas por meio da Lei Estadual nº 13.789, de 9 de novembro de 2009, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 55.947, de 24 de junho de 2010.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 69.

participação na tomada de decisões dos temas relacionados à mudança do clima e o princípio de acesso à informação.

No que tange à enumeração de princípios¹¹, inovou a lei municipal apenas na instituição da figura do **protetor-receptor**, definido como qualquer pessoa, grupo ou comunidade cujo modo de vida ou ação auxilie na conservação do meio ambiente e que, em razão da sua contribuição positiva, torna-se apto a receber transferências de recursos ou benefícios. Deixando de tratar apenas dos aspectos relacionados à precaução na atuação ambiental de responsabilidade por danos ambientais, a lei foi mais longe, criando a possibilidade premiar àqueles que têm atitudes positivas de proteção ao meio ambiente.

Em seguida, a lei traz as diretrizes de implementação da Política municipal de Mudanças Climáticas, impondo o planejamento das ações tanto restritivas quanto incentivadoras, com a participação não apenas de membros do governo municipal, mas também de representantes da sociedade civil. Seguindo a linha mundial, já explicitada no tópico sobre as conferências climáticas, o Município se compromete a promover a redução das chamadas matrizes energéticas “sujas” por matrizes energéticas “limpas” que privilegiem uma menor emissão de gases do efeito estufa. Outra diretriz importante é a adoção de procedimentos de aquisição de bens e contratação de serviços pelo Poder Público Municipal com base em critérios de sustentabilidade.

Para encerrar a parte que poderíamos chamar de embaixadora da lei, estabelece-se o objetivo central da Política Municipal de Mudança do Clima, que transcrevemos abaixo, *in verbis*:

Art. 4º. A Política Municipal de Mudança do Clima tem por objetivo assegurar a contribuição do Município de São Paulo no cumprimento dos propósitos da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, de alcançar a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera em um nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático, em prazo suficiente a permitir aos ecossistemas uma adaptação natural à mudança do clima e a assegurar que a produção de alimentos não seja ameaçada e a permitir que o desenvolvimento econômico prossiga de maneira sustentável. (Grifo nosso).

Em seguida, a lei passa a tratar de estratégias de mitigação e adaptação, dividindo a matéria em seis tópicos de abordagem, que posteriormente deram origem à instituição de Grupos de Trabalho distintos pelo Comitê Municipal de Mudanças do Clima, com as seguintes temáticas: (1) transportes, (2) energia, (3) resíduos sólidos, (4) saúde, (5) construção e (6) uso do solo. A criação desses Grupos de Trabalho Temáticos visa a permitir que todos os seis tópicos de abordagem sejam tratados com maior profundidade, por especialistas nas respectivas matérias. Em outras palavras, os objetivos dos grupos são: sistematizar informações de iniciativas que estão em curso, fazer um juízo de valor sobre o que deve continuar, formular propostas de novos estudos a serem encaminhados e estudar, no âmbito de suas áreas, matérias que o Comitê pedir aprofundamento¹². Pretende-se, em suma, que os Grupos de Trabalho encaminhem as suas conclusões parciais ao longo dos anos para debate e possível implementação pelo Comitê de Mudanças do Clima.

¹¹ Os princípios enumerados pela lei municipal, com exceção do princípio do “protetor-receptor”, são princípios consagrados em documentos internacionais – em especial, a Declaração do Rio de 1992 e a própria Convenção-Quadro das Nações Unidas contra mudanças climáticas – e reproduzidos em textos normativos nacionais, inclusive pela Lei Federal nº 12.187/2009, que instituiu a Política Nacional de Mudanças Climáticas.

¹² http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento_urbano/comite_do_clima/noticias/index.php?p=17542. Acesso em 12 de março de 2011.

Podemos, de maneira bastante resumida, afirmar que, em matéria de transportes, a lei busca mitigar a emissão de gases do efeito estufa, assim como de outros poluentes e ruídos, diminuir os picos de congestionamento e priorizar a utilização de combustíveis renováveis.

No que tange ao tema energia, destaca-se a previsão de uma ação coordenada entre os órgãos do Poder Público Municipal no intuito de incentivar o uso de fontes renováveis de energia de forma descentralizada.

No que concerne à política de resíduos sólidos, cabe destacar que a lei municipal de mudanças climáticas é anterior ao marco legal nacional de resíduos sólidos¹³, mas com ela não conflita. Suas principais propostas são a minimização de resíduos urbanos de todas as espécies e o incentivo à reciclagem, abordando, inclusive, que grandes geradores de resíduos deverão estabelecer rotinas mitigadoras, além de abordar o uso e a decomposição das sacolas plásticas.

Ao tratar de saúde, a lei paulistana aborda a necessidade de adoção de medidas de prevenção e tratamento para evitar ou minimizar os impactos das mudanças climáticas sobre a saúde pública. Os principais mecanismos propostos são a realização de campanhas educativas com o intuito de minimizar doenças provenientes das mudanças climáticas e poluição veicular, bem como o aperfeiçoamento dos programas de controles de doenças que tenham como causa ou fator de agravamento as mudanças climáticas.

Quanto ao tópico das construções, a lei determina que as novas edificações e as que serão objeto de reforma e ampliação, inclusive as habitações populares, devem obedecer critérios de eficiência energética, sustentabilidade ambiental, qualidade e eficiência de materiais. No entanto, neste ponto, há que se reconhecer que as previsões legais são bastante abstratas, carecendo de regulamentação.

No aspecto uso do solo, a lei dispõe que a sustentabilidade da distribuição da população ao ocupar o território deve ser norteadada pelo **princípio de cidade compacta**, já consagrado no Plano Diretor do Município. Abordaremos essa questão em mais detalhe no item 5 deste artigo.

A lei paulistana prevê, igualmente, a criação de instrumentos: a) de informação e gestão; b) de comando e controle; e c) econômicos. No que tange à informação e gestão, a lei dispõe que se fará a gestão da emissão dos gases de efeito estufa e demais dados relacionados às mudanças climáticas impactantes sobre a saúde pública. Quanto aos instrumentos de comando e controle, há a previsão de que a emissão das licenças ambientais de empreendimentos que gerem grande emissão de gases do efeito estufa seja acompanhada necessariamente de um plano de mitigação e de compensação. Quanto aos instrumentos econômicos, a lei destaca a possibilidade de redução de alíquotas de tributos municipais ou renúncia fiscal para aqueles que se utilizarem de MDLs (Mecanismos de Desenvolvimento Limpo), bem como a diminuição dos valores a serem pagos a título de outorga onerosa do potencial construtivo adicional em empreendimentos que promovam o uso de energias renováveis ou de equipamentos que reduzam significativamente a emissão de gases do efeito estufa.

Como não poderia deixar de ser, a lei prevê que se criem e se aperfeiçoem programas de educação ambiental à população, abordando as causas e impactos das mudanças climáticas e medidas de mitigação que cada qual pode colaborar.

A lei também instituiu o chamado Comitê Municipal de Mudança do Clima e Economia, objeto de regulamentação por Decretos Municipais, como já nos referimos anteriormente.

Por fim, destacamos entre as disposições finais da lei: a prioridade na apreciação pelos órgãos municipais de projetos que proporcionem reduções de emissões líquidas;

¹³ Lei Federal nº 12.305, de 02 de agosto de 2010.

estabelecimento de inventário das suas emissões de gases do efeito estufa; regulamentação da circulação, parada e estacionamento de ônibus fretados; implementação de programa obrigatório de coleta seletiva de resíduos com a instalação de ecopontos; diminuição gradual de combustíveis fósseis na frota de ônibus do sistema de transporte público do município; e fixação de uma meta para 2012 – ano originalmente previsto para o encerramento do Protocolo de Kyoto - de redução de 30% (trinta por cento) das emissões de gases de efeito estufa na cidade.

A meta parece ambiciosa, mas São Paulo, de 2005 até hoje, já conseguiu reduzir em 20% (vinte por cento) suas emissões com o funcionamento de duas usinas de biogás nos aterros sanitários Bandeirantes e São João, localizados respectivamente nas zonas norte e leste da cidade¹⁴, foi assinado convênio com o Banco Mundial para elaboração do inventário de emissões dos Gases do Efeito Estufa no município de São Paulo e a contratação de empresa para prestar esse serviço já ocorreu, estando o contrato em execução.

O Decreto municipal já citado, por sua vez, estabelece os limites de atuação do Comitê de Mudança do Clima e Economia¹⁵, dispondo que o papel do Comitê será de propor, estimular, acompanhar e fiscalizar a adoção de planejamento e ações que viabilizem o cumprimento da lei municipal retro-explanada.

Dados importantes do avanço da legislação no Município se traduzem nos fatos de que a Cidade de São Paulo faz parte da direção mundial do ICLEI (Conselho Internacional para Iniciativas Ambientais) e da comissão executiva do Grupo de Liderança de Cidades pelo Clima - C-40 (*Large Cities Climate Leadership Group*), grupo de grandes cidades, lideradas por Londres e Nova York, articuladas para neutralização do aquecimento global e para discussão da participação dos poderes locais para implementar políticas de redução de impacto das mudanças climáticas. São Paulo, única cidade latino-americana integrante do Comitê Executivo do C-40, tem participação ativa nas suas reuniões e conferências, tendo sediado, inclusive, a Quarta Cúpula do Grupo entre 31 de maio a 02 de junho de 2011¹⁶.

A Quarta Cúpula do Grupo C40 contou com 1154 presentes, tendo 72 cidades representadas. O evento teve reuniões plenárias entre Prefeitos e autoridades; sessões técnicas para demonstração de iniciativas já adotadas em todo o mundo; mesas redondas de medidas que podem ser tomadas para a mitigação dos efeitos das mudanças climáticas; reuniões dos Grupos de Trabalho e visitas técnicas em pontos escolhidos pela Municipalidade sede, como o Aterro CTL, a Usina Termoelétrica São João, o Expresso Tiradentes, a Favela de Heliópolis e o Parque Várzeas do Tietê¹⁷.

¹⁴http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento_urbano/comite_do_clima/historico/index.php?p=15084. Acesso em 19 de março de 2011.

¹⁵ O Comitê é composto por representantes da Prefeitura e da sociedade civil: Secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano; Secretário Municipal do Verde e do Meio Ambiente; Secretário do Governo Municipal; Secretário Municipal de Finanças; Secretário Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras; Secretário Municipal de Educação; Secretário Municipal de Transportes; Secretário Municipal de Habitação; Secretário Municipal da Saúde; Secretário Municipal de Serviços; Secretário Municipal de Relações Internacionais; Secretário Municipal de Planejamento; Secretário Municipal de Desenvolvimento Econômico e do Trabalho; membro da Secretaria de Saneamento e Recursos Hídricos do Estado de São Paulo; membro do Conselho Internacional para Iniciativas Ambientais Locais (ICLEI, da sigla em inglês); membro da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP; membro da Universidade de São Paulo - USP; membro da Universidade Estadual Paulista - UNESP; membro da Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores - ANFAVEA; membro da Associação Civil Greenpeace; membro da Associação Nacional de Transportes Públicos - ANTP; membro do Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado de São Paulo - SINDUSCON-SP; membro Sindicato das Empresas de Imóveis do Estado de São Paulo - SECOVI-SP; membro da Central Força Sindical; membro Conselho Brasileiro de Construção Sustentável – CBCS.

¹⁶http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento_urbano/comite_do_clima/historico/index.php?p=15084. Acesso em 04 de maio de 2012.

¹⁷http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/apresentaaco_comite_municipal_de_mudanca_do_clima_e_ecocono_1309527435.ppt. Acesso em 05 de maio de 2012.

As sessões técnicas trataram de experiências das cidades participantes e as mesmas trouxeram debates acerca de eficiência energética de construções existentes e novas construções sustentáveis; questões positivas acerca da implementação de corredores de ônibus; gestão integrada de resíduos; debates acerca da área verde e das florestas urbanas; energia renovável em centros urbanos; educação ambiental e necessidade de engajamento da população; infraestrutura para bicicletas e ciclovias; captura de gás em aterros sanitários e geração de energia; planejamento urbano em época de mudanças climáticas; drenagem urbana e adaptação¹⁸.

Neste evento foram assinados documentos importantes para a questão das mudanças climáticas nas grandes cidades. Tivemos a assinatura de um Memorando entre a Cúpula C40 e o Banco Mundial para viabilização de suporte financeiro e técnico para projetos municipais; um Memorando entre o ICLEI e o C40 sobre a padronização métrica dos inventários de emissão de gases; as cidades de Paris e São Paulo assinaram aditivo ao Convênio entre as duas cidades para investimento em desenvolvimento urbano, cultura e tratamento de resíduos e saneamento. Por fim, destacamos a elaboração de um documento acerca dos temas tratados na Cúpula que foi encaminhado à Organização das Nações Unidas para subsidiar estudos e comprometimento acerca das mudanças climáticas na Conferência na Rio+20, que se realizou no ano passado¹⁹.

4. As mudanças climáticas e o uso e ocupação do solo urbano

Como vimos no item anterior, a Lei municipal de Mudanças Climáticas criou o Comitê de Mudanças Climáticas e Economia e este, por sua vez, formou Grupos de Trabalho sobre os seis temas mais sensíveis às Mudanças Climáticas. Já abordamos de forma rápida o conteúdo discutido por cinco Grupos, deixando para maior aprofundamento o temário do Grupo de Uso e Ocupação do Solo, por considerarmos ser este o tema que se relaciona mais diretamente às competências estritamente municipais de gestão urbana.

Em linhas gerais, podemos afirmar que o Grupo de Trabalho de Uso e Ocupação do Solo tem como objeto formular propostas de normas de planejamento urbano e uso de solo, objetivando: a) a diminuição de gases do efeito estufa, bem como mitigar os impactos da emissão já ocorrida; b) a distribuição dos usos e aproveitamento do solo de forma equilibrada em relação à infraestrutura e equipamentos existentes, aplicando-se o conceito de cidade compacta; a priorização do transporte coletivo em relação ao individual; c) a promoção de arborização em vias públicas e a ampliação da permeabilidade do solo tanto em área pública como privada.

Os estudos feitos pelo Grupo de Uso e Ocupação do Solo, em nossa opinião, não obstante necessitem maior aprofundamento e tempo de maturação, evoluíram bem, uma vez que não só estabeleceram uma pauta de aplicação das diretrizes estabelecidas na Lei de Mudanças Climáticas, como também embasaram sua atuação no Plano Diretor Municipal.

O artigo 182 da Constituição Federal atribuiu ao Poder Público Municipal a competência para execução da política de desenvolvimento urbano, estabelecendo, em seu parágrafo primeiro, o Plano Diretor como instrumento básico de implementação dessa política. Por sua vez, o artigo 225 da Carta Magna, como vimos, assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo tanto ao Poder Público como à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo às presentes e às futuras gerações.

¹⁸http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/apresentaaco_comite_municipal_de_mudanca_do_clima_e_ecocono_1309527435.ppt . Acesso em 05 de maio de 2012.

¹⁹http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/apresentaaco_comite_municipal_de_mudanca_do_clima_e_ecocono_1309527435.ppt . Acesso em 05 de maio de 2012.

Ora, como já foi por nós afirmado, dadas as competências municipais para executar a política urbana e para legislar sobre matéria ambiental no âmbito de sua competência, editou o Município de São Paulo sua própria lei de mudanças climáticas buscando coordenar preceitos de desenvolvimento sustentável com a ordenação do uso e ocupação do solo, devendo, assim, observar as diretrizes postas pelo Plano Diretor.

O Plano Diretor Estratégico atualmente vigente na cidade de São Paulo foi editado por meio da Lei Municipal nº 13.430/2002, logo após o advento do Estatuto da Cidade.

Partindo do fato inegável que São Paulo é uma megalópole, as instâncias de execução e deliberação do Município editaram um Plano Diretor que privilegia a descentralização das instâncias decisórias, adotando o conceito de “**cidade compacta**”.

Tal conceito preceitua, em linhas gerais que, por ser o território do Município muito vasto, tornando difícil a intersecção entre as diversas regiões municipais, devem ser privilegiados os centros locais já formados, aumentando a sua auto-suficiência e a criação de novos pólos centralizadores, de modo que nessas “Zonas de Microcentralidade” possam se exercer, em sua plenitude, as funções sociais da Cidade: habitar, trabalhar, recrear-se e circular, tal como debatidas no IV Congresso Mundial de Arquitetura Moderna de 1933 e difundidas num instrumento ali elaborado, a chamada Carta de Atenas, sintetizada por Le Corbusier²⁰.

A utilização integral da infraestrutura já existente nas áreas urbanas, como medida de sustentabilidade da gestão urbana e de combate à expansão desordenada das cidades foi, ademais, abordada em diversas passagens da Agenda Habitat II²¹, como por exemplo, no item 111 da letra C do Capítulo IV:

Capítulo IV – Plano Global de Ação – Estratégias para a implementação – C. Desenvolvimento sustentável de assentamentos humanos num mundo em processo de urbanização

111. Muitas cidades estão utilizando terras periféricas para atividades urbanas de maneira indevida, embora haja terras cultiváveis e infra-estrutura não exploradas e utilizadas de maneira adequada. Para evitar o crescimento desordenado, insalubre e não sustentável dos assentamentos humanos, é necessário promover padrões de uso do solo que minimizem as demandas de transporte, reduzam o consumo de energia e protejam os espaços verdes e abertos. Uma densidade urbana apropriada e diretrizes para o uso diversificado do solo são essenciais para o desenvolvimento urbano. As políticas nacionais, subnacionais e locais e os planos de desenvolvimento devem ser cuidadosamente reexaminados a fim de garantir o melhor uso possível da terra e um desenvolvimento econômico geograficamente mais equilibrado, incluindo a proteção de terras cultiváveis indispensáveis; terras que mantêm a biodiversidade, a qualidade da água e a reposição de águas subterrâneas; áreas frágeis, como as costeiras; e outras áreas vulneráveis que necessitam de proteção.

Assim, na perspectiva de uma cidade como São Paulo, em que a função de circular impacta significativamente nas causas para as mudanças climáticas - pois grandes deslocamentos aumentam a emissão de gases do efeito estufa e diminuem a qualidade de vida - o norte da descentralização, privilegiando a criação de pólos regionais, diminui a circulação e cria no bairro a perspectiva do indivíduo exercer as funções de habitar, trabalhar e recrear-

²⁰ *Apud*. LE CORBUSIER. *Planejamento urbano*. São Paulo, Perspectiva, 1971, p. 42 in DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de Direito Urbanístico*. Barueri. Editora Manole. 2004, p. 13.

²¹ Documento aprovado pelo consenso dos países participantes da Segunda Conferência das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos – Habitat II, realizada em Istambul, Turquia no ano de 1996.

se, sem grandes deslocamentos, fazendo com que o bairro seja um centro de atividades múltiplas.

A realidade atual do Município de São Paulo, entretanto, pauta-se pela existência de uma lógica perversa, em que a grande maioria das pessoas mora nas periferias, mas seus empregos estão na região central, forçando-as a grandes deslocamentos diários para a simples circulação casa-trabalho-casa.

Partindo dessas características reais da cidade de São Paulo, abordaremos a seguir as questões discutidas pelo Grupo de Uso e Ocupação do Solo, apresentadas na Cúpula C40 e na Rio+20, capazes de impactar mais diretamente a política de mudanças do clima, para, a seguir, discorrer sobre alguns dispositivos do Plano Diretor Estratégico do Município que, sob nosso ponto de vista, podem ser utilizados para cumprimento da finalidade da lei municipal tratada no presente estudo.

O Grupo de Estudos de Sustentabilidade e Uso e Ocupação do Solo promoveu diversos estudos nos anos de 2010 a 2012, e apresentou algumas propostas, a seguir elencadas, as quais foram expostas na Cúpula do C 40 como parte da pesquisa efetuada pelo Município de São Paulo em matéria de mudanças climáticas²². São elas:

a - **Priorizar o desenvolvimento da Cidade Compacta:**

a.1 - induzindo a implantação de centralidades sustentáveis, adensando onde há capacidade de suporte de viário e de transportes, com qualidade ambiental e urbanística, e adequando a capacidade de suporte onde não há;

a.2 - buscando o equilíbrio da relação emprego/habitante por meio de intervenções urbanas com qualidade ambiental, que estimulem a criação de novas centralidades com diferentes vocações, e requalifiquem e revitalizem as existentes, especialmente junto à rede de transportes de alta capacidade, de forma a garantir maior eficiência dos meios de transporte e a auto-suficiência de setores da cidade;

a.3 - desenvolvendo a regulamentação das Áreas de Intervenção Urbana – AIU junto às redes de transporte público de alta capacidade por meio de Projeto Urbanístico Específico – PUE, que estimulem a instalação de atividades de uso misto adaptadas à vocação do bairro e ao uso habitacional para diferentes faixas de renda, com adensamento compatível com a capacidade de suporte do sistema viário que poderá ser adaptado às novas funções, estimulando a doação para alargamento do sistema viário, promovendo a ampliação de áreas verdes, implantação de ciclovias e/ou ciclofaixas e calçadas verdes com piso aderente, visando à transformação urbanística com qualidade ambiental;

a.4 - aprimorando e expandindo o plano de operações urbanas para reorganizar a cidade e promover melhor ocupação de seus espaços: como a **Operação Rio Verde-Jacu**, que por meio de adaptações da Lei municipal nº 13.872 de 2004, tendo em vista a revisão do Plano de Intervenções, busca incorporar a implantação do Polo Institucional, de melhoramentos viários, implantação de parques lineares, a inserção do novo estádio e de toda a infraestrutura necessária e demais ações estratégicas capazes de alavancar o desenvolvimento da região; como a **Mooca-Vila Carioca** compreendendo parte da área da Operação Diagonal Sul²³; como a **Operação Urbana Lapa-Brás** - compreendendo partes das

²²http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento_urbano/comite_do_clima/grupos_de_trabalho/uso_do_solo/index.php?p=15156. Acesso em 05 de maio de 2012.

²³ Esta Operação Urbana tem por objetivos: promover a reestruturação e requalificação urbanística e ambiental do território, considerando a sua inserção em âmbito municipal e metropolitano; ampliar e qualificar as conexões da malha urbana no sentido Leste-Oeste, integrando os tecidos urbanos segregados pela ferrovia e ampliando as condições de mobilidade existentes, promover a transformação de áreas ociosas, degradadas e deterioradas, assim como de imóveis subutilizados, adequando a área ao desenvolvimento de novas centralidades; qualificar o ambiente urbano por meio da preservação e valorização dos recursos naturais e da proteção e recuperação do patrimônio histórico, artístico, cultural, urbanístico, arqueológico e paisagístico existente no local; promover a criação, ampliação e requalificação de áreas verdes e espaços livres de uso público, aumentando os índices de

áreas das Operações Urbanas Diagonal Norte, Diagonal Sul e Centro, incorporando ainda a totalidade da Operação Urbana Água Branca, cuja revisão para adequação à legislação federal e municipal está em curso²⁴; como as **Operações Urbanas Vila Sônia e Jaguaré-Leopoldina** compreendendo a implantação de melhoramentos viários, implantação de parques lineares a ocupação ordenada do solo compatível com a acessibilidade dada pela operação da Linha 4 do Metrô; como o **Centro de Eventos em Pirituba** compreende a implantação da área de intervenção urbana para abrigar um novo Centro de Exposições e Eventos local em que se prevê que seja realizada a EXPO 2020, exposição na qual São Paulo é cidade candidata a ser sede; como o **Projeto Nova Luz** projeto de concessão urbanística que visa à revitalização de 45 quadras com a consequente ampliação das atividades econômicas e a produção de habitações para todas as faixas de renda, buscando dar início ao processo de revitalização de áreas urbanas com decréscimo de população e com potencial de atração de investimentos, promovendo o adensamento de áreas centrais dotadas de infraestrutura no momento paralisada para estudos²⁵.

b – Priorizar a preservação de mananciais e da biodiversidade:

b.1. - mantendo as intervenções urbanísticas estratégicas integradas para recuperação e preservação dos mananciais de abastecimento de água metropolitanos, fiscalizando, monitorando, quantificando e qualificando os ganhos socioambientais já obtidos, valorizando os serviços ambientais prestados por essas áreas;

b.2 - recuperando a qualidade da água potável nos mananciais das represas Guarapiranga e Billings, por meio da articulação institucional entre as três esferas de governo, fazendo uso da sub-bacia hidrográfica como unidade de planejamento integrado das ações públicas visando à reurbanização dos assentamentos precários situados em áreas de proteção aos mananciais²⁶.

permeabilidade e área verde por habitante, para que funcionem como locais de convivência e relações sociais; promover a instalação de novos usos compatíveis nas áreas potencialmente contaminadas, possibilitando sua inserção funcional no ambiente urbano de forma sustentável, segura e integrada aos demais objetivos elencados; promover o uso otimizado, intenso e equilibrado do solo para fins residenciais e não residenciais, compatível com as redes de infraestruturas instaladas, a sustentabilidade da intervenção e com as características deste sítio, considerando o paradigma da cidade compacta, dentre outros.

²⁴ Essa Operação Urbana tem por objetivos: Superar a barreira metro-ferroviária promovendo a reurbanização de sua orla, que se constitui em importante elemento estruturador e ordenador do território do ponto de vista urbanístico e ambiental, abrangendo a melhoria da mobilidade, da acessibilidade, a reconstituição do tecido urbano pela continuidade do sistema de circulação, a possibilidade de ocupar ordenadamente áreas vazias ou subutilizadas, a indução à ocupação de áreas já urbanizadas com novos padrões fundados no aumento da densidade populacional e construtiva, no equilíbrio entre oferta de moradia e de postos de trabalho, no aumento da permeabilidade do solo, da cobertura vegetal, dos espaços públicos de convívio e lazer. Tais potencialidades exigem do projeto urbano uma amplitude de olhar no sentido de reunir e compatibilizar o atendimento às necessidades locais com o cosmopolitismo dos mais importantes centros urbanos; a adequação às particularidades do sítio, com a linguagem urbanística contemporânea; a atração de investimentos públicos e privados, com a criação de oportunidades para que os atuais moradores e usuários possam também usufruir das melhorias propostas, e por diretrizes: i. Reconstituir o tecido urbano cindido pelo sistema de trilhos e pelo sistema viário estrutural através do rebaixamento do sistema metroviário, da promoção da continuidade do sistema viário coletor e local, da implantação e interconexão de edifícios de interesse histórico, espaços públicos e áreas verdes; ii. Implantar sistema viário de porte estrutural nas áreas liberadas pelo rebaixamento do sistema de trilhos com características de Via Parque, com função estrutural, não expressa, com cruzamentos em nível, com passeios com largura superior a oito metros arborizados, devendo ser prevista ainda faixa para ciclovia; iii. Aumentar as áreas permeáveis e o consequente incremento no índice de arborização, através do plantio de vegetação de médio e grande porte nos espaços públicos e privados, dentre outras.

²⁵ Prefeitura do Município de São Paulo. Diretrizes para o Plano de Ação da cidade de São Paulo para mitigação e adaptação às mudanças climáticas. São Paulo. 2011. p. 50 a 57.

²⁶ *Ob cit.* p. 56.

c – Priorizar a revitalização do sistema de rios e córregos:

- c.1 - ampliando o Programa Córrego Limpo;
- c.2 - estimulando o incremento de áreas permeáveis nos espaços públicos e privados levando em conta a capacidade de absorção do solo;
- c.3 - mantendo e aprimorando os processos de desassoreamento associado a ações de controle de ocupação das cabeceiras de drenagem, promovendo a revitalização dos rios e córregos e a permanente limpeza de galerias pluviais;
- c.4 - mantendo permanentemente programas de educação ambiental²⁷.

d - Priorizar as ações estruturais e não estruturais relacionadas com a macro e microdrenagem:

d.1. - promovendo a renaturalização dos corpos d'água do município de São Paulo e minimizando os danos decorrentes de situações extremas do clima, potencializando a capacidade dos sistemas de Macro e Micro drenagem existentes, tendo como projetos pilotos prioritários as bacias hidrográficas de seis córregos prioritários, para os quais serão identificadas as suas capacidades hidráulicas, os possíveis obstáculos para a vazão, tais como estrangulamentos de pontes, situação de risco, dentre outros, visando à definição de critérios para a priorização das obras estruturais e não estruturais de drenagem, bem como a definição das ações de manutenção e operação que devem ser contínuas e permanentes;

d.2 - priorizando as ações de manutenção e operação das infraestruturas de drenagem instaladas;

d.3 - elaborando Plano de Manejo das Águas Pluviais compreendendo ações para a melhoria da qualidade da água, com prioridade para as ações de saneamento com a implantação de coletores tronco de esgoto ao longo do Rio Pinheiros e despoluição dos seus afluentes, inclusive considerando o carreamento das cargas difusas no sistema de drenagem;

d.4. priorizando os estudos e projetos piloto para as seis bacias hidrográficas: Aricanduva, Cabuçu de Baixo, Ipiranga, Verde (Pinheiros), Cordeiro e Morro do “S”, visando à definição das obras estruturais necessárias para evitar perdas de vida e danos materiais, como subsídio ao Plano Municipal de Drenagem de São Paulo;

d.5 - identificando os pontos recorrentes de enchente no sistema viário de forma a priorizar as ações de manutenção e operação do sistema estrutural de Micro Drenagem;

d.6 - promovendo a ampliação das áreas verdes e a recuperação das áreas de preservação permanente, especialmente as de várzea²⁸.

O projeto piloto, que já está em estudo por todos os Grupos de Trabalho é o de uso e ocupação do solo da Bacia do Rio Aricanduva.

e - Priorizar a captação e o reuso de águas pluviais:

e.1 - incentivando a captação e o reuso de águas pluviais dos grandes empreendimentos (*shopping*, centro empresarial, indústria de alta tecnologia, estabelecimento de ensino, instituições hospitalares, dentre outras);

e.2 - estimulando a instalação de reservatórios de contenção de águas pluviais nos empreendimentos;

e.3 - promovendo a revisão da legislação de uso do solo, no sentido de, em conjunto com outras ações estruturais e não estruturais relacionadas ao sistema de drenagem, buscar soluções adequadas às características físicas do solo e hidrológicas do local do empreendimento²⁹.

²⁷ *Ob cit.* p.57 e 58.

²⁸ *Ob cit.* p. 58 a 60.

²⁹ *Ob cit.* p. 60.

f - Priorizar as inovações tecnológicas nas edificações novas e estimular a adaptação das instalações prediais existentes revitalizando as vizinhanças:

f.1 - propondo e definindo os indicadores urbanísticos e ambientais, incorporando inovações tecnológicas para o controle da sustentabilidade do uso do solo;

f.2 - revendo permanentemente a legislação de uso e ocupação do solo de forma a promover as adaptações necessárias para a sustentabilidade das edificações e para o controle dos indicadores de sustentabilidade do uso do solo;

f.3 - propondo e aprimorando a legislação que trata do tele-trabalho (*Home Office*), com o objetivo de reduzir a mobilidade;

f.4 - aprimorando a legislação sobre recuperação de prédios antigos, flexibilizando os tipos de tombamento de modo a tornar factível a renovação predial, preservando o patrimônio histórico e cultural;

f.5 - estimulando melhorias das vizinhanças a partir do aprimoramento individual de cada edificação e do espaço público;

f.6 - aprimorando a legislação de manejo, supressão e compensação de espécie arbórea³⁰.

g – Priorizar o monitoramento e a eliminação das áreas de risco como o caso mais urgente no campo da adaptação na cidade:

g.1 - ampliando o programa da Operação Defesa das Águas³¹.

h – Priorizar a ampliação e consolidação do Programa de Preservação e Proteção de Áreas Verdes para mitigação, adaptação e prevenção dos efeitos das mudanças climáticas:

h.1 - implementando as ações elencadas no Plano Municipal de Estratégias e Ações Locais pela Biodiversidade, uma vez que as mudanças climáticas também são decorrentes e diretamente relacionadas à perda de áreas verdes e seus elementos, responsáveis pela regulação do clima³².

i - Priorizar a manutenção das Áreas de Preservação Permanente no Município como forma de combater e prevenir efeitos climáticos e adversos na cidade:

As mudanças climáticas também são decorrentes e diretamente relacionadas à perda de áreas verdes e seus elementos, responsáveis pela regulação do clima³³.

j - Priorizar a recuperação de áreas degradadas visando a eliminar ou reduzir riscos para a população:

j.1 - revitalizando áreas sem condições de saneamento adequado e de risco geotécnico, minimizando os riscos e evitando perdas de vida, principalmente na ocorrência de eventos climáticos extremos;

j.2 - ampliando programas de recuperação de áreas degradadas - ocupadas desordenadamente e sem infraestrutura – por meio da urbanização e da regularização fundiária, com o objetivo de transformar favelas e loteamentos irregulares em bairros, garantindo a seus moradores o acesso à cidade formal, com ruas pavimentadas, saneamento básico, iluminação e serviços públicos³⁴.

³⁰ *Ob cit.* p. 60 a 62.

³¹ *Ob cit.* p. 62.

³² *Ob cit.* p. 62.

³³ *Ob cit.* p. 62.

³⁴ *Ob cit.* p. 56.

Trazidas à colação as ideias debatidas pelo Grupo e apresentadas em documento oficial por ocasião do C40 e da Rio+20, cumpre-nos, finalmente, destacar os dispositivos do Plano Diretor Municipal que, no nosso entendimento, podem e devem ser aplicados em suporte à Política de Mudanças Climáticas Municipais.

Creemos que um dos mecanismos que podem servir à criação de pólos regionais – e, portanto, à realização do princípio da chamada “cidade compacta” - é a realização de Operações Urbanas Consorciadas, instituto tratado nos artigos 32 a 34 do Estatuto da Cidade e regrado pelos artigos 225 a 234 do Plano Diretor Estratégico de São Paulo, também já abordado pelo Grupo de Uso e Ocupação do solo.

As Operações Urbanas Consorciadas, mais do que instrumento de estrito desenvolvimento econômico de regiões sub-aproveitadas ou degradadas da cidade, podem e devem ser manobradas para promover a distribuição dos usos e da intensidade de aproveitamento do solo urbano para que locais já dotados de infraestrutura e, portanto, preparados para receber a população, não fiquem ociosos, permitindo que locais não preparados para a ocupação ordenada, como por exemplo, a região de mananciais, possam ser desocupados para proteção do meio-ambiente e da qualidade de vida no meio urbano.

Saliente-se, ainda, que o Plano Diretor de São Paulo, em seu artigo 76, elegeu expressamente entre os objetivos da Política de Urbanização e Uso do Solo a adoção de diversas medidas de aproveitamento da infraestrutura urbana já existente, todas absolutamente compatíveis com a Política Municipal de Mudanças Climáticas:

- I - evitar a segregação de usos promovendo a diversificação e mesclagem de usos compatíveis de modo a reduzir os deslocamentos da população e equilibrar a distribuição da oferta de emprego e trabalho na Cidade;**
- II - estimular o crescimento da Cidade na área já urbanizada, dotada de serviços, infra-estrutura e equipamentos, de forma a otimizar o aproveitamento da capacidade instalada e reduzir os seus custos;**
- III - promover a distribuição de usos e a intensificação do aproveitamento do solo de forma equilibrada em relação à infra-estrutura, aos transportes e ao meio ambiente, de modo a evitar sua ociosidade ou sobrecarga e otimizar os investimentos coletivos;**
- IV - estimular a reestruturação e requalificação urbanística para melhor aproveitamento de áreas dotadas de infra-estrutura em processo de esvaziamento populacional ou imobiliário;**
- V - estimular a mesclagem de usos e garantir a presença de áreas com padrões horizontais de urbanização de uso residencial e de outros usos compatíveis em áreas de alta densidade de usos de serviços, que apresentam saturação da infra-estrutura viária;**
- VI - estimular a requalificação, com melhor aproveitamento da infra-estrutura instalada, de áreas de urbanização consolidada, com condições urbanísticas de atrair investimentos imobiliários; (...)**

Dentre as operações urbanas programadas para próxima implementação na cidade de São Paulo, dentro desse espírito de aproveitamento da infraestrutura urbana existente para organização de Zonas de Microcentralidade, destaca-se a Operação Jacu-Pêssego, na Zona de Leste da cidade³⁵.

Outros mecanismos contemplados no Plano Diretor Estratégico de São Paulo e passíveis de contribuir para o combate às Mudanças Climáticas, agora com enfoque no

³⁵ A Zona Leste da cidade de São Paulo é uma das mais populosas e, ao mesmo tempo, carente de equipamentos públicos e sociais, transporte público eficiente e empregos. Como consequência, grande parte de seus moradores desloca-se diariamente para as outras regiões mais desenvolvidas da cidade –centro-oeste e centro-sul da cidade – onde se concentram as oportunidades de emprego, estudo e acesso a serviços públicos. Espera-se que a Operação Urbana Jacu-Pêssego possa auxiliar a reverter este quadro, por meio da formação de Pólos Regionais ou Zonas de Microcentralidade na Zona Leste paulistana.

incremento das áreas verdes e permeáveis são: a efetiva criação de Parques Lineares e calçadas verdes, a promoção de programas de arborização de vias públicas, a requalificação de passeios públicos, e a implantação de ciclovias³⁶.

Há, ainda, a possibilidade de utilização de mecanismos do Plano Diretor Estratégico para indução do retorno da população à região central da Cidade, salientando que algumas medidas já estão sendo tomadas, como é o caso da reurbanização da Praça Roosevelt e a requalificação da região da Rua do Gasômetro e seu entorno.

Enfim, entendemos que o Município de São Paulo deve incrementar seus esforços na busca do **Desenvolvimento Urbano Sustentável com Qualidade Ambiental**, dando efetiva aplicação aos instrumentos já contemplados em seu Plano Diretor Estratégico de maneira harmônica à Política Municipal de Mudanças Climáticas.

Sem sombra de dúvida, essa sinergia entre a ordenação urbanística e ambiental das áreas urbanas é indispensável para a realização do “direito à cidade sustentável”, entre nós consagrado pelo artigo 2º, inciso I do Estatuto da Cidade, como “o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”.

Considerações Finais

1. A afirmação, perante a comunidade internacional, das autoridades locais como atores essenciais da preservação e proteção ambientais e da promoção do desenvolvimento sustentável, conduziu ao surgimento, no plano interno dos Estados-membros da Convenção-quadro das Nações Unidas contra as Mudanças Climáticas e do Protocolo de Kyoto, de políticas próprias de combate às mudanças do clima, não apenas no âmbito nacional, como também em âmbitos regional e local, com inevitáveis e expressivas repercussões sobre a Política Urbana em seus mais variados aspectos;

2. O fenômeno global de construção de políticas regionais e locais de combate às mudanças climáticas sofre modulações importantes conforme a estrutura política, administrativa e jurídica de cada país;

3. No Brasil, tanto a União quanto os Estados e os Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições constitucionais, são constitucionalmente competentes para editar e executar Políticas próprias de Combate às Mudanças Climáticas;

4. Dada a necessária intersecção entre as Políticas de Mudanças Climáticas e a Política Urbana, incumbe aos Municípios incorporar aos seus Planos Diretores e às legislações próprias de uso e ocupação do solo as medidas que entenderem úteis e necessárias ao enfrentamento das mudanças climáticas como instrumento da construção de cidades sustentáveis;

5. No exercício de suas competências constitucionais, o Município de São Paulo instituiu, por lei própria, a Política Municipal de Mudanças do Clima que, em harmonia com as Conferências Internacionais sobre a matéria, propõe a adoção de medidas de desenvolvimento urbano sustentável voltadas precipuamente ao controle e redução da emissão dos gases com efeito estufa, buscando, assim, conciliar o desenvolvimento econômico e social da cidade com a proteção e preservação do meio-ambiente;

6. No aspecto uso e ocupação do solo, a lei paulistana de mudanças climáticas dispõe que a sustentabilidade da distribuição da população no território seja norteada, como já determina o Plano Diretor Estratégico de São Paulo, pelo princípio da cidade compacta,

³⁶ Já há ações nesse sentido em implantação, como, por exemplo, o Parque Linear das Várzeas do Tietê, na região metropolitana de São Paulo, compreendendo os esforços conjuntos das Prefeituras – de São Paulo, inclusive – e do Governo do Estado.

privilegiando a criação de pólos regionais, ou zonas de microcentralidade, compreendidos como centros de atividades múltiplas, aptos a permitir o exercício das funções de habitar, trabalhar e recrear-se, sem grandes deslocamentos, diminuindo, conseqüentemente, a emissão de gases do efeito estufa e favorecendo a qualidade de vida;

7. O Município de São Paulo deve incrementar seus esforços na busca do desenvolvimento urbano sustentável com qualidade ambiental, dando efetiva aplicação aos instrumentos já contemplados em seu Plano Diretor Estratégico de maneira harmônica à Política Municipal de Mudanças Climáticas.

Referências

DI SARNO, Daniela Campos Libório. Elementos de Direito Urbanístico. Barueri. Editora Manole. 2004.

LAVIEILLE, Jean-Marc. Droit international de l'environnement. 3^e édition. Paris: Ellipses, 2010.

Prefeitura do Município de São Paulo. Diretrizes para o Plano de Ação da cidade de São Paulo para mitigação e adaptação às mudanças climáticas. São Paulo. 2011.

SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. 4^a edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Direito Urbanístico Brasileiro. 4^a edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento_urbano/comite_do_clima/noticias/index.php?p=17542. Acesso em 12 de março de 2011.

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento_urbano/comite_do_clima/historico/index.php?p=15084. Acesso em 19 de março de 2011.

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento_urbano/comite_do_clima/historico/index.php?p=15084. Acesso em 04 de maio de 2011.

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento_urbano/comite_do_clima/grupos_de_trabalho/uso_do_solo/index.php?p=15156. Acesso em 05 de maio de 2011.

<http://www.uncsd2012.org/rio20/index.php?menu=144>. Acesso em 2 de maio de 2012.

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/apresentaaco_comite_municipal_de_mudanca_do_clima_e_ecoecono_1309527435.ppt. Acesso em 05 de maio de 2012.

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/apresentaaco_comite_municipal_de_mudanca_do_clima_e_ecoecono_1309527435.ppt . Acesso em 05 de maio de 2012.

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/apresentaaco_comite_municipal_de_mudanca_do_clima_e_ecoecono_1309527435.ppt. Acesso em 05 de maio de 2012.

RELEVÂNCIA DA ADVOCACIA PÚBLICA NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

Helita Barreira Custódio(*)
Procurador do Município de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Preocupante lacuna nas normas do art. 132 da Constituição Federal. 3. Oportuna elaboração e legítima apresentação da **PEC nº 17 de 2012**, que acrescenta às normas do citado art. 132 e, expressamente, regula a Advocacia Pública nos Municípios. 4. Considerações conclusivas. **APELO**.

1. INTRODUÇÃO

Em breves observações introdutórias, considerando a **importância do Município brasileiro**, num País de dimensão continental (como o Brasil) (1), integrante da Organização Político-Administrativa da República Federativa do Brasil, que compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos (CF, art. 18, c/c art. 1º), sem qualquer exceção ou exclusão, evidencia-se a *relevância crescente dos Governos locais*, de âmbito municipal, em razão de seus crescentes desafios locais com o aumento da população humana, as novas exigências notadamente socioeconômico-ambientais, urbanístico-construtivas, educacionais, sanitárias, profissionais, religiosas, culturais, dentre outras, da política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, de acordo com as diretrizes gerais fixadas em lei federal. O objetivo da citada política de desenvolvimento urbano é *ordenar*, mediante adequado planejamento e obediência aos princípios constitucionais da Administração Pública, *o pleno e equilibrado desenvolvimento das funções sociais das*

(*) Em atenção ao oportuno pedido do ilustre Procurador Dr. CARLOS FIGUEIREDO MOURÃO, conceituado Presidente da Associação dos Procuradores do Município de São Paulo, indispensáveis são as nossas *breves observações* e o nosso *apelo* às Autoridades Legislativas competentes do Senado Federal *em prol da total aprovação definitiva da PEC nº 17 de 2012* em análise, com os nossos cumprimentos ao autor da proposta, Deputado Federal MAURÍCIO RANDS (PT-PE), ao Relator Senador INÁCIO ARRUDA (PCdoB-CE) pela sólida manifestação favorável, ao Presidente da ANPM, DR. EVANDRO DE CASTRO BASTOS, pelas suas oportunas providências em defesa da citada PEC junto a Representantes do Congresso Nacional, ao nosso eficiente Presidente da APMSM e a todos os capacitados e conscientizados Procuradores que vêm contribuindo a favor da PEC nº 17 de 2012, junto aos Membros do Congresso Nacional, finalmente, os nossos reiterados cumprimentos a todos os Deputados Federais que aprovaram, nos dois turnos, com 406 votos, a relevante e oportuna PEC nº 17 de 2012. *Tal PEC* (originada da CD: PEC nº 153/2003), alterando o art. 132, *preenche* a preocupante lacuna ali existente e *adiciona* expressamente a *Advocacia Pública nos Municípios às normas do citado art. 132 da vigente Magna Carta, com o justo e necessário acréscimo constitucional dos Procuradores Municipais em seu conteúdo e alcance*. Em razão da relevância e atualidade da matéria constitucional relacionada com a adequada Administração Pública e com a indispensável administração da Justiça de âmbito local, de repercussão interlocal, estadual, distrital ou nacional, ao bem-estar de todos, convictos são os *nostros reiterados cumprimentos a todos os Legisladores do Congresso Nacional*, que já contribuíram e vêm contribuindo *para aprovação da PEC nº 17 de 2012, com a inclusão do então Presidente do Senado, Senador JOSÉ SARNEY, acompanhados de nossos novos cumprimentos e APELO ao atual Presidente do Senado, Senador RENAN CALHEIROS, e aos demais ilustres Membros do Senado Federal em favor da aprovação total da sólida e constitucionalmente fundamentada PEC nº 17 de 2012.*

Nova manifestação, com nosso reiterado *APELO*, remetida diretamente ao atual Presidente do Senado Federal, Senador RENAN CALHEIROS, via e-mail, em 07-03-2013.

(1) De acordo com o IBGE, o “Brasil ganhou 5 Municípios novos no dia 1º de janeiro de 2013. Com a nova aquisição, o Brasil passou a ter 5.570 Municípios espalhados pelos 27 Estados brasileiros”. Fonte: www.ibge.gov.br (acesso em 5-3-2013).

idades, independentemente da alta, média ou pequena capacidade econômica dos Municípios correlatos, bem como *garantir o bem-estar de seus habitantes* (CF, art. 182, c/c arts. 37, 174 e § 1º). Diante da degradação urbanístico-ambiental notadamente das cidades brasileiras (2), relevante foi a contribuição da conscientizada doutrina e jurisprudência *em prol da ampliada reafirmação da autonomia e das competências dos Municípios brasileiros* (3) para *legislar*, privativamente, sobre “assuntos de interesse local” (CF, art. 30, I, III, V, VIII, c/c outras normas constitucionais sobre *a competência comum, a competência concorrente e a competência suplementar* com as demais Unidades da Federação (CF, arts. 18, 23, I a XII, 24, I, VI, VII, VIII, IX, XII, 30, II) (4).

(2) Neste sentido, dentre as produções jurídicas com sérias advertências sobre a degradação de cidades brasileiras e a necessidade de defensores jurídicos em todos os Municípios, destacam-se nossos trabalhos: 1. *Breves Reflexões sobre Questões Urbanístico-ambientais nas Cidades Brasileiras*, in Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo nº 6/13, CEJUR, Imprensa Oficial, São Paulo-SP, 2008, p. 15; 2. *Cidades Sustentáveis e Instrumentos Políticos Constitucionalmente Incompatíveis*, in Livro em coautoria sobre “SUSTENTABILIDADE E TEMAS FUNDAMENTAIS DE DIREITO AMBIENTAL”, Organizador: Promotor de Justiça José Roberto Marques, em *Homenagem aos ilustres Magistrados Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas*, Editora Millennium, Campinas-SP, 2009, ps. 205 a 252; 3. *Introdução ao Direito Urbanístico*, in FDU n° 50/50, com preocupantes advertências e denúncias sobre graves fatos impactantes em Municípios localizados em todas as REGIÕES DO BRASIL, ps. 67, 69, 70, 71, Ed. Fórum, Belo Horizonte-MG, mar./abr. 2010; 4. *Direito Ambiental brasileiro e competência do Município*, in RT v. 629/28, Ed. RT-SP, março/1988, com nova edição in “DOCTRINAS ESSENCIAIS - DIREITO AMBIENTAL - Edições Especiais REVISTA dos TRIBUNAIS 100 anos”, Organizadores: Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado, vol. I/1179, “Fundamentos do Direito Ambiental - Princípios, Fundamentos, Competência”, Ed. RT, São Paulo-SP, 2011; 5. *Autonomia e Competências Constitucionais em Matéria Urbanístico-Ambiental*, in Livro em coautoria sobre “Direito Ambiental: efetividade e outros desafios” - Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado, Organizadores: Carol Manzoli Palma, Francisco Saccomano Neto e Taísa Cristina Sabinelli de Oliveira, Ed. LEX MAGISTER, São Paulo-SP, 2012, ps. 49 a 93. Trata-se de reflexões diretamente relacionadas com a relevância e a atualidade das desafiantes questões sobre *assuntos de interesse local* (CF, art. 30, I), que impõem aos Municípios a obrigatoriedade de organizar Carreira Jurídica de Procurador para fins, notadamente, de representação judicial e o exercício de atividades de consultoria e assessoramento perante o Poder Executivo, no sentido de contribuir para a paz social e o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades ao bem-estar de sua população (CF, art. 182).

(3) Neste sentido, reporta-se ao nosso livro *DIREITO AMBIENTAL e Questões Jurídicas Relevantes*, Millennium Editora, Campinas - SP, 2005, ps. 335 a 339, com sérias advertências sobre a ampliação de usos do espaço urbano e a agravante degradação dos ecossistemas urbanos correlatos, ps. 161, 162, 163, já com reiteradas advertências sobre o *silêncio da norma constitucional do art. 24 referente à competência concorrente* no tocante aos Municípios, p. 339. Neste sentido, evidencia-se que *a competência legislativa concorrente da União com os Estados e o Distrito Federal inclui implicitamente os Municípios*, como importante Unidade da Federação, autônoma e integrante da Organização Político-Administrativa da República Federativa do Brasil (CF, arts. 1º e 18), notadamente no tocante *às matérias urbanísticas, tributárias, financeiras, ambientais, educacionais, culturais, econômicas, sanitárias, matérias estas de inequívocos interesses locais*, o que impõe as inadiáveis providências dos Representantes do Congresso Nacional (Deputados e Senadores), para elaboração e aprovação de *PEC* no sentido de incluir, expressamente, a competência concorrente dos Municípios nas normas do *art. 24* da vigente Constituição Federal.

(4) Considerando a relevância e oportunidade das inovações jurídico-técnico-científicas introduzidas na vigente Constituição Federal, reporta-se aos nossos trabalhos *DIREITO AMBIENTAL E CONSTITUINTE - Recursos Naturais*, in BDA nº 4, Editora NDJ, São Paulo-SP, 1988, ps. 243, 244, com propostas para introdução do *Direito Urbanístico* e do *Direito Ambiental* de competência de todas as

Unidades da Federação, hoje consolidados nas normas dos arts. 24, I, 225, dentre outras, da vigente Magna Carta, ps. 214 a 249; *Teses ambientalistas para a Constituinte*, in Revista Pau Brasil, Publicação Bimestral sobre Ecologia e Cultura nº 14, DAEE-São Paulo Alternativo, São Paulo-SP, Set/Out, 1986, ps. 32 a 37.

2. PREOCUPANTE LACUNA NAS NORMAS DO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Com as breves observações introdutórias, basta rápida análise do conteúdo e do alcance das normas do art. 132 e parágrafo único, com as alterações da EC nº 19, de 4-6-1998, para se evidenciar a continuidade da inadmissível e preocupante *lacuna* em seu conteúdo e em seu alcance *em razão da flagrante omissão dos Procuradores dos Municípios brasileiros*, cada Município considerado como importante Unidade da Federação, constitucionalmente, com *autonomia inconfundível* com a de entidades similares de países alienígenas, assegurada e garantida pelos expressos princípios e normas constitucionais (CF, arts. 1º, 18, 37, 29, 30, 145, 156, 182, c/c art. 34, VII, c). Neste sentido, é oportuno evidenciar que, ainda na vigência da Constituição anterior, demonstra a melhor doutrina que “os Municípios não podem ser privados, ainda pela Constituição estadual, da competência para organizar os seus serviços”, pois se trata de “entidade intra-estatal, rígida, como a União e o Estado-membro” (5). Evidentemente, considerando as realidades e as peculiaridades dos Municípios brasileiros, num País de dimensão continental, como o Brasil, por evidente determinação constitucional, a *expressa e transparente autonomia dos Municípios brasileiros* compreende: a) *a autonomia política* (competência para eleger prefeito e vereadores); b) *a autonomia legislativa e normativa* (competência para elaborar, discutir, aprovar e promulgar leis e atos normativos sobre todas as matérias de interesse local, *inclusive a elaboração de lei sobre a criação de Procuradoria integrada por Procuradores de Carreira Jurídica para o exercício da Advocacia Pública*, indispensável às Funções Essenciais à Justiça e à administração da justiça vinculada a todos os assuntos de interesse local); c) *a autonomia administrativa* (competência para auto-administrar, organizar e prestar serviços de interesse local); d) *a autonomia financeira e tributária* (competência para instituir e arrecadar tributos municipais: impostos, taxas e contribuição de melhoria), além da básica competência legislativa para *legislar sobre a Lei Orgânica*, com a observância de todas as formalidades constitucionais, sempre com a obediência aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na respectiva Constituição Estadual (6). Trata-se de relevantes atribuições municipais, todas relacionadas, direta e indiretamente, com o exercício de atividades jurídicas, mediante representação judicial e assessoria jurídica perante a Administração Pública local, *por parte de qualificados, capacitados e eficientes profissionais da área do Direito, integrantes, legitimamente, da Carreira de Procurador Municipal*.

Evidentemente, como importante Unidade da Federação, cada Município tem competência constitucional para legislar sobre a criação da Procuradoria Geral do Município e sobre a disciplina da *Carreira de Procurador*, na qual o ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação de conceituados juristas da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases correlatas, para o exercício da *representação judicial do Município* e da *consultoria jurídica no âmbito municipal* em defesa dos interesses públicos locais, com benéficos reflexos interlocais, estaduais,

(5) Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*, t. II, 2ª ed., revista 2ª tiragem, p. 344, Ed. RT-SP, São Paulo-SP, 1973.

(6) Neste sentido, reporta-se ao nosso trabalho *COMPETÊNCIA MUNICIPAL E DIREITO AMBIENTAL*, in Revista de Direito Civil-RDC, v. 65, Ed. RT, 1993, ps. 84 a 103, com recomendações ajustáveis, ps. 99 a 103.

regionais (dois ou mais Estados-membros), nacionais e internacionais (7). Diante da relevância e atualidade da matéria em análise, é oportuno esclarecer que, no âmbito da *Advocacia Pública*, tanto os *Procuradores da União* integrantes da respectiva instituição federal (CF, art. 131, §§ 1º, 2º, 3º) como os *Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*, todos organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, integrantes das respectivas instituições estadual, distrital e municipal (CF, art. 132 e parágrafo único, ainda que implicitamente no tocante aos Municípios por evidente omissão do Legislador Constituinte e do Legislador posterior que aprovou a *PEC sobre a vigente EC nº 19, de 4-6-1998*), todos são responsáveis, sem exceção ou sem exclusão, judicial e extrajudicialmente, de forma semelhante aos *Membros do Ministério Público* (CF, arts. 127 a 130, com as alterações ali previstas), da *Advocacia e da Defensoria Pública* (CF, arts. 133, 134, §§ 1º, 2º), pela observância das “*FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA*” (CF, *Cap. IV do Tít. VI*, arts. 127 a 135), vinculadas ao “dever jurídico-constitucional” e “indispensáveis à administração da Justiça” (8).

Indubitavelmente, em razão da manifesta *interpretação científica em conjunto das normas constitucionais aplicáveis, no raciocínio das normas constitucionais do art. 132 e respectivo parágrafo único em exame, combinado com o dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, da Organização Político-Administrativa e da Administração Pública* (CF, arts. 1º, 18, 37), todas as Unidades da Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) têm competência para legislar, no âmbito dos respectivos territórios, sobre a criação e organização da carreira de procurador, cujo ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, para fins de representação judicial e assessoria ou consultoria jurídica no âmbito das respectivas unidades federadas, sem qualquer exceção ou exclusão. Tanto assim que a vigente Magna Carta não exclui os *Procuradores dos Municípios*, nem estabelece que somente os *Procuradores dos Estados e do Distrito Federal* exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas (CF, art. 132), uma vez que todas as citadas unidades federadas são autônomas (CF, art. 18) e têm competência para legislar sobre assuntos de interesse dos respectivos territórios, como, dentre outros, a criação e organização da *Carreira Jurídica de Procurador*, com a observância das formalidades constitucionais e legais, ao equilibrado desenvolvimento, efetivamente sustentado, em todos os âmbitos governamentais e do próprio País.

(7) Sob este aspecto, reporta-se à nossa exposição sobre *GOVERNOS LOCAIS E MEIO AMBIENTE: REPERCUSSÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS*, in Boletim de Direito Administrativo-BDA nº 10/595, Editora NDJ, São Paulo-SP, 1994, ps. 595 a 604; O mesmo assunto em italiano: *GOVERNI LOCALI ED AMBIENTE: RIPERCUSSIONI NAZIONALI ED INTERNAZIONALI*, in RDC v. 71/117, Ed. RT-SP, 1995, ps. 117 a 128. A *Lei federal nº 8.906, de 4-7-1994*, dispendo sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, estabelece que *estão sujeitas ao regime desta lei*, além do regime próprio a que se subordinam, dentre outros integrantes de carreira jurídica, aqueles “das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional”, art. 3º, § 1º.

(8) Helita Barreira Custódio, *Responsabilidade Civil por Danos a Meio Ambiente*, Editora Millennium, Campinas-SP, 2006, ps. 37, 38.

Neste sentido, de forma lógica, é sempre oportuno recordar que, por força dos expressos princípios e normas constitucionais sobre *a formação da República Federativa do Brasil* constituída em *Estado Democrático de Direito* (CF, art. 1º, c/c arts. 18, 37), a Organização Político-Administrativa da citada República (CF, art. 18) e sobre *a Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, todas as Unidades da Federação* (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), com a respectiva administração pública direta e indireta, *deverão obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa e eficiência*, dentre outros (CF, art. 37), em defesa e preservação dos respectivos interesses públicos à garantia da segurança jurídico-constitucional, à verdade, à justiça, à paz social, ao bem-estar de todos, ao equilibrado desenvolvimento, efetivamente sustentado, das respectivas Unidades da Federação e do próprio País.

3. OPORTUNA ELABORAÇÃO E LEGÍTIMA APRESENTAÇÃO DA PEC Nº 17 DE 2012, QUE ACRESCENTA ÀS NORMAS DO CITADO ART. 132 E, EXPRESSAMENTE, REGULA A ADVOCACIA PÚBLICA NOS MUNICÍPIOS

Indubitavelmente, apesar da omissão injustificável da presença dos Procuradores Municipais, nas normas constitucionais do art. 132 em análise, estes, por expressa e implícita determinação constitucional, sempre exerceram e exercem sua relevante missão jurídica em defesa e preservação dos interesses públicos, dos interesses locais, com muitas vitórias, cujas decisões judiciais precedentes serviram e continuam servindo de sólido fundamento para a elaboração e introdução de vigentes e eficazes normas constitucionais, perante a Assembléia Nacional Constituinte, como as dos arts. 23, III, VI, IX, X, XI; 24, I, VI, VII, VIII, IX, 30, I, VI, VIII, IX; 225, §§ 1º, III, VI, VII, 2º, 3º, dentre outras (9). *Neste sentido, ainda que tardiamente, a verdade sempre deve prevalecer*, como, no presente caso, *com a oportuníssima elaboração e conveniente apresentação da PEC nº 17 de 2012*, em 13-4-2012, de autoria do ilustre Deputado Federal MAURÍCIO RANDES (PT-PE), que *vem preencher* tanto a paradoxal e inexplicável omissão ou a preocupante lacuna como *contribuir para completar, aperfeiçoar e fortalecer as normas do art. 132 e parágrafo único da vigente Constituição Federal*, de forma compatível com *os expressos princípios constitucionais da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito* (CF, art. 1º), *de sua Organização Político-Administrativa* (CF, art. 18) *e da Administração Pública em todos os níveis governamentais*, em benefício de todas as Unidades da Federação, agora expressa e constitucionalmente correta, *com a inclusão dos Procuradores Municipais* em seu conteúdo e em seu alcance, em benefício de todos os Municípios, independentemente de sua situação econômica alta, média ou baixa.

(9) Neste sentido, reporta-se às nossas teses: 1. *Autonomia do Município na Preservação Ambiental*, Ed. Resenha Universitária, São Paulo, 1976, com base na excelente decisão do Egrégio STF no RE 73.876-SP, representada pela diligente Procuradora do Município de São Paulo, Dra. Alexandrina Barrote Ricoy, em defesa do meio ambiente local, ps. 17 a 20, tratando-se de notável precedente, que serviu de base a inovatórias normas constitucionais perante a Assembleia Nacional Constituinte (CF, art. 225, notadamente § 2º). 2. *Forçada migração interna e degradação socio-ambiental das cidades brasileiras*,

in BDA nº 6/431, Editora NDJ, São Paulo-SP, 1988; 3. *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*, Editora Millennium, Campinas-SP, 2006, ps. 498, 499 (254), 500 (255).

Diante da transparente realidade, indubitavelmente, constitucional e oportuníssima foi a elaboração da PEC originária da Câmara dos Deputados com a numeração inicial 153/2003, *substituída pela PEC nº 17 de 2012*, de autoria do ilustre Parlamentar Deputado MAURÍCIO RANDS, já aprovada na Câmara dos Deputados nos dois turnos com 406 votos dos Deputados Federais, bem como com Relatório favorável à aprovação apresentado pelo ilustre Parlamentar Senador INÁCIO ARRUDA (PCdoB-CE), na COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. A todos os ilustres Parlamentares que contribuíram para a aprovação da relevante PEC nº 17 de 2012, que complementa o art. 132 da vigente Constituição Federal, *com a introdução dos Procuradores dos Municípios*, apresentamos, reiteradamente, os nossos leais cumprimentos pela satisfação do dever cumprido em prol da complementação, do aperfeiçoamento e do fortalecimento das normas do art. 132 e parágrafo único da vigente Constituição Federal em defesa das “Funções Essenciais à Justiça”, de forma justa a todos os níveis das Unidades da Federação, sem exclusão ou sem exceção, em prol do interesse público e necessariamente da eficiente Administração Pública, sempre com a obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade ou eticidade, publicidade, probidade administrativa, eficiência, dentre outros, tudo de forma indispensável à administração da Justiça, à paz social, ao bem-estar de todos e ao equilibrado desenvolvimento, efetivamente sustentado, do próprio País.

4. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS. REITERADO APELO

Com estas breves reflexões e demonstrações jurídico-constitucionais, *considerando* a relevância e a oportunidade da PEC nº 17 de 2012 em exame, *considerando* as realidades e peculiaridades dos Municípios brasileiros, *considerando* a necessidade inadiável da complementação, da integração e do fortalecimento das normas constitucionais do art. 132 e parágrafo único *com o acréscimo dos Procuradores dos Municípios*, *considerando* a lentidão no andamento da mencionada PEC nº 17 de 2012 na espera de inclusão na Ordem do Dia desde “8-08-2012” (10), *considerando*, finalmente, a necessidade inadiável de sua aprovação em razão da melhoria e do fortalecimento jurídico nos âmbitos municipais de positivos reflexos nos âmbitos estaduais, distrital e nacional, justificado, fundamentado e convicto é o nosso reiterado APELO, anteriormente já feito ao então Presidente do Senado, ilustre Senador JOSÉ SARNEY (em 17-5-2012), agora ao atual Presidente do Senado, ilustre Senador RENAN CALHEIROS, extensivo a todos os ilustres Membros do Senado Federal, para as providências da inadiável inclusão na Ordem do Dia e a total aprovação definitiva da relevante PEC nº 17 de 2012, por parte de todos os respeitadas Membros do Senado Federal, com o preenchimento da lacuna e o expresso acréscimo dos Procuradores dos Municípios ao art. 132 da vigente Magna CARTA, com a observância das respectivas formalidades constitucionais, tudo em defesa do interesse público e dos progressivos assuntos de interesse local, nos territórios dos “5.570 Municípios espalhados pelos 27 Estados brasileiros” (11), em prol da eficiente Administração Pública local e da indispensável administração da Justiça, de forma integrada, harmônica e segura com as

(10) www.senado.gov.br - Sistema de Tramitação de Matérias - PEC 17/2012. Acesso em 5-3-2013.

(11) IBGE: www.ibge.gov.br - Acesso em 5-3-2013.

demais Unidades da Federação, à paz social, ao bem-estar de todos e ao equilibrado desenvolvimento nacional.

São Paulo, 7 de março de 2013

*Helita Barreira Custódio (**)*

(**) Procuradora do Município de São Paulo, mediante legal concurso público de provas (escrita e oral) e títulos, já com todos os direitos inerentes ao Cargo conquistados; Doutora em Direito e Professora “Livre-Docente” pela Universidade de São Paulo-USP; Aperfeiçoamento em Administração Pública com a tese de pós-doutoramento em Direito Urbanístico pela Universidade de Roma “LA SAPIENZA”; 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.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A REVISÃO DAS NORMAS APLICÁVEIS À DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS URBANOS

Maria Aparecida dos Anjos Carvalho

O instituto jurídico da desapropriação é meio imprescindível para viabilizar a consecução do interesse público e das necessidades sociais, consubstanciadas nas obras que constituem as metas da Administração Pública; logo, há que ser um meio - o mais ágil possível - com fito a conferir resposta satisfatória a tal desiderato.

Observa-se que o D.L. 3.365/41, bem como a Lei Federal 4.132/62 - ainda as disciplinas básicas do instituto - estão ambos a exigir um olhar de renovação e de questionamento.

Por óbvio, diplomas legais, editados para disciplinar necessidades que datam de mais de quarenta anos, não podem estar em absoluta consonância com aquelas que se verificam nos dias de hoje, onde todas as provocações do cenário constituído superpõem-se e desafiam os gestores da coisa pública a, praticamente, “correr atrás do prejuízo”...

Poderíamos começar pelas normas constitucionais que conferem o tom que deve ser seguido por todo o processo referente à desapropriação.

O artigo 5º. inciso XXIV da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 5º. :

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, **mediante justa e prévia indenização em dinheiro**, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

As exceções são aquelas que dizem respeito à desapropriação com escopo de atender à reforma agrária, em que a indenização será prévia e justa, porém, em títulos da dívida agrária.

É de ser ponderado, no entanto, o quanto segue: o artigo 5º. da Constituição Federal detém natureza jurídica de norma programática, geradora dos princípios através dos quais todas as demais normas jurídicas devem ser lidas, inclusive, aquelas alocadas dentro da própria Constituição Federal. Ou seja: as disposições insculpidas nos incisos do artigo 5º. erigem um **filtro normativo** que deve orientar a leitura de todo o ordenamento jurídico. Por este viés principiológico é que foi possível a doutrinadores de proa, recentemente, invadir a fortaleza da coisa julgada e derrubar sua autoridade absoluta para reconfigurar a proteção conferida ao instituto, dentro dos limites em que não se encontre eivada de inconstitucionalidade.

A partir disso, vejamos: o processo expropriatório é um processo de rito especial, dentro do qual apenas será permitido ao proprietário discutir os valores da indenização; ou seja, está interdito ao desapropriado discutir a conveniência e oportunidade da Administração no que tange à obtenção do bem.

Ora, por essa característica peculiar da expropriação, que permanece, até mesmo, diante da ação expropriatória ajuizada – já que não se permite, igualmente, ao Poder Judiciário adentrar o mérito, em si, do ato expropriatório – temos que empreender uma reflexão sobre o alcance do princípio constitucional da justa e prévia indenização em dinheiro – que é a hipótese que interessa de perto ao Município.

Se a indenização deve ser prévia, não teria o legislador constituinte querido ressaltar as sentenças transitadas em julgado em ação expropriatória do pagamento nos termos do artigo 100 da Constituição Federal – ou seja, por precatório?

Deve-se observar que a Lei Complementar 76 de 06-07-1993, que disciplina as desapropriações com fito à reforma agrária, nos termos do artigo 14, pretendeu disciplinar - a nosso ver, com acerto - o pagamento da

indenização diretamente nos autos da ação expropriatória, separando o valor atribuído às benfeitorias (pagas em dinheiro) e o valor da terra nua (em títulos da dívida agrária), mas sem sujeição ao regime de precatórios – exatamente pelo fato de estar subordinada ao princípio constitucional da justa e prévia indenização - seja em dinheiro, seja em títulos da dívida agrária.

No entanto, o STF, em RE 247.866, acabou por declarar a inconstitucionalidade de parte da norma - aquela que se refere ao pagamento em dinheiro - ressaltando o pagamento em títulos da dívida agrária, que não se subordinam, de fato, ao artigo 100, como não poderia deixar de ser.

A pergunta que caberia fazer é se esta é a melhor interpretação a ser conferida ao artigo 100 da CF. Por quê motivo?

A desapropriação está sujeita ao princípio constitucional da prévia indenização – princípio esse que se põe dentro das normas de ordem programática, enquanto o artigo 100 está inserido no corpo ordinário do texto constitucional.

Ora, o artigo 100 deve ser lido sob a luz das normas principiológicas. A indenização expropriatória é ato de força do Poder Público: a parte não pode questionar o mérito, apenas o valor. É justo, portanto, que tendo sido obrigada a ceder imóvel seu à conveniência e oportunidade da Administração, seja, ao menos, indenizada previamente, lembrando-se que a propriedade é um dos direitos que goza de proteção no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Esse espírito, provavelmente, norteou o legislador ordinário a pretender normatizar a desapropriação para reforma agrária, excetuando-a da regra geral do artigo 100 – embora, posteriormente, obstado pela palavra da Corte Constitucional.

Em qualquer outra sentença judicial transitada em julgado contra o Poder Público, a questão, objeto da discussão judicial, quando resulta em obrigação de pagar do ente público, não era antevista **a priori**, ou porque o administrado foi a parte autora e teve procedência da ação, ou porque a Administração, mesmo tendo sido a autora, perdeu a discussão onde poderia

ter saído vencedora; **portanto, o pagamento em precatório justifica-se para que seja possível ao ente público organizar-se orçamentariamente para arcar com os valores a que foi condenado.**

Na desapropriação, tal não se verifica: o Poder Expropriante já sabe que terá que arcar com o pagamento do valor indenizatório, e por menos que saiba qual será o valor definitivo, é perfeitamente plausível a prévia programação com fito a fazer face às indenizações que terá de pagar.

Estando, portanto, em seu plano de metas tais e quais desapropriações, qual a razão de impedir a Administração de depositar diretamente nos autos os valores a que seja condenada?

Indiscutivelmente, haveria até economia para os cofres públicos, que não estaria sujeito a longos anos de juros, de delongas de uma administração para outra com o pagamento de precatórios herdados de outras gestões e que poderiam perfeitamente ter sido previamente equacionados.

Entendemos, assim, que haveria argumentos de ordem absolutamente ética e constitucional para sustentar que as indenizações expropriatórias poderiam estar à margem da disciplina ordinária do artigo 100, deixando consignado que este é o entendimento, por igual, de Alexandre de Moraes.¹

E para que não houvesse o risco de a Administração escolher as ações expropriatórias nas quais faria o depósito das indenizações definitivas, poder-se-ia vincular a imissão na posse – momento mais esperado pela Administração – ao depósito do valor definitivo nos autos, de forma que a imissão na posse já seria um momento preliminar da consequente e rápida transferência da propriedade para o patrimônio público.

Em uma revisão da legislação federal a respeito, não seria disparatada a previsão de prova pericial antecipada: em lugar de laudo prévio, o laudo definitivo já poderia ser determinado, liminarmente, onde as partes teriam o direito de indicar assistentes e apresentar suas críticas à peça do *expert*.

¹ Cf. Moraes, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, pag. 267.

Quer-nos parecer que isso representaria uma garantia para o expropriado, de não arrastar correntes por gerações até conseguir receber o precatório, uma garantia de que não haveria escolha de quem receberia as indenizações, e uma garantia de que a Administração teria seriedade nos seus projetos de obras, de forma a não encarar um processo tão traumático ao administrado como um procedimento banal, confiscatório e de força bruta.

Uma vez feita a obra e afetado o imóvel à finalidade pública para a qual se destina, ou a qualquer outra finalidade pública (**tredestinação lícita**) legitimada estaria, neste momento, a extração da carta de adjudicação. Com isso, se resguardaria, por igual, o administrado de apuros adicionais, caso a Administração incorresse na **tredestinação ilícita** – única hipótese em que a jurisprudência avaliza a ação de retrocessão.

Entendemos, no entanto, que no caso de **adestinação**, ou seja, a inércia do Poder Público em dar utilização ao imóvel desapropriado, haveria, sim, boas razões para conferir ao expropriado, igualmente, o direito à retrocessão, expondo-se, ainda, o Administrador ao questionamento pela via da ação popular, já que empregou dinheiro público em indenização expropriatória que não resultou no pretendido retorno à coletividade.

No que tange ao prazo de vigência do decreto de utilidade pública e de interesse social, entendemos que seria possível sugerir, para ambos os casos, o prazo de quatro anos, sem direito a renovação dentro dos próximos quatro anos, se o administrador público quedar-se inerte durante todo este tempo, e responsabilizando-se, ainda, o gestor pelo ato declaratório inoperante e sem a devida revogação.

É preciso que o administrador público entenda que um decreto de utilidade pública ou de interesse social tem consequências para o administrado e impacto no entorno, no que tange à especulação imobiliária. A publicação do decreto, por si mesma, pode gerar altas artificiais dos imóveis na região, ao mesmo tempo em que inibe o proprietário de vendê-lo, posto que ninguém espontaneamente tornar-se-ia proprietário de um imóvel que lhe seria tirado, logo em seguida, pelo Poder Público.

A penalização, assim, seria circunscrita aos casos de inércia da Administração, não para os casos em que ela entendeu, por bem, revogar o decreto de utilidade pública ou de interesse social – conceitos que bem poderiam ficar subsumidos na expressão **interesse público**, em ambos os casos, dada a generalidade da expressão.

Nas hipóteses em que a Administração verificasse, por exemplo, posteriormente, contaminação ambiental impeditiva do melhoramento, existente no imóvel declarado de interesse público, conforme sugerimos acima, obrigado estaria o gestor a revogar o decreto. Uma situação como essas não poderia ensejar qualquer responsabilidade do administrador que teria o dever de desistir do seu intento, e de autuar o proprietário para promover a descontaminação do seu imóvel, pelo princípio do poluidor -pagador.

Questão que precisaria estar expressa em uma lei que normatiza a desapropriação diz respeito à indenização por fundo de comércio, quando o imóvel é ocupado por locatário.

A jurisprudência vem apresentando a tendência de obrigar o Poder Expropriante a depositar, nos autos da ação expropriatória, o valor do fundo de comércio para que lhe seja concedida a imissão.

Tal entendimento precisaria sofrer temperamentos, posto que, não raro, em situações aberrantes, o Poder Expropriante acaba por ficar refém de pleitos de indenização por fundo de comércio em que os empresários estão bem cacifados para suportar a perda do ponto sem maiores transtornos. A rigor, o locatário é parte estranha aos autos da ação expropriatória – dentro da qual se discute a **perda da propriedade**. Não se pode, como regra, estender a relação processual a terceiro, com prejuízo do interesse público envolvido, devendo o locatário ser remetido, obrigatoriamente, às vias ordinárias, a fim de que não embarace a urgência do interesse da comunidade alocado na causa expropriatória, sendo-lhe facultado pleitear cautelar de produção antecipada de prova (perícia contábil), de forma a embasar a ação ordinária que ele – locatário-comerciante - poderá promover, posteriormente.

Há casos, no entanto, que merecem, de fato, um olhar mais compassivo; por exemplo, nos casos em que o locatário exerce uma atividade empresarial de pequeno porte, em áreas carentes da cidade, onde rapidamente é possível perceber que o desalojamento do trabalho ali exercido não poderá ser absorvido sem um impacto muito profundo - quiçá, mortal - para o comerciante, sua família e os eventuais contratados que ali são empregados. Nesses casos, a lei poderia eventualmente prever, com suporte na legislação que regula a microempresa e empresa de pequeno porte, os requisitos legais objetivos que autorizariam a apuração da indenização pelo fundo de comércio na própria ação expropriatória a quem fosse locatário do imóvel expropriado.

No que tange às desapropriações amigáveis por escritura pública - extrajudiciais, portanto - a prática tem demonstrado o baixo interesse dos administrados em exercitar esta hipótese, devendo-se registrar, ainda, que as desapropriações urbanas geralmente ocorrem nas áreas menos favorecidas da cidade, onde o administrado normalmente não mantém documentação regular de sua propriedade, de forma que os acordos restam inviabilizados.

Acresce que, em nome da transparência com a coisa pública e com fito à preservação dos servidores afetos à matéria de desapropriação, é de todo conveniente prestigiar a judicialização das ações expropriatórias, prevendo-se apenas a possibilidade de acordos no transcurso das ações expropriatórias.

No que tange à urgência, entendemos que é ínsito ao instituto da desapropriação o requisito da imediatidade : não houvesse urgência, imposta por um interesse público candente, não se justificaria o ato expropriatório que guarda um grau elevado de invasividade, exercido sobre um direito constitucionalmente garantido. De forma que o rito especial das desapropriações só se justifica pela urgência. O decreto de interesse público - como estamos sugerindo - em si mesmo, é uma declaração de urgência para a propositura das ações correspondentes, nada impedindo, no entanto, que até a consecução da obra - momento em que a afetação do imóvel a uma finalidade pública está consumada - possa a Administração desistir do feito.

Em uma tal feição normativa, entendemos que os juros compensatórios não podem ser uma rubrica indenizatória objetiva: ela deve ser apurada pela

perícia que deverá apontar o uso que o proprietário do imóvel dele fazia e aquilo que, de fato, possa caracterizar lucros cessantes pela expropriação. Nesse particular, é de ser salientado, por exemplo, a situação peculiar do proprietário que teve imóvel ocupado, nele sendo erigida favela, e que não manifestou qualquer interesse em buscar a solução da posse turbada, praticamente abrindo mão da propriedade. Em uma tal situação, qual seria a justificativa para que se lhe pagassem juros compensatórios? Discutível que o proprietário titulado deva sequer ser indenizado, nesse caso, posto que são os ocupantes que ali se instalaram que suportarão o ônus da retirada forçada.

Juros moratórios incidiriam apenas sobre os valores que, discutidos após a sentença, o expropriado viesse a obter, ou o Poder Público viesse a reaver, considerando que estariam já depositados e caucionados para a discussão.

O valor consignado na petição inicial da ação expropriatória, em nosso entender, deve perder o caráter de oferta e passar a ser considerado como mero valor da causa, não havendo necessidade, portanto, de que seja depositado. A verba honorária do advogado da parte contrária, assim, poderia ser fixada em um percentual a ser definido, nos termos do artigo 20 parágrafo 4º. do CPC, já que vencida a Fazenda Pública, sobre o valor que vier a ser fixado como definitivo.

Em linhas gerais, estas seriam algumas reflexões possíveis no que tange a propostas para alteração da legislação referente ao instituto da desapropriação, não havendo qualquer pretensão de que seja um estudo perfunctório do tema, mas apenas uma tábua para um início de discussão.

DESAFIO KELSENIANO, HERMENÊUTICA E RAZÃO PRÁTICA

Roberto Angotti Junior (*)

Procurador do Município de São Paulo

1. Introdução

Alguns podem estranhar de início o título escolhido. Afinal o que relaciona o Desafio kelseniano, a hermenêutica filosófica e a razão prática? Trata-se de uma abordagem que tangencia a linha de pensamento que analisa a questão da hermenêutica filosófica e seu impacto na filosofia do direito, tendo em vista a revalorização da razão prática como o campo por excelência da definição do direito. Nessa toada, o objetivo primário do presente trabalho é analisar o estado atual da discussão sobre hermenêutica e razão prática no Brasil, sendo escolhida, pelos motivos expostos adiante, a teoria desenvolvida por Eros Grau na obra “Ensaio e Discurso sobre Interpretação / Aplicação do Direito”, estabelecendo um diálogo do autor com a hermenêutica filosófica de Paul Ricoeur.

Em outras palavras, pensamos que, talvez, possamos introduzir na discussão sobre interpretação / aplicação do direito, o chamado “desafio kelseniano”, uma abordagem, se não mais útil, pelo menos mais diversa, admitindo desde já que nem tudo o que é diferente é útil e talvez seja esse mesmo o caso aqui.

Para tanto, após uma breve explanação sobre o desafio kelseniano e a questão da interpretação e aplicação da lei, introduziremos noções gerais sobre a hermenêutica filosófica e, especificamente sobre as ideias de Paul Ricoeur sobre a passagem da teoria do texto à teoria da ação, como forma de chegar à proposta da ontologia como forma de compreensão do direito.

Com base em tais premissas, como objetivos secundários a serem atingidos, intenta-se lançar bases para uma eventual evolução do pensamento de Eros Grau na busca da justiça como sentido do direito.

Em suma, pensamos que, talvez, possamos introduzir à discussão sobre interpretação / aplicação do direito, o chamado “desafio kelseniano”, uma abordagem, se não útil, pelo menos diversa, admitindo desde já que nem tudo o que é diferente é útil e talvez seja esse mesmo o caso aqui.

Por outro lado, deixemos claro: o que se tenta aqui não é superar Eros Grau, mas somente relê-lo sob a perspectiva de um autor com o qual ele aparentemente não

conversa. E talvez lançar aos mais letrados uma perspectiva para, aí sim, tentar uma evolução do pensamento do notável autor escolhido.

2. O “Desafio Kelseniano”

Hans Kelsen¹ recusa a possibilidade de uma teoria científica da interpretação jurídica que nos permita falar em verdade ou falsidade de uma determinada interpretação, distinguindo “interpretação não-autêntica” e “autêntica”, de acordo com a natureza do ato.

A primeira modalidade de interpretação, também chamada “doutrinária”, de certa forma para na primeira fase do ato interpretativo, pois não cabe a ela exercer um ato decisório, à míngua de competência para tanto. Sendo mero ato cognitivo, no máximo serve para demonstrar cientificamente o fenômeno da plurivocidade das normas jurídicas, mas nunca para atribuir-lhes sentido unívoco, sob pena de ultrapassar os limites da ciência, exercendo um ato de vontade, travestido de interpretação jurídica. À ciência do direito caberia apenas elencar os sentidos possíveis da norma jurídica, superando a ficção de uma única interpretação correta.

Apenas a interpretação autêntica decorre de um ato de autoridade, no exercício de uma competência juridicamente estabelecida. É aquela formulada pelo Legislativo na elaboração das leis em atenção aos comandos constitucionais, pelo Executivo na regulamentação das leis e pelo Judiciário na sua aplicação. Embora pressuponha um prévio ato de conhecimento (eu sei), é indissociável a tal interpretação um ato de vontade (eu quero). Apenas essa categoria de intérpretes exauriria o ato interpretativo. Para Kelsen, portanto, na interpretação autêntica é muito mais relevante o ato decisório do que o cognitivo. É esse ato de vontade (político), que supre a plurivocidade inerente ao discurso normativo.

Em uma palavra: se a diferenciação nas interpretações da mesma norma jurídica não se pode fazer pela ciência, mas apenas por ato de vontade, então à doutrina cabe tão somente elencar as muitas significações atribuíveis à norma, silenciando a respeito de sua maior ou menor pertinência.

¹ *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pág. 40 e seguintes.

A frustração epistemológica causada pela falta de fundamento para o desenvolvimento de uma dogmática hermenêutica com base na teoria de Hans Kelsen, cria o que Tércio Sampaio Ferraz Jr.² chamou de “desafio kelseniano”, com o intuito de descobrir como obter, senão uma objetividade total do sentido da norma, a maior objetividade possível. O chamado “desafio kelseniano” é, portanto, o objeto de estudo da teoria da interpretação, segundo o eminente professor.

Seja como for, diferentemente das proposições linguísticas comuns, como reguladora da conduta humana, a norma deve ser interpretada não somente com vistas à plena obtenção do seu significado, mas à obtenção de seu significado de acordo com os ditames da justiça. E, sabido que o discurso jurídico não se encontra infenso à ideologia, no sentido de sempre estar sujeito às opções e escolhas de quem o constrói, sob a influência de fatores políticos, religiosos, econômicos, sociais, culturais, históricos etc, talvez mais importante do que buscar a objetividade da norma, seja buscar a justiça na sua aplicação.

A busca pela justiça é um dos temas mais complexos e certamente a mais importante discussão travada pela Filosofia do Direito. Afinal, nisso parece não residir controvérsia, a justiça é o fundamento do Direito e o seu fim. É pela hermenêutica que se aproxima o Direito da Justiça. Mas será que podemos prosseguir falar em fazer “justiça” simplesmente buscando a objetividade da norma? Ainda há espaço para tal abordagem na filosofia contemporânea? Como a questão da hermenêutica filosófica e da razão prática se insere nesta discussão?

3. Interpretação / aplicação do direito

Ainda hoje, é mais comum do que deveria ser a abordagem eminentemente positivista do desafio kelseniano, tratando a interpretação do direito como uma ciência exata, baseada na simples subsunção lógica do fato à norma e relegando à interpretação autêntica o trabalho de sua aplicação. Mas não cumpre falar aqui de tais casos. A crítica fina requer a escolha das melhores ideias em voga, ainda que sob o risco de não ser bem sucedida. Nesse ponto, a passagem por Dworkin e, por conseguinte, por seus seguidores, é essencial.

Até mesmo em razão dessa dificuldade de objetivação narrada no desafio kelseniano, alguns autores preferem pensar na interpretação não como mera revelação

² *Introdução do estudo do direito*. 4ª Ed, São Paulo: Atlas, 2003, pág. 263.

do conteúdo do direito preexistente, mas como construção do próprio Direito. Embora tal assertiva seja vista com reservas por alguns, muitos atribuem à atividade exegética a função de construção do sistema jurídico. Weber já afirmava ser o juiz criador de uma norma geral como direito objetivo, por que sua máxima iria além do caso concreto³.

Ronald Dworkin parece-nos abordar a questão sob esse ângulo⁴. Ao intentar responder a questão sobre se os juízes devem tomar decisões políticas, o professor britânico aborda a questão sob o enfoque da concepção de Estado de Direito “centrada nos direitos” em contraposição àquela que chama de “centrada no texto legal”, posicionando-se claramente em favor da primeira, em nome da interpretação fundada no conteúdo axiológico dos princípios subjacentes à norma, especialmente no ato de aplicação do direito pelos Tribunais.

Nesse sentido, calcando-se na assertiva de que a interpretação do direito é essencialmente política, o autor afirma ser mais conveniente que uma decisão judicial se fundamente explicitamente em princípios políticos que possam ser testados em face do sistema vigente, do que em supostas bases semânticas neutras que ocultariam, na verdade, convicções pessoais do julgador. Como já se disse, para Dworkin, ante a impossibilidade de neutralidade absoluta do intérprete, clareza é sinônimo de objetividade.

Eros Grau não nega sua raiz dworkiana. É o próprio autor quem afirma que, inspirado no *Taking Rights Seriously*, foi ele quem primeiro tratou no Brasil acerca da mudança de paradigma trazida pela inserção dos “princípios” na discussão acerca da interpretação e aplicação do direito, em capítulo da obra publicada como “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, com que, em 1989, conquistou a titularidade da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mas é no bem mais recente “Ensaio e Discurso sobre Interpretação / Aplicação do Direito” que Grau efetivamente chega naquilo que nos interessa.

Segundo a obra, o intérprete autêntico completa o trabalho do autor do texto normativo, produzindo um novo texto sobre o texto original. Em outras palavras, o juiz produz o direito, complementando o trabalho do legislador⁵. Ou seja, para o autor a interpretação do direito não seria uma atividade de conhecimento, declaratória, no

³ *Economia e Sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Unb, 2000, vol. II, pág. 71.

⁴ *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, págs. 08 e seguintes.

⁵ Op. Cit., p. 60.

sentido de encontrar o sentido do texto normativo, mas sim constitutiva, no sentido de reconstruir a norma a partir do texto e dos fatos.

A norma é composta por texto e realidade, onde estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. O ordenamento jurídico é formado e conformado pela realidade. A concretização da norma implica caminhar do texto da norma para a norma concreta (norma jurídica), para chegar, finalmente, à norma de decisão, aquela que solucionará o caso concreto⁶.

Aqui é essencial a distinção efetuada pelo autor entre a interpretação desenvolvida pelos juízes (intérpretes autênticos) dos “exercícios de interpretação” praticados pelos demais operadores do direito e pela doutrina, faltando aos últimos o ato decisório, momento final da interpretação do direito⁷. Aqui o Eros deixa clara a sua posição eminentemente Kelseniana.

Na parte dedicada ao “discurso”, o autor assim sintetiza o próprio pensamento até ali desenvolvido: *“Alcançado esse ponto de minha exposição, uma breve síntese pode ser ensaiada, na afirmação de que a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar é, assim, dar concreção (=concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (=interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida.”*⁸

O trecho acima transcrito, na parte do livro relativa ao “discurso” de Eros, precede o capítulo intitulado “A interpretação do direito é uma prudência”, no qual o autor, coloca, com precisão, tratar-se o ato de interpretação um “saber prático” a *phrónesis*, a que se refere Aristóteles. Segundo ele, o intérprete autêntico (exatamente no sentido Kelseniano acima visto) ao produzir normas jurídicas, pratica a *juris prudentia* e não *juris sciencia*, atuando segundo a lógica da preferência e não conforme a lógica da consequência, escolhendo entre várias possibilidades corretas.

Após alusão à estrutura da pré-compreensão e ao círculo hermenêutico, o autor coloca o repúdio à metodologia tradicional da interpretação, afirmando inexistirem regras que ordenem, hierarquicamente, o uso dos cânones hermenêuticos, que acabam

⁶ Op. Cit., p. 75.

⁷ Op. Cit., p. 62.

⁸ Op. Cit., p.34.

por funcionar como justificativas a legitimar os resultados que o intérprete escolhera previamente.

Na sequência, o autor propõe a adoção de algumas “pautas” para o exercício de uma interpretação adequada à prudência, concluindo pela preponderância que os princípios devem exercer sobre a interpretação do direito, ante a coerência ao sistema proporcionada por eles. Nesse ponto, reafirma a impossibilidade da neutralidade política do intérprete, que se dissolve na práxis do direito, afirmando que todas as decisões jurídicas, são também políticas.

Em suma, podemos afirmar que Eros Grau, responde ao desafio kelseniano, negando a possibilidade de uma objetividade na interpretação da norma, mas reconhecendo a possibilidade de se chegar a decisões melhores com o exercício da *juris prudentia* lastreada nos princípios.

O autor, ao reconhecer a impossibilidade de um sistema científico ou filosófico neutro, rechaçando o sonho positivista e, de certa forma, admitindo a racionalidade retórica baseada nos princípios, espelha bem a atual situação da discussão em âmbito nacional.

Por outro lado, Eros Grau vai um pouco além, ao admitir a decisão judicial enquanto prudência, com a indispensável referência a fatos e contextos na produção da norma, abordando temas como pré-compreensão e círculo hermenêutico.

É exatamente nesse ponto que sua bem tramada teoria da interpretação e aplicação do direito aguça e frustra o leitor.

4. A hermenêutica filosófica de Paul Ricoeur

A hermenêutica filosófica funda-se, em linhas gerais, na ideia de “dasein”, algo que pode ser traduzido como “ser no mundo”, lançada por Martin Heidegger, em sua obra prima “Ser e Tempo”⁹. Baseada em tal concepção, a chamada “virada hermenêutica” ou *hermeneutic turn*¹⁰, encabeçada por Hans-Georg Gadamer e Paul Ricoeur, a partir do pensamento de Dilthey e Schleiermacher, pugna o abandono da concepção puramente epistemológica da filosofia, na medida em que percebe o sujeito como ser envolvido no processo de conhecimento.

⁹ Campinas, SP: Editora da Unicamp. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

¹⁰ A expressão é de Don Hide em *Hermeneutic Phenomenology: The Philosophy of Paul Ricoeur* (Luiz Rohden, *Hermenêutica Filosófica*, 2002, p. 65).

Foi especialmente com Gadamer que as hermenêuticas tradicionais do século XVIII, conhecidas como a simples arte de ler e interpretar textos, transformaram-se num projeto filosófico mais abrangente de entendimento do mundo, caracterizado em termos do chamado “círculo hermenêutico” e baseado na chamada “descoberta de Heidegger da estrutura prévia da compreensão”¹¹. Em Gadamer, todo entendimento humano é essencialmente um processo interpretativo lastreado na ideia de que somos parte daquilo que pretendemos compreender.

Por outro lado, a filosofia hermenêutica questiona a autossuficiência do método na era moderna, retomando aspectos daquilo que perdemos quando adotamos, sem maiores questionamentos, as verdades do Iluminismo. Trata-se de uma tentativa, ainda pouco explorada, de ir além do empreendimento epistemológico, a fim de buscar respostas que só podem ser obtidas na formulação de uma ontologia interpretativa preponderante. Em poucas palavras, trata-se de colocar a epistemologia sob o controle de uma ontologia prévia. Nas suas várias vertentes, podemos dizer que a hermenêutica filosófica tem em comum pretender articular “lógica e ontologia, historicidade e cientificidade, verdade e método”.¹²

Após traçar as linhas gerais da hermenêutica filosófica e antes de ingressar propriamente na crítica à abordagem feita acerca do tema por Eros Grau, cumpre-nos fincar as bases de onde partirão especificamente nossas premissas: a filosofia hermenêutica de Paul Ricoeur, mais especificamente em alguns artigos publicados na coletânea “Do texto à ação”¹³.

Paul Ricoeur, como ele próprio afirma¹⁴, situa-se numa “variante hermenêutica da fenomenologia”, na medida em que insere na discussão a dialética da compreensão e da explicação, por mediação textual, permitindo a libertação daquilo que ele chama de “idealismo” Husserliano, visando acrescentar precisão analítica à ontologia Heideggero-Gadameriana.

Na nossa modesta opinião, Ricoeur foi quem melhor desenvolveu uma teoria filosófica da interpretação que relaciona signos, símbolos e textos à ação humana. Na obra em questão, a segunda série de artigos¹⁵, assumida como o núcleo da obra e que

¹¹ *Verdade e Método*. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012, pág. 354.

¹² ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002, p. 102.

¹³ Porto: Rés, _____.

¹⁴ *Do texto à ação*, pág. 36.

¹⁵ *Do texto à ação*. II. DA HERMENÊUTICA DOS TEXTOS À HERMENÊUTICA DA AÇÃO, págs. 139 a 275.

nos interessa mais de perto, procura demonstrar, a nosso ver com sucesso, como a interpretação textual pode ser um paradigma da ação dotada de sentido.

Em referência à função do texto¹⁶, Ricoeur sustenta que a referência ao mundo presente, característica da fala, é recuperada mediante da leitura do texto trabalhada como “apropriação” de mundo, sendo a tarefa da hermenêutica, valendo-se de uma articulação com a análise estrutural e despsicologizando a noção de “interpretação” pelos conceitos de Aristóteles e Peirce, fornecer subsídios teóricos para possibilitar o alcance de tal objetivo.

Na sequência, aborda os termos “explicação” e “compreensão” no âmbito da teoria do texto, teoria da ação e teoria da história¹⁷. Segundo o autor, são eles que permitiriam verificar a ruptura epistemológica existente entre as ciências da natureza e as ciências humanas, demonstrando que as competências específicas exigidas pela compreensão trazem uma descontinuidade intransponível entre as duas.

Utilizando o “paradigma do texto” (escrita) e o “paradigma da interpretação textual” (leitura) para demonstrar, respectivamente, a conformação do objeto do primeiro e a aplicabilidade metodológica da segunda, às ciências humanas, o autor chega à sua conclusão final acerca da insuperabilidade do círculo hermenêutico (correlação entre “compreender” e “explicar”) como estrutura do conhecimento aplicada às coisas humanas.

É calcado em tais premissas da filosofia hermenêutica e da teoria da ação, que Ricoeur vai tentar chegar, mais adiante, ao conceito perseguido de “razão prática”¹⁸. É essa singular passagem dos conceitos da filosofia hermenêutica para uma abordagem da razão prática, que fascina na obra ricoeuriana.

5. Prudência e razão prática

Já vimos que Eros Grau, na parte da obra relativa ao discurso, coloca, com propriedade, tratar-se o ato de interpretação de uma “prudência” e não de uma “ciência”. Trata-se de “saber prático”, a *phrónesis*, a que se refere Aristóteles¹⁹.

Com efeito, como já se disse, não há como fornecer leis universais, base do modelo de cientificidade, para um fato que só ocorre uma vez. Não há como utilizar um

¹⁶ *Do texto à ação*. “O que é um texto?”, págs. 141 a 162.

¹⁷ *Do texto à ação*. “Explicar e compreender”, págs. 163 a 183.

¹⁸ *Do texto à ação*. “A razão prática”, págs. 237 a 258.

¹⁹ *Ensaio e Discurso Sobre Interpretação / Aplicação do Direito*, p. 35.

modelo científico universal e determinista quando tratamos de seres dotados de razão, vontade e liberdade, que norteia seu comportamento contingente por fins e valores. Isso não é novo. Aristóteles já o havia percebido. Mas, infelizmente, somente a parcela do seu pensamento que trata das leis gerais e universais do saber foi tomada como paradigma. Com base nesse paradigma, o Iluminismo deu origem ao modelo positivista que obscureceu, por muito tempo, a obviedade das limitações da precisão científica.

Carlos Arthur Ribeiro do Nascimento²⁰, bem resume a noção de prudência aristotélica, segundo São Tomás de Aquino: *Em relação às demais virtudes intelectuais, a prudência delas se distingue porque a inteligência, a sabedoria e a ciência têm por objeto o necessário, ao passo que ela se ocupa do contingente. Nem por isso se confunde com a arte, pois esta se ocupa do contingente no domínio da produção ou fabricação (os factibilia), ao passo que ela se refere ao contingente no domínio da ação (os agibilia).*

Esmiuçando tal ideia na parte relativa ao ensaio, Eros Grau chega à afirmação de Gadamer no sentido de que *“a prudência é, pois, razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto, não é saber puro, separado do ser”*²¹. E prossegue: *“Daí porque afirmo que a problematização dos textos normativos não se dá no campo da ciência: ela se opera no âmbito da prudência, expondo o intérprete autêntico ao desafio desta, e não daquela. São distintos um e outro: na ciência o desafio de, no seu campo, existirem questões para as quais ela (a ciência) ainda não é capaz de conferir respostas; na prudência não o desafio de respostas, mas de existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão”*.

E mais adiante, conclui: *Nem os princípios, nem a argumentação, segundo um sistema de regras que funcione como um código da razão prática, permitirão o discernimento da única resposta correta. Essa resposta verdadeira (única correta) não existe.*

Na sequência da obra, o autor, propondo a já referida superação da concepção da interpretação como técnica de subsunção do fato à norma, informa, baseado em Josef Esser, que a atual reflexão hermenêutica encaminha para a construção de uma *teoria da práxis da aplicação do direito*.

Sob o influxo de ideias similares, mas de resultados diversos, é aqui que Paul Ricoeur tem algo a dizer. Sua concepção de razão prática é, sem dúvida, a mais detalhada e bem construída com a qual já nos deparamos.

²⁰ *A prudência segundo Santo Tomás de Aquino*. p. 370.

²¹ *Ensaio e Discurso Sobre Interpretação / Aplicação do Direito*, p. 100.

Ricoeur, partindo de um conceito elementar, entendido semanticamente no âmbito da teoria da ação como “razão de agir”, passando pela ideia sintática de “raciocínio prático” e sociológica de “regra de ação”, chega ao conceito perseguido de “razão prática” de caráter hegeliano, mas que encontra sua função não como pretensão de saber (razão especulativa), mas como “crítica das ideologias”. Percorreremos parte desse caminho para demonstrar que o conceito de prudência aristotélica merece aprofundamento para que seja realmente útil à interpretação / aplicação do direito.

A primeira preocupação do filósofo francês na abordagem do tema é a satisfação de duas exigências: *“que mereça chamar-se razão, mas que conserve características irreduzíveis à racionalidade técnico-científica”*²².

No ponto de partida, ligado à teoria da Ação, o conceito de razão prática em Ricoeur identifica-se com as condições de inteligibilidade da ação sensata, ou seja, aquela de que um agente pode dar conta a outro ou a si mesmo de tal modo que aquele que recebe este relato aceita-o como inteligível.

Trata o autor da noção de “razão de agir”, ligada à justificação do que fazemos e porque fazemos, na qual a questão da motivação ganha particular relevância²³.

Especialmente na esfera punitiva, podemos pensar, na avaliação dos “motivos” da infração como hipótese de gradação legislativa e judicial das penas, entre outros exemplos que poderíamos levantar sem grande esforço.

Por outro lado, desnecessário frisar a particular relevância que o aprofundamento de tais noções traz para a questão da interpretação e aplicação do direito, considerando que tanto as decisões judiciais, quanto as administrativas, devem obediência ao princípio da “motivação”²⁴.

E aqui já podemos perceber a insuficiência da noção de prudência proposta por Eros. De que tratam as inúmeras páginas gastas para cuidar da aplicação dos princípios, senão de motivação para as decisões judiciais? Percebe-se, portanto, que tal solução (a dos princípios) não teria sequer mais musculatura do que essa primeira noção de “razão de agir” que Ricoeur traz logo no início da sua exposição sobre razão prática.

²² *Do texto à ação*, pág. 237.

²³ *Op. Cit.*, pág. 238.

²⁴ Antecipando uma possível crítica, lembremos que Ricoeur, ao tratar dos termos “explicação” e “compreensão”, equipara os paradigmas do texto e da ação (além da história), razão pela qual a inserção da questão da interpretação do direito aqui nos parece absolutamente adequada.

A migração da noção de “razão de agir” para a de “raciocínio prático” em Ricoeur, marca a migração do enfoque semântico para o sintático, com a introdução de componentes que já não dizem respeito à teoria da ação. Saímos da esfera da motivação para ingressar na esfera da ação ordenada pelos meios. Neste sentido, a noção de razão de agir se relaciona com o caminho a ser percorrido intencionalmente.

Segundo o filósofo *“A ‘sintaxe’ do raciocínio prático que parece a mais conforme aos traços da ‘semântica’ da acção que acabamos de apresentar é precisamente a que se apoia na noção de razão de agir, no sentido de intenção com que se faz alguma coisa. A ideia de uma ordem das razões de agir é a chave do raciocínio prático. Este tem apenas como função pôr em ordem as “longas cadeias de razões” suscitadas pela intenção terminal.”*

Ou como ele mesmo finaliza: *“Regressamos ao que diz Aristóteles: ‘só se delibera a partir dos meios’. O que esta ordenação requer, finalmente, é a distância entre o carácter de desejabilidade e a acção singular. Uma vez posta intencionalmente esta distância, o raciocínio prático consiste em ordenar a cadeia dos meios numa estratégia.”*²⁵

A razão de agir tida por última, a intenção terminal, ou seja, aquela que esgota a série dos porquês para a realização de uma determinada conduta, é o que Ricoeur chama de “caráter de desejabilidade”, e que ordena regressivamente a série de meios encarados para satisfazê-la, mediante o raciocínio prático.

Aqui uma observação deve ser feita. Eros sustenta textualmente que a metodologia tradicional de interpretação funciona tão somente como justificativa a legitimar os resultados que o intérprete escolhera previamente. Ou seja, para ele, na verdade, a decisão é tomada antes mesmo da aplicação da lei. Nesse sentido, o conceito de raciocínio prático que Eros atribuiria ao juiz coincidiria com a noção desenvolvida por Ricoeur até aqui.

O problema, novamente, é que, como deixa claro o filósofo logo no início da sessão seguinte, sua noção de razão de agir, mesmo completada pela de raciocínio prático, ainda está em pleno desenvolvimento, estando *“longe de cobrir todo campo de significações implicadas pelo termo razão prática”*²⁶.

Pretende então o autor ultrapassá-la pela introdução da noção de ação regrada ou normatizada (ação mediatizada por símbolos), inserindo a ideia de que a sensatez da

²⁵ Op. Cit., p. 242.

²⁶ Op. Cit., p. 243.

ação é aferida por regras semânticas e sintáticas que envolvem as convenções da comunidade discursiva.

Note-se que, aqui, como adverte o próprio Ricoeur, a noção de regra não tem relação com coercitividade, mas com o fornecimento de um contexto de descrição para as ações particulares. Como diz o filósofo “*É nos termos de, em função de... tal regra simbólica que podemos interpretar tal comportamento como (significando isto ou aquilo).*”²⁷

E esse é exatamente o contributo dessa noção de ação simbólica para nossa investigação, na medida em que permite ultrapassar o enfoque individual de ação, despsicologizando a noção de razão prática na medida em que lhe introduz um componente sociológico.²⁸

Por outro lado, ao introduzir a noção de norma e de regra, abrem-se novas perspectivas, que superam o mero encadeamento de razões e partindo para a argumentação sobre as premissas maiores do silogismo prático. Já não se trata da distância a ser percorrida pelo raciocínio prático para alcançar a razão de agir tida por última, a intenção terminal, mas de, abrir um novo espaço de jogo, onde pretensões normativas antagônicas convocam a razão prática a arbitrar o debate.

Entra aqui também a concepção de “ideologia”, como sistema de legitimação que da ordem estabelecida. Mas ingressar nessa seara alongaria por demais o debate²⁹. No momento importa mais situar a definição de razão prática nesse estágio do pensamento de Ricoeur.

E só aqui o autor afirma estar “próximo” da noção Aristotélica de *phrônesis*, restando claro que a abordagem da prudência na obra de Eros Grau, teria muito a ganhar com a noção de razão prática desenvolvida por Paul Ricoeur.

6. Epistemologia da distanciação versus ontologia da pertença

²⁷ Op. Cit., p. 244.

²⁸ Op. Cit., p. 245

²⁹ Para chegar à “crítica das ideologias”, Ricoeur, vai, ainda, passar por Kant, que, segundo o autor, embora tenha como mérito ter colocado a questão da liberdade no centro da discussão, moralizou excessivamente o conceito de razão prática, para chegar a Hegel, quem, para ele, tem a proposta mais tentadora, ao fundar na *Sittlichkeit* – na vida ética concreta – as origens e os recursos da ação sensata. Tal ideia, porém, traria uma concepção perigosa ao elevar o espírito acima da consciência individual e mesmo acima da intersubjectividade, hipostasiando a ideia de Estado (págs. 248 a 254).

Ao abordar primeiramente o termo “compreensão” e, posteriormente, a pré-compreensão e o círculo hermenêutico, Eros Grau complementa a ideia já lançada anteriormente de superação da concepção de interpretação do direito predominante até os anos 70 de mero esquematismo de subsunção dos fatos à norma.

Na parte dedicada à prudência, pré-compreensão e círculo hermenêutico³⁰, Grau afirma que a evolução da reflexão hermenêutica permitiu tal superação na medida em que a compreensão escapara ao âmbito da ciência, respeitando ao ser-no-mundo Heideggeriano. Para não correr o risco de ser infiel às ideias do autor, cumpre transcrevê-las textualmente: *“A compreensão escapa ao âmbito da ciência. A compreensão respeita ao ser no mundo (Dasein). E o ser no mundo é um ente que não se limita a colocar-se entre outros entes; é, ao contrário, um ente que se caracteriza onticamente pelo privilégio de, em seu ser – isto é – sendo estar em jogo seu próprio ser [Heidegger 1988:21-22]. Logo, o compreender é algo existencial; a compreensão do ser é, ela mesma, um determinação de ser do ser no mundo³¹ ...”*

Bem colocando a compreensão fora do campo da ciência, o autor segue a linha da hermenêutica filosófica de afirmar não ser o direito um “objeto”, passível de análise exterior com o distanciamento metodológico próprio das ciências naturais. Nesse ponto, Ricoeur vai demonstrar a descontinuidade epistemológica intransponível entre as ciências da natureza e as ciências humanas, ante as competências específicas exigidas pela compreensão³².

É a questão presente em Gadamer³³ acerca da distanciação alienante e da pertença, que Paul Ricoeur aborda ao tratar da “função hermenêutica da distanciação”³⁴, demonstrando de que forma se opera o distanciamento mediado pelo texto, primeiro, pela realização da linguagem como discurso e, segundo, mediante a composição estrutural do discurso como obra, alcançando a noção de “mundo do texto”, essencial para a ideia de que interpretar é explicitar o modo de “ser-no-mundo” (o “dasein” heideggeriano) exposto diante do texto.

Nesse sentido, nada obstante Eros Grau tenha chegado à irretocável conclusão de que a estrutura da pré-compreensão e o círculo hermenêutico repudiam a metodologia tradicional da interpretação, afirmando inexistirem regras que ordenem, hierarquicamente, o uso dos cânones hermenêuticos, que acabam por funcionar como

³⁰ Capítulo XVI do “Discurso” e págs. 106 e seguintes do “Ensaio”.

³¹ pág, 106.

³² *Do texto à ação*. “Explicar e compreender”, págs. 163 a 183.

³³ *Verdade e Método*. 12ª. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

³⁴ *Do texto à ação*, págs. 109 e seguintes.

justificativas a legitimizar os resultados que o intérprete escolhera previamente, curiosamente, o autor propõe a adoção de algumas “pautas” para o exercício de uma interpretação adequada à prudência: (i) a primeira relacionada à interpretação do direito no seu todo; (ii) a segunda, à finalidade do direito; (iii) a terceira aos princípios.

Prosseguindo na leitura dos aludidos cânones interpretativos, percebe-se, com alguma decepção, que o autor, embora tenha sugerido uma abordagem de cunho ontológico ao tratar da pré-compreensão e do círculo hermenêutico, retorna a uma “epistemologia dos princípios”, o que, se à época da publicação de sua tese talvez fosse uma belíssima novidade no País, hoje já nos parece bastante saturada.

Ou seja, o autor abandona a investigação ontológica de “compreender” e parte para um modelo positivista mitigado onde sobressai muito mais o modelo explicativo das ciências naturais do que um paradigma adequado à interpretação dos problemas ligados às ciências humanas.

Embora caminhe na direção da hermenêutica filosófica, Eros não resiste à tentação de retorno à velha fórmula científica da distinção entre sujeito conhecedor e objeto do conhecimento, que, se nas ciências naturais tem por grande mérito a busca da objetividade, nas ciências humanas em geral não tem fornecido soluções satisfatórias.

O problema da obra de Eros Grau, e no mais, da esmagadora maioria dos trabalhos sobre interpretação e aplicação do direito, é que ela simplesmente desconsidera essa diferença entre pertença-ontológica e distanciação-metodológica, trazendo o argumento da compreensão hermenêutica na base de uma teoria da interpretação de cunho essencialmente epistemológico.

E é justamente isso que incomoda na obra de Eros grau. Embora invoque a hermenêutica filosófica como base para a compreensão da norma, coloca toda força de sua argumentação na epistemologia dos princípios, no velho e bom sistema de subsunção do fato à norma que ele mesmo critica.

Cumprе lembrar que José Reinaldo de Lima Lopes³⁵, numa crítica direta a Ronald Dworkin, bem demonstrou a falsidade da solução dos princípios no âmbito do juízo, demonstrando a que não há diferença lógica entre princípios e regras, e que a substituição das últimas pelos primeiros não garante o bom procedimento de raciocínio prático.

³⁵ *Juízo Jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras*. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/901>. Acesso aos 02/06/2013.

Em suma, embora admita a importância do fenômeno da compreensão no âmbito da hermenêutica filosófica, Eros não processa a ruptura filosófica que se poderia esperar de migrar de uma “epistemologia” para uma “ontologia” do direito, retomando a já saturada solução dos princípios.

Num possível aprimoramento do pensamento do autor, a cargo de quem se qualifique para tanto, parece-nos plausível propor uma extensão do papel da hermenêutica filosófica no sentido de compreender o fenômeno jurídico em sua integralidade.

Uma ideia a ser desenvolvida seria, em linhas gerais, relativizar a indutividade condutora à atual formulação das teorias interpretativas tradicionais, procurando fornecer elementos à compreensão do justo mediante uma perspectiva ontológica, investigando em que medida esta nos auxilia a compreender a essência do direito, sem a total submissão ao distanciamento metodológico das epistemologias tradicionais.

A tarefa da hermenêutica proposta por Ricoeur no que se refere especificamente à interpretação e aplicação do direito parece-nos que é reconstruir o sentido da norma, pela compreensão, que possibilita uma arte de conjecturar em relação ao significado do texto, colocada à prova, posteriormente, pelo método da ‘validação’, momento explicativo que constitui a cientificidade das ciências humanas, mas que será sempre uma operação subordinada à prévia “compreensão”. Lembrando que a epistemologia da explicação estará sempre em posição ancilar à ontologia da compreensão que a precede.

A compreensão traria a verdadeira fonte de significado, fundada na ação e na consequente normatividade social decorrente da prática, sendo a interpretação secundária e meramente reflexiva, utilizada somente no caso de interrupção da compreensão. Ou seja, a compreensão é fundamental para o nosso papel como participantes nas práticas sociais e, logo, no direito. A interpretação, ao contrário é uma atividade em que nos envolvemos quando nossa compreensão de como continuar numa prática é rompida³⁶.

Pensamos que uma teoria, como a de Eros, que pretende ligar a filosofia hermenêutica à prudência aristotélica e, logo, à razão prática, necessariamente deve percorrer Paul Ricoeur, na medida em que deve perseguir a compreensão dos fatos jurídicos como ação, buscando seu sentido através da linguagem. Uma ontologia da

³⁶ PATTERSON, Dennis. “Wittgenstein on understanding and interpretation” (Comments on the work of Thomas Morawetz). Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877284. Acesso aos 05/06/2013, pág. 131.

justiça, buscada pela hermenêutica filosófica a quem o autor, aparentemente rende homenagens, deve estar preocupada em responder diante de tais fatos: “qual o sentido do direito para fazer justiça neste caso concreto?”

7. Conclusões

No limiar da mais avançada jusfilosofia os cânones do “desafio kelseniano” não mais se sustentam. Não porque se tenha conseguido atingir, enfim, técnicas que levem a uma objetividade da norma. A própria racionalidade dialético-retórica³⁷ já havia desistido do intento ao se firmar em raciocínios meramente verossímeis, prováveis, plausíveis, admissíveis, situando em seus lindes a doutrina nacional que trata do assunto, regra à qual Eros Grau não representa exceção.

O autor que acertadamente recusara a possibilidade de objetividade na produção da norma concreta, admitira a decisão judicial como uma prudência, ligando-a a questão da razão prática e até ameaçara enveredar para uma abordagem hermenêutico-filosófica do problema, parece arrepender-se, passando a trabalhar, ainda que não declaradamente, se não num modelo cientificista, pelo menos em termos da já saturada e insuficiente racionalidade discursiva dos princípios.

Isso é louvável, no sentido de evitar que algo injusto e reprovável seja considerado vitorioso num discurso, vale dizer no caso, numa decisão judicial, mas a semente da razão prática e da hermenêutica lançadas poderiam fazer ir mais além. Há interpretações melhores que outras, é verdade, e neste ponto a solução dos princípios é válida. O que não dá é para negar a influência da ideologia em tais decisões. O próprio Hart afirma que os tribunais ingleses frequentemente desmentem (leia-se “mascaram”) a sua atividade criadora colocando as coisas em termos de mera revelação do conteúdo do direito preexistente³⁸.

Nesse sentido, a hermenêutica filosófica parece ser a melhor forma de encarar o tema com honestidade, na medida em que sua consistência filosófica se funda justamente na admissão de suas próprias limitações. Por outro lado, parece-nos que Paul Ricoeur tem muito a contribuir com essa discussão. Afinal, o juízo da razão prática não é um ato de conhecimento. Sua utilidade é produzir ação e não teoria. Com Ricoeur,

³⁷ Sobre a superação da “racionalidade dialético-retórica” pela hermenêutica filosófica ver ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002, p. 45 e segs.

³⁸ *O conceito de Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2012, pág. 176.

talvez possamos, afinal, passar de uma discussão sobre o texto, para uma discussão sobre a ação.

Nesse arcabouço teórico, compreensão e prudência, interpretação e prática, andam sempre juntas. Eu passo a conceber o direito como ação. As normas não descrevem, nem constataam, mas dirigem a nossa ação. O homem mantém ou muda o direito não só legislando, interpretando-o e aplicando-o, mas agindo. E o direito muda, quando o homem muda a sua compreensão sobre si. Ele se compreende e deve ser compreendido dentro desse processo. E, como afirma Charles Taylor³⁹, a nossa interpretação de nós mesmos e nossa experiência, são constitutivas do que somos e, por conseguinte, não podem ser consideradas como um mero ponto de vista sobre a realidade, objetivamente narrável. É aqui que os postulados da hermenêutica filosófica, mediante a razão prática, merecem ser aprofundados como uma ontologia do direito.

Enfim, esses são os desafios de quem, por ora, envereda pelo caminho da filosofia hermenêutica. A extensão do uso dos seus postulados é ainda uma incógnita.

Não desconhecemos as críticas, advindas principalmente da filosofia analítica, que veem na compreensão, e em outros recursos da hermenêutica filosófica, uma insuficiência de recursos para examinar a validade dos textos interpretados. É que, certamente, sua preocupação vai além da exegese clássica. E, de qualquer forma, se a hermenêutica sem a filosofia analítica carece de objetividade, certamente a filosofia analítica sem a hermenêutica carece de conteúdo.

Também não desconhecemos as críticas no sentido de que a filosofia hermenêutica mal aplicada, ao abolir a busca pela objetividade e relativizar a verdade, pode dar ensejo a formas inaceitáveis de arbítrio. Ocorre que isso também se dá na racionalidade discursiva. Apenas entendemos que a honestidade da hermenêutica filosófica em admitir o imponderável, refutando a objetividade e a autoridade do método no âmbito das ciências humanas, torna o saldo positivo.

No mais, estamos cientes de que nosso trabalho nada representa em termos de evolução da ontologia proposta. Como dissemos, isso é tarefa que deixamos para quem se sinta qualificado para tanto.

(*) Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura.

³⁹ *Human Agency and Language – Philosophical Papers 1*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pág. 45.

Professor e Conselheiro-Curador da Escola Superior de Direito Público Municipal da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo. Professor da Funenseg – Fundação Escola Nacional de Seguros

Bibliografia

AQUINO, Tomás. *Comentários à Ética a Nicômaco*. Livro I, 1-8 (trad. de José Reinaldo de Lima Lopes).

_____. - *Suma teológica*, Iae, Iae, Q. 94, art.2o. (trad. de José Reinaldo de Lima Lopes em Lopes, Queiroz e Acca (2008) *Curso de história do direito*, São Paulo, Método, p. 54-56)

ARISTÓTELES. *Poética*. Tradução de Edson Bini. São Paulo, Edipro: 2011.

_____. *Ética a Nicômano*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Claret, 2001.

AUBENQUE, Pierre. *A prudência segundo Aristóteles*. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo, Discurso Editorial / Paulus: 2008.

DESCARTES, Rene. *Discurso sobre o método*. São Paulo: Edipro, 2006.

_____. *Os pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Estudos de Filosofia do Direito*. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Introdução do estudo do direito*. 4ª Ed, São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Nova revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 12ª. ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

GRISEZ, Germain. (2007) *O primeiro princípio da razão prática*. (trad. José Reinaldo de Lima Lopes) *Revista Direito GV*, v. 3, n. 2, p. 179-214.

HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Edição Bilíngue – Português e Alemão. Tradução de Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012

HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*. Tradução de Paulo Menezes. Petrópolis: Vozes, 2011.

HUSSERL, Edmund. *Investigações Lógicas: Investigações para a fenomenologia e Teoria do Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes e outros. *O Direito na História*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2009.

_____. *Hermenêutica e Completude do Ordenamento*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 26, nº 104, out/dez 1989. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/181976>. Acesso aos 02/06/2013.

_____. *Juízo Jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 40, nº 160, out/dez 2003. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/901>. Acesso aos 02/06/2013.

MACCORMICK, Neil. *Contemporary legal philosophy: the rediscovery of practical reason*. *Journal of Law and Society*, 10, 1983, pp. 1-18.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito - Crítica de Pensamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2000.

NASCIMENTO, Carlos Arthur Ribeiro do. *A prudência segundo Santo Tomás de Aquino*. *Síntese nova fase*, v. 20, n. 62, p. 365-385, 1993.

PATTERSON, Dennis. "Wittgenstein on understanding and interpretation" (Coments on the work of Thomas Morawetz). Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=877284. Acesso aos 05/06/2013.

RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto: Rés, _____.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22. ed. São Paulo: Cortez Ed., 2002.

TAYLOR, Charles. *Human Agency and Language – Philosophical Papers 1*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TULLY, James. “Wittgenstein and political philosophy: understanding practices of critical reflection”, *Political theory*, 17 (2), pp. 172-204. Disponível em <http://www.jstor.org/discover/10.2307/191248?uid=2&uid=4&sid=21102367378377>. Acesso aos 05/06/2013.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (a partir da quinta edição, revista, anotada e organizada por Johannes Winckelmann). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Edição Brasileira. 2d. São Paulo: Edusp, 1994.

_____. *Philosophical investigations*. 3. ed. Revista. Oxford: Blackwell, 2001.

O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL: O NOVO ENFOQUE DO ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL¹

Rodolfo De Camargo Mancuso (*)
Procurador do Município de São Paulo

Resumo: O estudo intenta demonstrar que o conteúdo do inciso XXXV da CF – usualmente tomado sob acepções diversas, tais a universalidade ou ubiquidade da jurisdição, ou mesmo a sede do direito de ação – reclama releitura atualizada e contextualizada, a fim de se preservar sua utilidade e mantê-lo aderente às novas circunstâncias e necessidades da massificada e conflituosa sociedade contemporânea, comprimida num mundo de economia globalizada. Essa releitura é ainda necessária à vista da notória e crescente crise numérica de processos, que avulta muito além da capacidade instalada da Justiça estatal. Ao final, sugere-se um apêndice ao art. 3º do PLC nº 8.046/2010, sobre o novo CPC, cujo conteúdo concerne ao tema ora versado.

Abstract: This study aims at demonstrating that CF's section XXXV - usually employed in different senses due to the universality and ubiquity of our jurisdiction, or even regarding the *locus* of the right of action – claims an updated and contextualized re-reading in order to protect its usefulness and to maintain it adherent to the new circumstances and needs of our massified and conflictive society pressed in a world of global economy. This reexamination is also necessary in view of the notorious and crescent crisis in the number of processes that far surpasses the present capacity of the State justice. At the end we suggest an addendum to article III in the law project about the new CPC (PLC 8.046/2010), whose content refers to the theme above mentioned.

Palavras-chave: Jurisdição. Acesso à Justiça. Meios alternativos de resolução de conflitos. Resolução CNJ nº 125/2010 e a Política Judiciária Nacional.

Keys words: Jurisdiction. Access to Justice. Alternative Dispute Resolutions. National Judiciary Council – Resolution nº 125/2010. National Judiciary Politics.

Sumário.

1. Os múltiplos sentidos da leitura tradicional do art. 5º, XXXV da CF: universalidade / ubiquidade da jurisdição; garantia de acesso à Justiça; a judiciabilidade como manifestação de cidadania. O discurso da facilitação do acesso e suas externalidades. O *critério*

¹ O presente estudo resulta do desenvolvimento da exposição que fizemos por ocasião das IX Jornadas de Direito Processual, no painel “Meios alternativos de resolução de conflitos”, evento realizado sob os auspícios do Instituto Brasileiro de Direito Processual, no Rio de Janeiro, de 29 a 31 de agosto de 2012. Originalmente publicado na Revista dos Tribunais, v. 926, dez./2012, p. 135-176.

quantitativo no manejo da sobrecarga judiciária: o aumento da oferta, retroalimentando a demanda. A *cultura demandista*, fomentando a crise numérica de processos, em detrimento da pacificação social. 2. A leitura contemporânea e objetiva (não irrealista ou ufanista) do inciso XXXV do art. 5º da CF. A superação da acepção (hoje anacrônica e impraticável) do monopólio estatal de distribuição da justiça. As *faixas de insindicabilidade judicial* em face da *reserva do possível* e do *mínimo existencial*. 3. O inciso XXXV da CF, visto pela Res. CNJ nº 125/2010 – institui a *Política Judiciária Nacional* – como um *sistema de justiça*, abrangendo órgãos judiciais e outros meios e modos de resolução de conflitos. A *cultura da sentença*, a ser gradualmente superada pela *cultura da pacificação* (Kazuo Watanabe). 4. A *jurisdição compartilhada*, afinada à tendência de *desjudicialização dos conflitos*: (i) controvérsias desportivas submetidas, primeiramente, à Justiça Desportiva (CF, art. 217, § 1º); (ii) decisões dos Tribunais de Contas, de cunho pecuniário, formando título executivo (CF, art. 71, § 3º); (iii) consignações em pagamento realizáveis nos Bancos oficiais (CPC, art. 890, § 1º, cf. Lei 8.951/94); (iv) o compromisso de ajustamento de conduta, viabilizando a extinção do processo com julgamento do mérito (Lei 7.347/85, § 6º do art. 5º, c/c CPC, art. 471-N, V); (v) convenção de arbitragem; (vi) plano de recuperação extrajudicial de empresa (Lei 11.101/2005, art. 161); (vii) inventários, partilhas, divórcios consensuais e testamentos realizáveis nos Tabeliães (CPC, arts. 982 e 1.124-A, cf. Lei 11.441/2007); (viii) Dispensa de ajuizamento de ações e de recursos com parca ou nenhuma possibilidade de êxito: a experiência da AGU; (ix) a regularização fundiária urbana, feita diretamente no Registro de Imóveis; (x) o CADE é “*entidade judicante*, com jurisdição em todo o território nacional” (art. 4º da Lei 12.529/2011). 5. Releitura do interesse de agir, consentindo a exigência de prévia tentativa de resolução da pendência junto a agentes, órgãos ou instâncias para-jurisdicionais. 6. O PL da Câmara Federal nº 8.046/2010, sobre o novo CPC, art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”. Visão crítica e proposta de inclusão de apêndice.

1. Os múltiplos sentidos da leitura tradicional do art. 5º, XXXV da CF: universalidade / ubiquidade da jurisdição; garantia de acesso à Justiça; a judiciabilidade como manifestação de cidadania. O discurso da facilitação do acesso e suas externalidades. O *critério quantitativo* no manejo da sobrecarga judiciária: o aumento da oferta, retroalimentando a demanda. A *cultura demandista*, fomentando a crise numérica de processos, em detrimento da pacificação social.

Remonta às priscas eras romanas a classificação (dita *summa divisio*) do Direito em *Público* e *Privado*, sob o critério da *utilitas*, ficando a cargo do primeiro ramo a positivação de normas concernentes ao Estado e à sociedade gentílica da época, enquanto ao segundo ramo, por exclusão, tocou a regulação dos assuntos de precípua interesse dos particulares; assim o prescrevia o conhecido fragmento de Ulpiano: “*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*”. Tudo o mais que porventura não se enquadrasse numa ou noutra daquelas vertentes, ficava relegado a um segundo plano, uma sorte de *limbo jurídico*, e assim se passava com a coisa concernente a todos (*res communes omnium*), ou aquela sem valor (*res nullius*) e, ainda, a coisa perdida ou abandonada (*res derelicta*).

Compreende-se um tal contexto histórico, visto que o Direito Romano era particularmente individualista e patrimonialista, razão pela qual o direito subjetivo vinha centrado no critério da *titularidade*, ou seja, da afetação de um bem a um sujeito determinado, que dele poderia usufruir

com exclusividade, cabendo a possibilidade de judicialização em caso de resistência por terceiro, donde o clássico conceito de Celso mesclar as noções de direito material e processual: *Nihil aliud est actio quam jus iudicio persequendi quod sibi debetur* (D.44, 7,51). José Cretella Júnior assim explica essa interação: “Direito e ação são conceitos estreitamente conexos no sistema jurídico romano. O romano concebe e enuncia o direito mais sob o aspecto processual que material. Durante toda a época clássica, o direito romano é mais um sistema de *actiones* e de meios processuais do que de direitos subjetivos”.²

Esse sentido *processualista* do direito atravessou os séculos e projeta reflexos ainda na atualidade, mormente nos países filiados ao sistema *civil law*, dos direitos codicísticos, podendo-se, dentre nós, vislumbrar um resquício daquela antiga concepção no art. 75 do anterior Código Civil: “A todo o direito corresponde uma ação que o assegura”, bem se podendo, por exemplo numa moléstia possessória, aí antever tanto uma ação judicial (reintegratória) como a ação de direito material: o ato de desforço pessoal em defesa da posse.³

Dado o caráter individualista e patrimonialista do direito romano, compreende-se que um interesse ou valor de largo espectro, cuja fruição se espraiasse por toda a coletividade, não se enquadrasse no apertado conceito de direito subjetivo e nem tampouco no conceito de ação, já que esta era atribuída ao afirmado titular do direito material. Para contornar essa dificuldade e permitir que o interesse da comunidade pudesse ser tutelado judicialmente através de um dos seus integrantes, instituiu-se a *actio popularis*, com respaldo no fragmento de Gaio, que abria uma fenda no rígido sistema de legitimação ativa, centrado na titularidade do direito: “(...) alterius nomine agere non licebat nisi pro populo” (IV, 82).⁴

Outro resquício das fontes romanas pode ser identificado em nosso regime de legitimação processual no âmbito da jurisdição singular, no qual, em regra, o autor da ação se apresenta em nome próprio, na defesa do seu interesse, assim *coincidindo* a situação de vantagem descrita no direito material com o agente que se apresenta no polo ativo (não por outro motivo, se diz que o interesse de agir deve ser real, atual e...*pessoal*), de tal arte que a ruptura desse esquema dito da *coincidência* ou da *correspondência* só ocorre em registro excepcional, nominando-se, *pour cause*, legitimação extraordinária ou anômala (CPC, art. 6º).

É interessante observar que, passados muitos séculos, as coisas comuns a todos (*res communes omnium*), que de início sofriam restrições no campo processual, pelo fato de não virem afetadas a um exclusivo titular, hoje beneficiam de especial proteção, através de mais de um instrumento (dentre nós, notadamente, as ações civil pública e popular), por conta de uma notável alteração na condição legitimante: passou-se a entender que os interesses metaindividuais, justamente por se tratar de valores e interesses “sem dono” (*rectius*: sem titular exclusivo) deveriam, *pour cause*, beneficiar de uma tutela diferenciada e potencializada, até porque os direitos subjetivos individuais preordenam-se, naturalmente, a serem protegidos por seus respectivos titulares, *pro domo sua*. A judicialização de interesses e valores concernentes a sujeitos indeterminados, referenciados a um objeto indivisível, radica, portanto, no entendimento de que nos conflitos metaindividuais (que eclodem na contemporânea sociedade de massa, comprimida numa economia globalizada), a condição legitimante se desloca, do tradicional critério da titularidade, para o binômio *relevância do interesse – representatividade adequada* do portador judicial.

² *Direito Romano*, São Paulo: RT, 1963, p. 262.

³ O vigente Código Civil – Lei 10.406/2002 não recepcionou esse dispositivo, mas um conteúdo algo semelhante se colhe no art. 189: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

⁴ Para um melhor desenvolvimento desse tópico, v. o nosso *Ação Popular*, 7ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 48.

Essa evolução conceitual do direito de ação, agora direcionado à jurisdição coletiva,⁵ possibilitou a gradual e crescente positivação de diversos instrumentos processuais nesse campo, identificáveis, em apertada síntese, por três características: (*i*) uma legitimação ativa *concorrente-disjuntiva*, na feliz dicção de José Carlos Barbosa Moreira, fundada no binômio antes referido; (*ii*) um objeto litigioso de largo espectro, concernente a toda coletividade ou ao menos a um expressivo segmento; (*iii*) uma coisa julgada de eficácia expandida, *erga omnes* ou ao menos *ultra partes*.

Escrevendo ainda antes da positivação dos *interesses metaindividuais* (Lei 8.078/90, art. 81, § único e incisos), José Carlos Barbosa Moreira já reconhecera que, ao lado das relações interindividuais, “vai crescendo incessantemente o número e o relevo de situações de diferente corte, em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas. Essas situações também podem e costumam servir de nascedouro a conflitos de interesses, cuja frequência e gravidade aumentam dia a dia”; adiante, asseverava “a serventia da ação popular em matéria edilícia, como instrumento de proteção do ‘interesse difuso’ na preservação da racionalidade do desenvolvimento urbano”.⁶ (Hoje, esse valor se insere na *ordem urbanística*, objeto dos arts. 182, 183 da CF, explicitados no *Estatuto da Cidade* – Lei 10.257/2001, e objeto de tutela pela ação civil pública – Lei 7.347/85, art. 1º, VI).

Hoje não resta dúvida de que a jurisdição estatal abrange os históricos de danos temidos ou sofridos, assim no plano individual como no coletivo, valendo observar que, na jurisdição singular, podendo (*rectius*: devendo) o juiz coartar a formação de litisconsórcio ativo facultativo muito numeroso (dito multitudinário ou *monstrum*: CPC, § único do art. 46), aí mesmo está sinalizado que ocorrências envolvendo muitos sujeitos escapam ao âmbito das ações individuais, devendo ser manejadas nos quadrantes da jurisdição coletiva. Justamente porque a sociedade massificada é propícia à formação de conflitos de largo espectro, compreende-se a gradual pujança do processo coletivo, a ponto de o PL da Câmara Federal nº 5.039/2009 - inicialmente pensado no contexto de um Código Brasileiro de Processos Coletivos e, depois, redirecionado para uma nova ação civil pública - prever no art. 64: “As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais”.

Outro aspecto a ser sobrelevado é que, embora o acesso à Justiça, objeto do art. 5º, XXXV da CF, não distinga entre pessoas físicas ou jurídicas, e, dentre estas, as de direito público ou privado, não há negar que, por conta de uma certa *divisão de trabalho*, que remonta à separação entre os Poderes, à Administração Pública ficou reservada a gestão do interesse social, a título primário e imediato, provendo sobre os valores e interesses maiores da coletividade e do próprio Estado, seja aplicando a lei de ofício ou adotando condutas discricionárias, ao passo que ao Judiciário ficou reservada a intervenção *a posteriori* (função dita “substitutiva”), ou seja, após configurado um conflito tornado impossível entre os interessados (ou então nas ações ditas *necessárias*). Assim se passa porque o interesse de agir reclama a necessidade/utilidade da Justiça estatal, e esse binômio não se configura se e enquanto um afirmado direito não está ameaçado ou não foi afrontado.

A notória complexidade da vida contemporânea, expondo novas e crescentes necessidades, a par da intrincada estrutura da Administração Pública, operando num contexto de recursos escassos, não permite o pronto e eficiente atendimento aos diversos reclamos da população, levando a um preocupante contexto: (*i*) muitos históricos de danos temidos ou sofridos não são submetidos à instância administrativa, até porque nem todos eles comportam essa via, por

⁵ Sobre o que se deva entender por “jurisdição coletiva” v. o nosso *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2012, cap. III. 2.

⁶ A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In *Temas de Direito Processual*, 1ª série, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 110, 117.

peculiaridades da matéria ou qualidade da pessoa; (*ii*) em muitos casos a solução administrativa é recusada ou então ofertada em modo insuficiente, gerando bolsões de insatisfação ao interno da coletividade; (*iii*) o demandismo exacerbado está ainda longe de ser substituído ou ao menos atenuado por uma *cultura da pacificação*, ainda incipiente dentre nós, não tendo atingido o desejável patamar em que os sujeitos concernentes a uma controvérsia se predisponham a resolver entre si suas divergências, ou ainda com a intercessão de um agente facilitador; (*iv*) a (equivocada), ou ao menos exagerada visualização do acesso à Justiça como *expressão de cidadania*, quando, antes e superiormente, a maior manifestação de civilidade e urbanidade se manifesta na busca pela resolução consensual dos conflitos, ao menos num primeiro momento.

Todos esses fatores - que interagem - têm levado a que, de modo geral, o conteúdo do art. 5º, XXXV da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) acabasse merecendo uma leitura exacerbada (que em outra sede chamamos ufanista e irrealista),⁷ chegando à chamada *judicialização do cotidiano*, numa açodada *ligação direta* entre a controvérsia e o Forum, gerando o afluxo de lides ainda em estágio inicial, longe do ponto de maturação, projetando deletérios efeitos: acirramento da contenciosidade social; retardamento dos ritos processuais (sobretudo na fase probatória); crescente crise numérica de processos; desestímulo à solução consensual; protraimento do desfecho da causa a um ponto futuro indefinido.

O vezo de se enfatizar o acesso à Justiça (sob a generosa palavra *facilitação*) tem levado a exageros, e, de envolta, tem projetado externalidades negativas, a começar pela (equivocada) mensagem passada à coletividade de que o *normal* é a judicialização de todo e qualquer interesse ameaçado ou contrariado. Isso tem criado uma expectativa de presteza e efetividade da intervenção jurisdicional que, ao depois, o Estado não tem como atender, ou, pior, buscando sofregamente fazê-lo, acaba oferecendo resposta de menor qualidade, numa Justiça de massa e padronizada, notoriamente lenta, ao depois *totalizada* sob a óptica quantitativa das cifras e estatísticas entre o *in put* e o *out put* dos processos. No ponto, Douglas Zaidan de Carvalho: “Sob a perspectiva numérica de atuação, o Judiciário parece buscar legitimidade institucional para o seu engrandecimento no Estado democrático, é como se divulgar números de sentenças proferidas, recursos julgados, somas em dinheiro liberadas para pagamento via precatórios ou requisições de pequeno valor aproximasse o Judiciário de uma realidade comandada pela economia, onde funciona a lógica do fazer mais utilizando menos. Esse viés economicista de enxergar a atividade judicial, também presente nos Juizados Especiais Federais cíveis, possibilita o esquecimento da complexidade de vários dos direitos pleiteados e põe em xeque o seu próprio propósito, o acesso à justiça, cujo benefício se encontra na qualidade da fruição de direitos e não somente ao direito de ajuizar uma ação e obter uma resposta”.⁸

Outra externalidade negativa da leitura exacerbada (ou descuidada) do inciso XXXV do art. 5º da CF reside em que, desse modo, o direito de ação, arrisca se converter em ... *dever de ação*, quando em verdade, tal como se afirma na experiência norte-americana, a via judicial é de ser buscada, em princípio, sob um prisma subsidiário ou mesmo residual (*last resort*), ou seja, após esgotados outros possíveis meios auto ou heterocompositivos adequados ao caso (técnica utilizada nas *Multi-doors Courts*); isso, naturalmente, à exceção dos casos em que a natureza da matéria (v.g., uma ação de anulação de casamento, uma ação rescisória, uma *ADIn*) ou a qualidade das partes (v.g., mandado de segurança coletivo; ações de competência originária dos Tribunais) torne impositiva a passagem judiciária.

⁷ Acesso à Justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas, São Paulo: RT, 2012, p. 194.

⁸ A sobrecarga do Poder Judiciário como instância decisória: uma análise a partir da atuação judicial nos Juizados Especiais Federais Cíveis. Disponível em http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=145453&id_site=1115&ordenacao=1, acesso em 29.08.2012.

Aliás, dentre nós, Cândido Rangel Dinamarco vê no citado dispositivo constitucional não a sede do direito de ação (como muitas vezes se propaga), mas o visualiza no âmbito do que chama *escalada de situações jurídicas*, ali perscrutando um singelo e genérico *direito de demandar*, que de modo algum se assimila ao direito de ação: “Já não é qualquer sujeito que *tem ação*, uma vez que ela é mais estrita que o mero *direito de demandar*: circunscreve-se a quem for portador de uma pretensão em tese admissível perante a ordem jurídica nacional, guardar uma posição que lhe dê qualidade pessoal para conduzi-la em juízo em face de outro sujeito também legitimado, tiver necessidade do serviço jurisdicional sob pena de resignar-se, e ainda se dispuser a trazer sua pretensão a juízo com pedido de tutela substancialmente adequada, pela via processual também adequada”.⁹

Mesmo a se aceitar, *gratia argumentandi*, que o ponto ótimo de um processo judicial é alcançado quando proferida a decisão de mérito, nada impede – e não raro se recomenda – que, ao invés dessa *solução adjudicada*, a lide venha resolvida mediante transação, mormente quando envolve conflito multiplexo, que depassa a crise propriamente jurídica, como se dá com os exitosos *compromissos de ajustamento de conduta* (Lei 7.347/85, § 6º do art. 5º), recorrentes nos casos de conflito ambiental, certo que tais documentos, levados à homologação, se convertem em título executivo judicial (CPC, art. 471-N V). Aliás, mesmo nos conflitos já judicializados, nos quais o objeto litigioso está estabilizado, é possível, em caso de solução consensual, inserir na transação “matéria não posta em Juízo” (CPC, art. 475-N, III), em nome da desejável *jurisdição integral*. Esse ideal transparece no PL da Câmara Federal nº 8.046/2010, sobre o novo CPC, prevendo o art. 4º que “as partes têm direito de obter em prazo razoável a *solução integral da lide*, incluída a atividade satisfativa”.

Sob o aspecto operacional do manejo da massa de processos tem-se insistido, dentre nós, na política de “lidar com a consequência” (= a crescente crise numérica de processos), não se notando igual empenho no diagnóstico da própria *questão judiciária* em si mesma, sobretudo nas suas concausas, dentre as quais sobressai a *cultura demandista* arraigada no país. Esse fenômeno, restando inatacado, vai recrudescendo e provocando efeitos colaterais perversos, dentre eles o diverso peso que a lide pendente representa em face das partes: sobrecarrega o litigante *eventual* e pouco onera o litigante *habitual*, já que este último trabalha em economia de escala na sua relação com a Justiça estatal (dispõe de advocacia *de partido*; conta com departamento jurídico bem estruturado), e por isso não lhe causam grande moza as mazelas ou a ineficiência da estrutura judiciária, como se passa com o litigante eventual.

O vezo (equivocado) do *manejo quantitativo* da questão judiciária (mais processos = mais juízes, prédios, equipamentos, servidores, informática, enfim, mais custeio) na medida em que *insufla a oferta*, acaba por *retroalimentar a demanda*, num perverso e oneroso círculo vicioso. Ao fim e ao cabo, sequer resulta o conforto de algum proveito para a parcela mais numerosa da coletividade, mas, ao contrário, como adverte Maria Teresa Sadek, “o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: *demandas de menos* e *demandas demais*. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça local, gozando das vantagens de uma máquina lenta, travada e burocratizada”.¹⁰

⁹ Tutela jurisdicional. In *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, t. II, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 821.

¹⁰ Judiciário: mudanças e reformas. *Revista Estudos Avançados*, USP, nº 18 (51), mai/ago. 2004, p. 86.

2. A leitura contemporânea e objetiva (não irrealista ou ufanista) do inciso XXXV do art. 5º da CF. A superação da acepção (hoje anacrônica e impraticável) do monopólio estatal de distribuição da justiça. As *faixas de insindicabilidade judicial* em face da *reserva do possível* e do *mínimo existencial*.

Urge que a comunidade jurídica brasileira se predisponha a uma releitura – atualizada e contextualizada - do contido no inciso XXXV do art. 5º da CF, o qual até agora tem sido visto como o *topos* de diversos direitos subjetivos e de prestações estatais, tais o direito de ação, a garantia de acesso à Justiça, e até mesmo como a consagração de uma manifestação de cidadania. É tal a profusão conceitual acerca desse dispositivo que Flávio Galdino chega a listar nada menos de *quatorze expressões* excogitadas doutrinariamente acerca do conteúdo daquele inciso XXXV do art. 5º da CF, ao final indagando: “Qual o preciso conteúdo de cada uma dessas figuras ?”¹¹

O *direito de ação* não pode estar aninhado no citado dispositivo, pela boa razão de que ali apenas se enuncia que a Justiça estatal está ofertada, genericamente, aos que entendam dela precisar, ao passo que a ação é um direito muito condicionado, afetado a um histórico de dano temido ou sofrido, de tal arte que, se não atendidas as exigências para um juízo positivo de admissibilidade, o Estado-juiz fica desonerado (*rectius*: impedido) de enfrentar e resolver a lide, apenas podendo prolatar decisão meramente processual, dita *terminativa* (CPC, art. 267, IV, VI). Aliás, tal seja a gravidade da falha na petição inicial (vg., CPC, arts. 13, I; 284, § único), sequer se forma o processo, devendo o juiz, sem citar o indigitado réu, indeferir liminarmente a petição inicial (CPC, § único do art. 295).

A rigor, o próprio *acesso à Justiça* é apenas tangenciado no citado inciso XXXV do art. 5º da CF, porque não se pode considerar que tal se configura com a simples apresentação de uma petição inicial a um juiz, já que a ação constitui o conteúdo do processo e este (o continente) não se considera constituído sem a citação válida (CPC, art. 214);¹² não por acaso o CPC distingue os diversos momentos de configuração do processo e da ação, esta última tendo-se por proposta “tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver, mais de uma vara” (art. 263), tratando-se, pois, de realidades adjacentes, porém distintas.

Tampouco o antes citado dispositivo constitucional significa garantia de decisão de mérito, porque o exame e deslinde do fulcro da demanda se apresenta como um *posterius*, não havendo um engajamento prévio do Estado a esse respeito, a menos que tenha sido atendido o *prius*, a saber, o atendimento às condições da ação (legitimidade ativa e passiva, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), e que essa ação se insira numa relação processual existente e válida, com o atendimento aos pressupostos atinentes: (*i*) às partes (capacidade de estar no processo e capacidade postulatória), (*ii*) ao juiz (imparcialidade e competência) e, (*iii*) ao próprio processo (petição inicial e citação válida). Assim se passa, dentre outros motivos, porque, ao contrário do Administrador Público, que atua de ofício, aplicando a norma de regência, já a intervenção judicial se faz em modo *substitutivo* das partes, por provocação destas (princípio da inércia) e só respondendo nos limites em que a tanto veio instado (vedação da decisão *infra, ultra, citra petita*).

Há também um equívoco, ou no mínimo um exagero, em perscrutar no citado texto constitucional uma natural *manifestação de cidadania* – como se a Justiça estatal fosse um *guichê*

¹¹ A evolução das ideias de acesso à justiça. *Revista Autônoma de Processo* (Curitiba-PR), nº 3. Abr./Jun.2007, p. 65 - 67.

¹² Hoje se vem excogitando uma sorte de *processo linear*, portanto não angularizado com a citação do réu, nos casos de *juízo antecipadíssimo do mérito* (CPC, § 5º do art. 219, redação da Lei 11.280/2006; art. 285-A, *caput*, acrescido pela Lei 11.277/2006). V., ao propósito, as ponderações de Vicente de Paula Ataíde Júnior, A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.277/2006). *Revista de Processo* nº 141, Nov./2006, p. 117.

de reclamações genéricas, acessível sob qualquer pretexto - quando na verdade a entrega pronta e imediata de uma controvérsia ao Estado-juiz significa que os interessados não tentaram antes compô-la, seja diretamente ou com intercessão de um agente facilitador; de outro lado, essa *ligação direta*, infelizmente disseminada dentre nós, resulta numa sorte de *terceirização* da resolução da lide (tirante, naturalmente, os casos que, por peculiaridades de matéria ou de pessoa reclamam indispensável passagem judiciária, notadamente as ações, ditas, *pour cause*, necessárias).

Dito de outro modo, a vera e fecunda *manifestação de cidadania* se configura, num primeiro momento, quando os interessados interagem para resolver da melhor maneira suas divergências, certo que a outra postura – o demandismo judiciário pronto e imediato – além de esgarçar o tecido social, leva a que muitas ações afluam à Justiça muito antes de seu ponto de maturação, engendrando desgastes desnecessários e o protraimento do desfecho da lide, já que o processo não terá como ser decidido antecipadamente, reclamando instrução probatória.

Em verdade, e sem exageros hermenêuticos, o que se vislumbra no inciso XXXV do art. 5º da CF é uma diretriz ou, se se quiser, uma mensagem dirigida ao legislador, avisando-o para que se exima de positivar situações e ocorrências desde logo e *a priori* excluídas de uma passagem judiciária na qual um órgão judicial competente e imparcial tomará conhecimento do histórico de dano temido ou sofrido.

Note-se que esse viés exegético de modo algum significa que o legislador federal fica impedido de estabelecer condições e requisitos para tal acesso; aliás, o próprio constituinte excepcionou os conflitos desportivos da pronta e imediata judicialização, mandando que primeiro seja instado o Tribunal Desportivo (art. 217 e § 1º), assim erigindo, nesse campo, um vero pressuposto processual negativo, nos moldes da convenção de arbitragem e da exceção de coisa julgada (CPC, art. 267, V, VII). E, no plano da legislação ordinária, o mandado de segurança não pode ser concedido contra “ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução” (Lei 12.016/2009, art. 5º, II): sim, porque antes de encerrada a instância recursal administrativa, não está (ainda) configurado o *prejuízo* que deflagraria a *necessidade* da impetração, nem tampouco a Autoridade poderia ser considerada *coatora*. No ponto, Cássio Scarpinella Bueno: “Desde que o impetrante possa recorrer administrativamente, impugnando *eficazmente* o ato ou o fato que entende ilegal ou abusivo, não há interesse jurídico na impetração do mandado de segurança”.¹³

Note-se que se o constituinte não se dispôs a conceituar certas categorias processuais, tais a coisa julgada (art. 5º, XXXVI), a representação processual (art. 5º, XXI), a ação civil pública (art. 129, III), limitando-se apenas a enunciá-las, é porque tais explicitações ficaram cometidas ao legislador ordinário federal (art. 22, I), e é por isso que o *conteúdo* do que se contém no acesso à Justiça deve ser precisado na legislação processual. E isso, no plano teórico-dogmático, porque a *efetividade prática* daquele acesso depende da vontade política em dotar a Justiça estatal das condições materiais e pessoais necessárias à oferta de uma resposta de qualidade, que em outra sede identificamos como aquela “decisão de mérito que atenda seis atributos: *justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível, com aptidão para promover a efetiva e concreta satisfação do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado*”.¹⁴

O vero acesso à justiça não tem como ser garantido por um enunciado normativo, ainda que de extração constitucional, mas antes depende da concretização de uma vera política pública nesse campo, nos moldes do enunciado na Res. CNJ nº 125/2010, que estabelece a *Política Judiciária Nacional*; vale dizer, aquele desiderato depende da adoção de medidas estruturais e

¹³ *A nova lei do mandado de segurança*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34. De interesse, no caso, a súmula vinculante nº 21, do STF: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”.

¹⁴ *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*, São Paulo: RT, 2012, p. 383.

organizacionais, para que a Justiça estatal possa desempenhar com eficiência suas atribuições: afinal, *quem quer os fins, dá os meios*. E isso, em qualquer das dimensões sob as quais pode ser visto o Judiciário: (i) Poder (noção estática, ligada à soberania estatal); (ii) Função (o objetivo de justa composição dos conflitos, em tempo razoável, com oportuna agregação da coisa julgada); (iii) Atividade (o planejamento e execução dos serviços de apoio, o acompanhamento do desempenho dos órgãos judiciais, enfim, o auto-governo da magistratura).¹⁵

A experiência com os Juizados Especiais é expressiva nesse contexto: não se questiona o êxito de sua implantação, tanto assim que proliferaram a partir da Lei 9.099/95 (Juizados Estaduais), seguindo-se os Federais (Lei 10.259/2001), aqueles voltados aos casos de violência doméstica (Lei 11.340/2006 – Lei *Maria da Penha* – art. 29), e os da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009), mas não se pode descuidar que essa própria eficiência pode, paradoxalmente, se transmutar num complicador (*o fracasso do sucesso*, passe o oxímoro), na medida em que a facilitação exacerbada pode dissuadir as partes a se comporem entre si ou a procurarem outros meios e modos de resolução, assim *preferindo* judicializar desde logo suas pendências. Uma evidência disso se está verificando nos Juizados da Fazenda Pública, a teor do exposto por Lúcio Picanço Facci: “No que se refere à judicialização das relações jurídico-administrativas seus efeitos perniciosos não se limitam ao aumento da carga de serviço dos juízes e dos percentuais de processos nos quais o Estado figure como parte: além de reforçar a descrença da população na capacidade das instâncias administrativas em resolverem seus problemas, o repasse contínuo das controvérsias administrativas ao Judiciário como instância decisória também contribui para que a Administração se torne cada vez mais ineficiente. Isso porque, no lugar de estimular a melhoria e a ampliação dos serviços pela própria Administração Pública, as soluções dos conflitos entre o Estado e o cidadão tem sido reiteradamente construídas dentro do espaço judicial”. O autor cita o Enunciado nº 77 do Forum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF) dispondo que “o ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo“. Prossegue o articulista: “A Advocacia Pública da União (AGU), por sua vez, tem sistematicamente invocado em suas manifestações a falta de interesse de agir pela ausência de pretensão resistida pela União e suas autarquias em tais casos”.¹⁶

Se, *gratia argumentandi*, fosse válido sustentar que todo e qualquer interesse ameaçado ou contrariado devesse merecer pronta e imediata judicialização, então ter-se ia que admitir a inconstitucionalidade do antes citado art. 217 e § 1º da própria CF, dispondo que os conflitos desportivos devem primeiro ser submetidos à Justiça Desportiva, que tem prazo de seis meses para dirimi-los; o mesmo ocorreria com o 4º da Lei 12.529/2011, dispondo que o CADE é “instância judicante, com jurisdição em todo o território nacional”, certo que os órgãos jurisdicionais estão elencados em *numerus clausus* no art. 92 da CF; também, sob uma leitura antiga e defasada, restaria inconstitucional o art. 8º e incisos da Lei 9.507/97, ao condicionar o pedido de *habeas data* à prévia demonstração de esgotamento da via administrativa. A tendência a desjudicializar conflitos, conforme se demonstrará no item IV *infra*, é irreversível e crescente, justificando o reconhecimento de que já se instalou dentre nós um ambiente de *jurisdição compartilhada*, incompatível, por definição, com a defasada e hoje impraticável ideia de *monopólio estatal de distribuição da justiça*. Dito de outro modo, a *condição legitimante* da jurisdição – antes atrelada às ideias de Poder e de Autoridade – foi gradualmente se deslocando para outro paradigma, qual seja o da efetiva aptidão e idoneidade de uma dada instância, órgão ou agência, no setor público ou privado, para prevenir ou dirimir conflitos em modo justo e num tempo razoável.

Nesse sentido, Lésli Shéri da Ferraz alerta que “a par da necessidade prática de reduzir a termos palpáveis o conteúdo do acesso à Justiça, não se pode perder de vista que a expressão deve ser interpretada da forma mais ampla possível. Assim, a ‘justiça’ deve ser concebida não apenas

¹⁵ Para um desenvolvimento dessa trilogia, v. o nosso *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2012, cap. VI. 3.

¹⁶ Conciliação no direito processual público: novos paradigmas e a experiência recente da Advocacia Geral da União. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 106, jan./2012, p. 92.

como a solução adjudicada do litígio, mas como uma vasta gama de possibilidades para resolver os conflitos (Galanter, 1981: 148). E o ‘acesso’ não apenas como o ingresso nos Tribunais, mas também em outras arenas”.¹⁷ Nem outra coisa se colhe da Res. CNJ nº 125/2010, antes mencionada, quando em seus *consideranda* fala no “acesso ao sistema de Justiça”, o qual, “previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”. Para que uma decisão judicial seja *justa* (e não somente jurídica, isto é respaldada num texto legal) é preciso que se vá além, dizendo Michelle Taruffo que para tanto impende a confluência de “tre condizioni congiuntamente necessarie”, a saber: “a) l’essere la decisione Il risultato finale di un procedimento nel quale sia state rispettate le garanzie processuali; b) l’essere la decisione fondata su un accertamento veritiero dei fatti controversi; c) l’essere la decisione Il risultato di una corretta interpretazione applicativa delle norme rilevante nel caso concreto”.¹⁸

Não mais se duvida que a era do *monopólio estatal na distribuição da justiça* é hoje de interesse praticamente histórico, pela boa razão de que a cultura demandista que assola o país desde as últimas décadas provocou um *tsunami* de processos muito além da capacidade instalada do Judiciário. O Judiciário, premido por essa angustioso problema, e tentando obsessivamente resolvê-lo pela *óptica quantitativa* (elementos de contenção, filtros e barreiras; sumarizações diversas; julgamentos em bloco), acabou por oferecer uma resposta massiva, de baixa qualidade, que desmerece o ideal de justiça e frustra os jurisdicionados. Ou seja, por esse modelo não se resolveu o problema e ainda se criaram outros.

Assim é que se têm implementado técnicas ou estratégias para atenuar a crise numérica de processos, como o chamado julgamento antecipadíssimo do mérito (CPC, art. 285-A), permitindo ao juiz reproduzir, nos processos replicados, e sem citar o réu, a sentença de total improcedência proferida no processo tomado como paradigma; ou ainda autorizando-se o juiz a não receber apelação contra sentença calcada em súmula do STF ou do STJ (CPC, § 1º do art. 518). Em casos que tais, o que se constata desde logo e ainda uma vez, é a insistência em *lidar com a consequência*, deixando em aberto a causa; numa segunda mirada, tais inovações, a pretexto de *desovar* processos ou truncar seu trâmite, atiram garantias do devido processo legal: no primeiro caso, não se dá o devido peso ao fato de que o indigitado réu tem tanto direito ao processo como o autor; no segundo caso, se desconhece que as súmulas simples, mesmo do STF ou do STJ, não são impositivas, mas persuasivas, de sorte que o fato de a sentença se afinar com elas não pode dificultar o duplo grau de jurisdição.¹⁹

Tem-se igualmente tentado outro viés, no contexto geral de uma *jurisprudência defensiva*, qual seja o obstaculizar pretensões judicializadas contra o Poder Público, reclamando certas prestações primárias (saúde, transporte, educação), em casos de não-previsão, inexistência ou insuficiência de recursos orçamentários para atender a demanda indigitada, eximindo essa a que se vem chamando *reserva do possível* e que tem como contraponto, ou como limite, o chamado *mínimo existencial*. Conquanto se trate de matéria ainda carente de melhor desenvolvimento, Kazuo Watanabe afirma que a “cláusula da ‘reserva do possível’ não é invocável na tutela jurisdicional do ‘mínimo existencial’”; e ainda, que, dentre os “direitos fundamentais sociais” – tripartidos em (i) “núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana”; (ii) os “previstos em normas constitucionais de ‘densidade suficiente’”; (iii) os “demais direitos fundamentais sociais, previstos em normas constitucionais de cunho programático” - somente os

¹⁷ *Acesso à Justiça – uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil*, São Paulo: FGV – Rio de Janeiro, 2010, p. 83, 84.

¹⁸ *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 1, mar./2001, p. 20.

¹⁹ V., todavia, os judiciosos contra-argumentos de Fernando da Fonseca Gajardoni: O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide, in CALDEIRA, Adriano e CUNHA LIMA FREIRE, Rodrigo da (orgs.), *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil – estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*, Salvador: Podvium, 2007, p. 155 e s.

dois primeiros tipos são “imediatamente judicializáveis, independentemente de prévia definição de política pública pelo Legislativo ou pelo Executivo”, enquanto que a *justitiabilidade* do terceiro tipo “depende de prévia ponderação, por meio de política pública específica, dos demais Poderes do Estado”.²⁰ A esse pensamento pode ser agregada a ponderação de Osvaldo Canela Júnior: “Se o patrimônio do Estado não é suficiente para o adimplemento completo de suas obrigações constitucionais, abre-se o caminho para duas soluções possíveis: a) a aplicação do princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes, no caso de concessão de tutelas de urgência; ou b) o ajuste orçamentário para o cumprimento da sentença transitada em julgado”.²¹

3. O inciso XXXV da CF, visto pela Res. CNJ nº 125/2010 – institui a *Política Judiciária Nacional* - como um *sistema de justiça*, abrangendo órgãos judiciais e outros meios e modos de resolução de conflitos. A *cultura da sentença*, a ser gradualmente superada pela *cultura da pacificação* (Kazuo Watanabe).

A leitura serena, desapassionada e aderente à realidade contemporânea do que se contém no inciso XXXV do art. 5º da CF – geralmente consagrado como o *topos* do acesso à Justiça, a par de muitas outras acepções – revela que o endereçamento precípua desse dispositivo não é para o jurisdicionado, e sim ao legislador, avisando-o para não positivar a exclusão *a priori*, de históricos de lesão temida ou sofrida, à apreciação do Judiciário. Observe-se que tal diretriz não significa: (*i*) que toda e qualquer contrariedade ou insatisfação deva de pronto ser judicializada; (*ii*) que o interesse de agir não possa vir legalmente condicionado ao prévio atendimento de certas exigências, dentre as quais a prévia submissão da pendência a outros órgãos, instâncias ou agências competentes na matéria; (*iii*) que somente os órgãos listados no art. 92 da CF exerçam a jurisdição, já que esta palavra tornou-se polissêmica, consentindo o reconhecimento de um ambiente de *jurisdição compartilhada*, naturalmente incompatível com o sentido antigo (e defasado) de justiça monopolizada pelo Estado. (*Mutatis mutandis*, algo semelhante passou-se com o Legislativo, a se considerar o número expressivo de órgãos, instâncias e agências governamentais que hoje produzem normas, de todos os tipos e distintas eficácias, permitindo falar-se numa *nomogênese difusa*).

O ideário de uma *jurisdição compartilhada* parece compatível com a ideologia consagrada na Res. CNJ nº 125/2010 (DJe 01.12.2010, republicada no DJe de 01.03.2011), que institui a *Política Judiciária Nacional*, a teor dos *consideranda*: “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante o órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”; ainda, afirma-se que cabe ao Judiciário estabelecer “não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”.

Esse renovado panorama da prevenção e resolução de conflitos funda-se em três premissas: (§) , de ordem sociológica; (§§) de caráter técnico-jurídico; (§§§) atinente ao custeio da Justiça estatal.

(§) Sob o primeiro enfoque, impende ter presente que a lide pendente, na medida em que torna litigioso o objeto, arma os espíritos, convertendo interessados em adversários, tudo ao fim e ao cabo impactado pelo peso da solução adjudicada estatal, que transmuda as partes em vencedor

²⁰ Controle jurisdicional das políticas públicas – ‘mínimo existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. In GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (orgs.), *O Controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011, p. 212.

²¹ *Controle judicial de políticas públicas*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

e vencido, assim conspirando contra a paz social e a segurança do comércio jurídico em geral. Esse quadro se agrava com a notória dilação excessiva dos processos, que não se consegue eliminar ou ao menos amenizar tão só por força do singelo enunciado do inciso LXXVIII do art. 5º da CF – a razoável duração do processo - (princípio ? diretriz ? norma programática ?). A norma – legal ou constitucional – de per si não basta para a consecução prática dos objetivos perseguidos, tendo-se já afirmado, com espírito, que “já se viu sociedade que mudou lei, mas ainda não se viu lei que mudou sociedade”. É por isso que, malgrado a interminável reforma por que vem passando o CPC, boa parte dela inspirada no propósito de reduzir a crise numérica de processos e/ou sumarizar julgamentos, o fato é que a sobrecarga não dá sinais de arrefecer, nem tampouco se ameniza a dilação excessiva dos processos, evidenciando uma vez mais que a *nomocracia* – tendência a resolver problemas com normas – não basta para a consecução dos objetivos colimados.

Humberto Theodoro Júnior escreve, a esse respeito: “Na pura realidade, não está no âmbito das normas jurídicas a causa maior da demora na prestação jurisdicional, mas na má-qualidade dos serviços forenses. Nenhum processo duraria tanto como ocorre na justiça brasileira se os atos e prazos previstos nas leis processuais fossem cumpridos fielmente. A demora crônica decorre justamente do descumprimento do procedimento legal. São os atos desnecessariamente praticados e as etapas mortas que provocam a perenização da vida dos processos nos órgãos judiciários. De que adianta reformar as leis se é pela inobservância delas que o retardamento dos feitos se dá ?”²²

É dizer, a *real eficiência* de uma reforma, sobretudo quando incide num texto codificado, voltado a regular processos judiciais, precisa ser acompanhada de providências que passam pela vontade política dos dirigentes do próprio Judiciário e dos governantes e, principalmente, implica na adoção de medidas concretas envolvendo a fixação de critérios para o *in put* e o *out put* de processos, a par de investimento constante na estrutura e organização da Justiça estatal. A toda essa problemática da morosidade da prestação jurisdicional se adita ainda um complicador, qual seja o tempo de espera pela agregação – num ponto futuro e indefinido – da coisa julgada material, a qual enfim revestirá a decisão de mérito dos atributos da imutabilidade e da indiscutibilidade.

(§§) Sob o enfoque técnico jurídico, hoje se vai reconhecendo que a decisão judicial de mérito (a *adjudication*, na experiência norte-americana), embora represente o ponto ótimo no desenvolvimento da relação processual, todavia nem sempre é adequada a certas circunstâncias e em face de certos casos concretos, mormente quando se trata de conflito multiplexo, envolvendo crises de diversa natureza – de extração sócio-econômico-social – que ultrapassam os lindes da controvérsia propriamente jurídica. Figure-se, por exemplo, o que se passa numa ocupação de gleba rural, afirmadamente improdutiva, por numerosos integrantes de um movimento dito sem terra: em princípio, trata-se de moléstia possessória, para a qual a lei processual indica a reintegração de posse, com possibilidade de tutela liminar antecipatória, à vista do histórico e da documentação apresentada pelo autor; todavia, no exemplo dado, de um lado o objeto litigioso é complexo, exigindo cognição plena e exauriente acerca de pontos como a extensão da área, o seu aproveitamento agro-pecuário, eventuais danos causados à propriedade; de outro lado, no grupo ocupante da área existem pessoas que beneficiam de especiais normas tuteladoras, tais os idosos, crianças, adolescentes, gestantes, deficientes físicos; ainda, não se pode descartar a possível intercorrência de interesses paralelos, tais os manejados por entidades religiosas, assistenciais, *ONGs*, *OSCIPs*, Prefeituras, agências governamentais.

Com efeito, a decisão judicial de mérito, por resultar de um processo orientado sob uma lógica reducionista (restrições à cumulação de certos pedidos; vedação de certos meios de prova;

²² A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In CALDEIRA, Adriano e CUNHA LIMA FREIRE, Rodrigo da (orgs.), *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil – estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*, Salvador: Podvium, 2007, p. 213.

sujeição do juiz à legalidade estrita; vedação da decisão *ultra, citra e extra petita*; limites subjetivos, objetivos e temporais da coisa julgada) não se preordena a abarcar um plexo muito largo de pontos conflituos, donde, não raro, em casos de conflitos multiplexos registrar-se parca eficiência da decisão condenatória, a qual vai sendo solapada e postergada de muitas maneiras. Luís Roberto Barroso escreve, a respeito: “*Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico”. (...) Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa”.²³

(§§§) Sob o derradeiro enfoque – o custeio da Justiça estatal – verifica-se que o incentivo, consagrado na citada Res. CNJ 125/2010, ao manejo de outros meios de resolução de conflitos, é de todo positivo, quando menos porque cada histórico de dano temido ou sofrido que recebe tratamento adequado fora e além da estrutura judiciária significa um processo a menos, o que, multiplicado em escala macro, por certo tem um peso considerável na atenuação da preocupante sobrecarga do serviço judiciário. O formidável *tsunami* de processos que assombra o Judiciário tem se revelado resistente aos elementos de contenção que têm sido opostos, tais a jurisprudência defensiva dos Tribunais, as técnicas de sumarização de procedimentos, as restrições ao duplo grau, os julgamentos em bloco. Bem vistas as coisas, tal quadro não deveria causar espécie, porque tais iniciativas seguem a tendência a *lidar com a consequência* – a sobrecarga de processos – mas deixam em aberto a causa – a *cultura demandista* – em boa medida insuflada por fatores como a oferta insuficiente de outros meios de prevenção ou resolução de conflitos, a par da atuação ineficiente das instâncias administrativas no recepcionar e resolver as pendências que lhes são dirigidas.

A leitura exacerbada (irrealista e ufanista) do acesso à justiça estatal arrisca desnaturar o direito (muito condicionado) de ação, numa sorte de... *dever de ação*, em boa medida por conta de se ter gradualmente inculcado no entendimento médio da coletividade a ideia de que todo e qualquer interesse ameaçado, contrariado ou insatisfeito deve, de imediato, ser transferido à alçada de um órgão judicial. O jurisdicionado, assim estimulado ao demandismo, não se dá conta de que com isso está *terceirizando* a resolução da pendência, não raro antes que ela tenha alcançado um certo grau de maturação, estágio a que se chegaria naturalmente, se os interessados buscassem num primeiro momento a solução por algum dos meios auto ou heterocompositivos fora da estrutura estatal. Opera como insumo dessa cultura judiciarista a (equivocada) percepção de que a norma legal é um paradigma de caráter estritamente técnico, que deve ser deixada ao exclusivo manejo dos operadores do Direito, quando, na verdade, o enunciado normativo – v.g., Código Civil, art. 186, base da responsabilidade *aquiliana* – se preordena a ser espontaneamente recepcionado e aplicado pelos interessados aos casos ali subsumidos, e, apenas num segundo momento, é que se preordena a dar consistência jurídica à resposta jurisdicional.

Em conhecida página, Kazuo Watanabe diagnosticou as causas do que chama a *cultura da sentença*: (i) “a *mentalidade* forjada nas academias e fortalecida na práxis forense, que é aquela já mencionada de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz(...)”; (ii) “a *falsa percepção* [dos juízes] de que a *função de conciliar é atividade menos* nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz”; (iii) a percepção, pelos juízes, de que “o seu *merecimento será aferido pelos seus superiores, os magistrados de segundo grau que cuidam de suas promoções, fundamentalmente pelas boas sentenças por eles proferidas*, não sendo consideradas

²³ Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas – revista eletrônica do Conselho Federal da OAB*, nº 4, jan./fev. 2009, p. 16.

nessas avaliações, senão excepcionalmente, as atividades conciliatórias (...)”. (...) “Disso tudo nasceu a chamada *cultura da sentença*, que se consolida assustadoramente”.²⁴

Afina-se com esse entendimento o magistério de Cândido Rangel Dinamarco: “A crescente valorização e emprego dos meios não-judiciais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos *meios alternativos*, reforça a ideia da equivalência entre eles e a atividade estatal chamada *jurisdição*.” Até porque, prossegue, “o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam”. (...) “Essa perspectiva teleológica do sistema processual sugere a equivalência funcional entre a pacificação social imperativa e aquelas outras atividades, nem sempre estatais e jamais dotadas do predicado da inevitabilidade, com que se buscam os mesmos objetivos e a mesma utilidade social”.²⁵

A admissão e a implantação de um *sistema de justiça* dentre nós, nos moldes do preconizado na Res. CNJ 125/2010, integrado não apenas por órgãos judiciais mas também por outros, nos setores público, privado e no chamado terceiro setor, permite a deslocação da demanda exacerbada por justiça estatal, em direção a esses outros meios e modos preventivos ou resolutivos, do que resultaria mais de uma externalidade positiva: (*i*) a gradual percepção, pela comunidade, de que a Justiça estatal não é o receptáculo *natural* ou *necessário* de toda e qualquer controvérsia, mas uma instância a ser buscada quando frustradas outras possibilidades (nem por outro motivo a nota predominante no interesse de agir é a *necessidade* da busca pela Justiça estatal); (*ii*) a atenuação da sobrecarga processual dos juízes, os quais poderão utilizar o tempo assim poupado, no exame de casos complexos que reclamem cognição plena e exauriente; (*iii*) a preservação do tecido social, que, de outro modo, se esgarça ao atrito da crescente litigiosidade de massa.

4. A *jurisdição compartilhada*, afinada à tendência de *desjudicialização dos conflitos*: (*i*) controvérsias desportivas submetidas, primeiramente, à Justiça Desportiva (CF, art. 217, § 1º); (*ii*) decisões dos Tribunais de Contas, de cunho pecuniário, formando título executivo (CF, art. 71, § 3º); (*iii*) consignações em pagamento realizáveis nos Bancos oficiais (CPC, art. 890, § 1º, cf. Lei 8.951/94); (*iv*) o compromisso de ajustamento de conduta, viabilizando a extinção do processo com julgamento do mérito (Lei 7.347/85, § 6º do art. 5º, c/c CPC, art. 471-N, V); (*v*) convenção de arbitragem (CCi, art. 853; CPC, art. 267, VIII); (*vi*) plano de recuperação extrajudicial de empresa (Lei 11.101/2005, art. 161); (*vii*) inventários, partilhas, divórcios consensuais e testamentos realizáveis nos Tabeliães (CPC, arts. 982 e 1.124-A, cf. Lei 11.441/2007); (*viii*) Dispensa de ajuizamento de ações e de recursos com escarça ou nenhuma possibilidade de êxito: a experiência da AGU; (*ix*) a regularização fundiária urbana, feita diretamente no Registro de Imóveis; (*x*) o CADE é “*entidade judicante*, com jurisdição em todo o território nacional” (art. 4º da Lei 12.529/2011).

Na relação supra, listamos um rol de meios/órgãos/instâncias que hoje permitem o reconhecimento da instalação de um ambiente de *jurisdição compartilhada* dentre nós; a seguir,

²⁴ Cultura da sentença e cultura da pacificação. In YARSHELL, Flávio e MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 686, 687.

²⁵ Os conflitos e a ordem jurídica justa. *Instituições de Direito Processual Civil*, t. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2.009, p. 125, 126.

teceremos algumas considerações, em modo pontual e conciso, sobre cada qual dessas ocorrências.

(i) Conflitos de natureza desportiva: pelo art. 217 e § 1º da CF dissídios dessa natureza devem, primeiramente, passar pelos Tribunais Desportivos, concernentes à modalidade de que trata a espécie, por exemplo, no futebol, o Superior Tribunal de Justiça Desportiva, e, nos Estados, os Tribunais de Justiça Desportiva.²⁶ Parece-nos que o previsto naquele dispositivo constitucional configura um *pressuposto processual negativo*, à semelhança do que se passa com as exceções de coisa julgada ou de convenção de arbitragem. Desse modo, ajuizada pretensão naquele campo, sem prévia passagem pelo Tribunal Desportivo, o juiz – de ofício ou instado na resposta do réu – deve extinguir o processo, sem julgamento do mérito – CPC, art. 267, IV. Evidentemente, a instância judiciária, se porventura acionada posteriormente, é livre para, eventualmente, dar à espécie desfecho diverso do alcançado na Corte desportiva; sem embargo, na perspectiva holística de um sistema integrado de distribuição da justiça, saberá o juiz togado dar o devido peso à especialidade e à experiência do Tribunal desportivo em conflitos nesse campo.

(ii) Decisões de Tribunais de Contas: dada a amplitude dos poderes de investigação e de cognição desses órgãos de controle externo (CF, art. 71, *caput*), suas decisões tomam diversa conotação processual: *desconstitutiva*, como aquela que torna insubsistente um ato de nomeação ou de aposentadoria, por desconformidade ao modelo legal; *declaratória*, como aquela que reconhece que um dado contrato foi executado a contento; *injuncional* ou *mandamental*, como a decisão que determina a descontinuidade imediata de certa obra pública, que teve início antes da conclusão do certame licitatório; *condenatória*, quando, por exemplo, comina ao servidor *em alcance* a reposição ao erário de determinado valor pecuniário. Em casos deste último tipo, a decisão da Corte de Contas se reveste de força executiva, isto é, torna-se título executivo extrajudicial (CF, § 3º do art. 71; CPC, art. 585, VIII), abrindo-se dupla possibilidade: (i) a decisão é cumprida no próprio âmbito administrativo (o que, eventualmente, pode não livrar o servidor culpado de se ver processado por ato de improbidade administrativa, se, em paralelo, foi infringido algum princípio retor da Administração Pública: Lei 8.429/92, art. 11 e incisos), ou, (ii) não ocorre esse cumprimento espontâneo do título e então caberá à Procuradoria Fazendária, precipuamente, ou ainda ao Ministério Público, subsidiariamente, propor a ação executória.²⁷

(iii) Ação consignatória de pagamento: esse procedimento, como se sabe, figura dentre os modos de extinção das obrigações, vindo previsto, num plano genérico, no Código Civil, na parte do adimplemento e extinção das obrigações (art. 334), e, em paralelo, no CPC (arts. 890-900); já especificamente no campo das locações, a consignatória vem prevista na Lei 8.245/91 (art. 67 e incisos), valendo observar que esta última lei, no art. 79, evoca o Código Civil e o CPC como textos de aplicação subsidiária, no que hoje se vem chamando o *diálogo das fontes*. Marcelo Augusto da Silveira explica que “até a edição da Lei 8.245/91 o procedimento da ação de consignação em pagamento encontrava-se regulado, exclusivamente, pelos arts. 890 a 900 do Código de Processo Civil. Porém, com o advento da Lei do Inquilinato, a ação que tem como escopo o depósito em Juízo das quantias cobradas pelo locador ao inquilino (vg., aluguéis, impostos prediais, despesas de condomínio, reembolso de tributos, multas por atraso, seguros etc.) incorporou importantes inovações, passando a ser regulada pelo art. 67 e incisos, como aplicação subsidiária do CPC, por força do disposto no art. 79 da mesma Lei”. (Observe-se que o procedimento previsto nos §§ 1º a 4º do art. 890 do CPC – objeto da Res. Banco Central nº

²⁶ No tema, v. o nosso trabalho A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções – estudo quanto à aplicação do tema à justiça desportiva no âmbito do futebol. *Revista de Processo* nº 31, jul./set.1983, p. 37-60.

²⁷ Ao propósito, v. o nosso estudo Sobre a execução das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, especialmente a legitimação. RT nº 743, set./1997, p. 74-95.

2.814/2001 - prevê a consignação de quantia em Banco oficial, sem especificar a origem de tal obrigação pecuniária; tampouco a lei 8.245/91 prevê tal modalidade extrajudicial). Malgrado tais lacunas, Marcelo Augusto da Silveira esclarece que “há vários julgados relacionados ao tema, que em razão da subsidiariedade proclamada pelo art. 79 [da Lei do Inquilinato], acomodam o rito estipulado nos §§ 1º a 4º do art. 890 à consignatória locatícia, entendendo ser cabível também neste caso o depósito via instituição bancária”.²⁸

(iv) Compromisso de Ajustamento de Conduta: Enquanto a celebração do inquérito civil é apanágio do Ministério Público (Lei 7.347/85, art. 8º, § 1º) podendo (ou não) culminar naquele modo consensual de prevenir ou resolver danos temidos ou causados a um valor ou interesse público ou social, já o CAC pode ser celebrado por qualquer dos co-legitimados ativos para a ação civil pública, a saber, além do MP, a Defensoria Pública, as associações, os entes políticos, os órgãos públicos (Lei 7.347/85, art. 5º), vindo tal Termo elencado dentre os títulos executivos extrajudiciais (CPC, art. 585,II, 2ª parte), mas com aptidão para se converter em título judicial, após homologado (CPC, art. 475-N, V). Sua eficácia no relevante campo dos interesses metaindividuais tem sido reconhecida, dentre outros motivos, porque, enquanto a decisão judicial de mérito é impactante, tensiona as relações entre as partes e fica a depender dos percalços imanentes à fase executória, já o CAC se preordena a ser prestigiado e cumprido pelos transatores, pela boa razão de que foram eles mesmos que o formularam. Pode-se, assim, incluir o CAC dentre os chamados *equivalentes jurisdicionais*, embora assinale Hugo Nigro Mazzilli que “não vão longe as semelhanças entre o acordo homologado em juízo e a sentença de mérito: ambos são considerados títulos executivos judiciais (CPC, art. 475-N, I e III), e levam à extinção do processo com resolução de mérito (CPC, arts. 269, I e III). Fora daí, porém, as discrepâncias são marcantes: na coisa julgada, há a vontade substitutiva do Estado em relação à das partes, enquanto, na transação, as próprias partes é que encerram a demanda por autocomposição da lide, num verdadeiro *negócio processual*. A coisa julgada só se rescinde em poucos casos, estritamente limitados (CPC, art. 485); já os atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem rescindidos como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil (CPC, art. 486)”.²⁹ Em que pese esse pontual *discrímén*, não há negar que o escopo social da jurisdição – a composição justa do conflito em tempo razoável – apresenta maiores possibilidades de ser alcançado, e a menor custo, mediante a resolução consensual, não só no plano da jurisdição coletiva (v.g., a convenção coletiva de consumo – Lei 8.078/90, art. 107), mas também na jurisdição singular, sinalizando o CPC a possibilidade de que tal celebração se faça a qualquer tempo (art. 125, IV).

(v) Convenção de arbitragem. Após longa polêmica sobre o caráter jurisdicional da arbitragem, prevaleceu o entendimento afirmativo, para o que foi decisivo o pronunciamento do STF no processo de homologação da sentença arbitral estrangeira nº SE 5.206/ES, relator o Min. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento assim referido por Francisco José Cahali: “Em extenso e substancioso acórdão, por maioria de votos (7 a 4), prevaleceu o entendimento de que a opção voluntária das partes ao procedimento arbitral não ofende o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário”.³⁰ No ponto, afirma Carlos Alberto Carmona, reportando-se o art. 31 da Lei 9.307/96: “O legislador optou, assim, por adotar a tese da **jurisdicionalidade da arbitragem**, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem”. Na sequência, referindo-se a possíveis argumentos contrários à tal qualificação, alude o autor que “não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde:

²⁸ Consignação em pagamento na lei de locações. In GAJARDONI, Fernando da Fonseca e MENDES DA SILVA, Márcio Henrique (orgs.), *Manual dos Procedimentos Especiais Cíveis de Legislação Extravagante*, 2ª ed., São Paulo: Gen-Método, 2.009, p. 248, 276.

²⁹ *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2.009, p. 424.

³⁰ *Curso de Arbitragem*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 82, 83.

‘[A] experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a ideia que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes’³¹. A opção pelo Juízo Arbitral projeta-se como um pressuposto processual negativo, implicando em renúncia à jurisdição estatal, e, por isso, acolhida tal exceção (CPC, art. 301, IX) o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII), lembrando-se ainda o disposto no art. 853 do Código Civil: “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergência mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”. Embora o árbitro seja “juiz de fato e de direito” (Lei 9.307/96, art. 18), ele dispõe de *cognitio* mas não de *imperium*, e por isso, em sobrevindo a necessidade de certas medidas injuncionais, ou ainda, em se verificando resistência ao cumprimento da sentença arbitral, abre-se ensejo para a intervenção da Justiça estatal (Lei 9.307/96, arts. 22, § 4º e 33). Saliente-se que no Juizado Especial, frustrada a conciliação, “as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta lei” – Lei 9.099/95, art. 24.

(vi) Plano de recuperação extra-judicial de empresa. A Lei 11.101/2005 veio regular “a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”, revogando a vetusta “Lei de Falências”- Dec. Lei 7.661, de 21.06.1945 – e os arts. 503 a 512 do Código Penal. No capítulo VI – “da Recuperação Extrajudicial” – a nova lei mostra-se receptiva às contemporâneas tendências de *desjudicialização dos conflitos* e à *jurisdição compartilhada*, ao ensejar ao comerciante (dito *devedor*) “propor e negociar com credores plano de recuperação extrajudicial” (art. 161, *caput*), plano esse que, após homologado, “constituirá título executivo judicial (...)” (o texto remete ao art. 584 do CPC, depois revogado pela Lei 11.232/2005, devendo hoje entender-se que a remissão é ao art. 475, N, V do CPC: “o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente”). De outra parte, o procedimento em causa também é um eloquente exemplo de que os chamados meios alternativos de solução de conflitos (*ADR's*, na sigla norte-americana) não são um entrave à Justiça estatal, nem com esta visam *concorrer* em feição negativa, “disputando mercado”, mas antes buscam oferecer estradas vicinais, adjacentes à rodovia principal da jurisdição estatal, operando em modo complementar ou subsidiário, podendo perfeitamente integrar-se à estrutura oficial, como se verifica na espécie em causa. Duas externalidades positivas de pronto se visualizam nessa integração: de um lado, o estímulo à auto-composição do conflito (no caso, o acertamento entre o devedor e seus credores), e, de outro, o alívio à crise numérica de processos que assola nossa Justiça, a qual fica assim poupada do lento e trabalhoso manejo dos processos falimentares, cuja decisão final não raro se reveste de parca efetividade prática, como é cediço.

(vii) Inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais e testamentos, realizáveis nos Tabeliães. Uma vertente da tendência contemporânea à *desjudicialização dos conflitos* é dada pelo gradual repasse a certas instâncias para-jurispcionais de temas que, posto formalmente inseridos no âmbito dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, tais os Inventários, todavia em geral não apresentam polarização adversarial que exija cognição judicial. Assim é que, pelo art. 982, *caput*, do CPC, com a redação da Lei 11.441/2007, “se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário”; disposição análoga, já agora no âmbito da jurisdição dita voluntária, passou a regular a separação e o divórcio consensuais, dispondo-se que da escritura pública “constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento” (CPC, art. 1.124-A, *caput*, acrescido

³¹ *Arbitragem e processo – um comentário à Lei 9.307/96*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2.009, p. 26, negrito no original.

pela citada Lei 11.441/2007). A inovação é justificada, na medida em que tais casos não demandam necessária passagem judiciária, por ausência de lide, mais se aproximando, na clássica fórmula, de uma “administração pública de interesses privados”. O ganho imediato (mas não o único) daí resultante está em que, desse modo, o Judiciário livra-se de número considerável de processos, podendo utilizar o tempo assim poupado no exame e julgamento de causas efetivamente contenciosas, por isso mesmo carentes de cognição exauriente e subsequente decisão de mérito.

(viii) Dispensa de ajuizamento de ações e de recursos com parca ou nenhuma possibilidade de êxito: a experiência da AGU. No campo dos interesses privados, disponíveis, não há dúvida de que os seus titulares são livres para manejá-los do modo como entendam melhor e isso mesmo vem representado em mais de uma *pirâmide de resolução de conflitos*,³² em cuja base, ao nosso ver, deve aninhar-se a própria renúncia à exigibilidade de certas pretensões materiais, por razões diversas, tais a pouca expressão pecuniária envolvida (*de minimis non curat praetor*) ou a livre opção por evitar o desgaste e a angústia imanentes a toda lide judicial. Aliás, até mesmo no âmbito dos processos judiciais em curso remanesce a possibilidade de tal renúncia, que leva à extinção do processo com julgamento do mérito, justamente porque em tal caso não há mais lide (CPC, art. 269, V). A questão, todavia, avulta no setor público, porque nesse campo incidem situações de largo espectro – interesses metaindividuais; interesse público ou social; defesa do erário – sobre as quais a instância ou órgão oficiantes não detêm a titularidade, nem a livre fruição em termos de exclusividade, dificultando ou mesmo impedindo atos de disponibilidade; nem por outra razão o art. 841 do CCi dispõe: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Todavia, o gradual reconhecimento da distinção entre interesses públicos *primários* e *secundários*, e bem assim da diferença entre o núcleo duro dos direitos fundamentais em face de certas estipulações periféricas ou complementares, levaram a que, gradualmente, se fosse reconhecendo a possibilidade – senão já a conveniência – de certos atos de disposição, em nome de valores maiores, dentre os quais o da eliminação da lide pendente, ou ainda o fato de o processo ser uma relação de direito público, que não se compadece com o ajuizamento ou o prolongamento nos casos fadados ao insucesso. Nesse sentido, Lúcio Picanço Facci afirma que “o papel da Advocacia Pública na contemporaneidade não se limita apenas a maximizar arrecadação e minimizar despesas, em contraposição ao que seriam os interesses da sociedade”; adiante, salienta ser “notório que o Estado é o maior usuário do serviço de prestação de justiça no Brasil. A judicialização das controvérsias administrativas e a intransigência da Administração Pública em juízo são fatores importantes para compreender esse fenômeno que tem contribuído para o quadro de absoluto entupimento de processos no Poder Judiciário”.³³ Exemplos positivados desse novo panorama: (i) Lei 9.469/97, art. 4º: “Não havendo Súmula da Advocacia Geral da União (arts. 4º, inciso XII e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores”; (ii) Art. 1º - C, da Lei 9.469/1997, inserido pela Lei 11.941/2009: “Verificada a prescrição do crédito, o representante judicial da União, das autarquias e fundações públicas federais não efetivará a inscrição em dívida ativa dos créditos, não procederá ao ajuizamento, não recorrerá e desistirá dos recursos já interpostos”; (iii) Lei 10.259/2001, § único do art. 10: nos Juizados Especiais Federais os advogados da União “ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir (...)”; análoga disposição ocorre nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 8º da Lei 12.153/2009); (iv) a súmula AGU nº 34, dispõe que “não estão sujeitos à repetição os valores

³² V., ao propósito, Roberto Ferrari de Ulhoa Cintra, *A pirâmide da solução dos conflitos*, Brasília: Gráfica do Senado Federal, 2008.

³³ Conciliação no Direito Processual Público: novos paradigmas e a experiência recente da Advocacia Geral da União. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 106, jan./2012, p. 95, 97.

recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública” (*DOU*, seção I, 17.09.2008).

(ix) Regularização fundiária urbana no âmbito dos Registros de Imóveis. Trata-se aí de importante capítulo da *ordem urbanística*, esta última objeto de proteção por ação civil pública (Lei 7.347/85, art. 1º, VI). A regularização fundiária urbana é referida no *Estatuto da Cidade* (Lei 10.257/2001), elencada dentre as *diretrizes da política urbana*, a saber, “a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais”(inciso XIV do art. 2º daquele Estatuto). Tal regularização fundiária é ainda tratada na Lei 11.977/2009, sendo que o registro desse plano de melhoramentos é, nos termos da Lei dos Registros Públicos (nº 6.015/73), “requerido diretamente ao Oficial do Registro de Imóveis e será efetivado independentemente de manifestação judicial”, segundo o art. 288-A dessa Lei, acrescido pela Lei 12.424/2011. Sobrevindo eventual impugnação, prevê o § 7º do art. 288-B da LRP, acrescido pela Lei 12.424/2011: “O oficial do Registro de Imóveis deverá promover tentativa de acordo entre o impugnante e o poder público”. Essa normação recepciona, a um tempo, duas tendências contemporâneas: a *desjudicialização de conflitos*, em prol de instâncias administrativas ou parajurisdicionais, e a *resolução suasória dos dissídios*, fora e além da estrutura judiciária estatal.

(x) o CADE é “entidade judicante, com jurisdição em todo o território nacional” (art. 4º da Lei 12.529/2011). O CADE – autarquia federal, integrante do Ministério da Justiça – recepciona conflitos de largo espectro, emergentes entre grandes corporações, tais a formação de trustes, cartéis, *dumpings*. Verdade que boa parcela dessa litigiosidade tem se encaminhado às Câmaras de Arbitragem, por conta de seus atributos de confidencialidade e especialidade, a que se agrega o fato de a sentença arbitral formar título executivo judicial (CPC, art. 475-N, IV). Ainda assim, muitas controvérsias nesse campo afluem ao CADE, cuja competência, diz o art. 1º da Lei 12.529/2011, rege-se “pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”, completando o § 1º: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. A sujeição ao CADE dos históricos de infração aos valores antes referidos, não impede que os prejudicados, por si ou pelos co-legitimados à ação coletiva, postulem em Juízo seus interesses individuais ou individuais homogêneos (art. 47 da Lei 12.529/2009, c/c art. 82 da Lei 8.078/90), aí se revelando, uma vez mais, que as instâncias parajurisdicionais não concorrem, em senso negativo, com a Justiça estatal, mas antes se apresentam como estradas vicinais, podendo e devendo interagir de modo fecundo e produtivo com a Justiça estatal. Saliente-se ainda o disposto no art. 93 da Lei 12.529/2011: “A decisão do Plenário do Tribunal, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial”, devendo-se ainda sobrelevar a competência do CADE para celebrar importantes instrumentos para prevenção ou reparação de lesões aos valores sob sua alçada, tais o *compromisso de cessação da prática sob investigação*, com força de título executivo extrajudicial, e o *acordo de leniência* (Lei 12.529/2009, arts. 85 e § 8º e art. 86, nessa ordem). Escusado salientar a expressiva quantidade de processos de demorada instrução e complexa decisão que, de outro modo, afluíam à já sobrecarregada pauta da Justiça estatal, não fora a reconhecida eficiência do CADE no recepcioná-los e resolvê-los.

5. Releitura do interesse de agir, consentindo a exigência de prévia tentativa de resolução da pendência junto a agentes, órgãos ou instâncias para-jurisdicionais.

Enquanto a legitimação para agir conecta um direito material ao plano processual (v.g., o proprietário do imóvel locado é o autor da ação na qual se busca o despejo), já o interesse de agir tem sido visto como o elemento deflagrador da judiciabilidade de uma dada pretensão, a qual, não tendo sido atendida pela contra-parte, necessita da intervenção jurisdicional para se realizar praticamente. Processualmente, essa pretensão se projeta em dois sentidos: (*i*) um pedido imediato, a saber, o tipo de resposta jurisdicional almejada, que tanto pode ser a eliminação da incerteza (comandos diversos, no âmbito do processo de conhecimento), como a jurissatisfação (fase de cumprimento do julgado; processo de execução), ou mesmo pode cingir-se à prevenção do risco de dano eminente (processo cautelar); (*ii*) um pedido mediato, a saber, o bem da vida ou utilidade prática : pagamento, entrega de coisa, conduta comissiva ou omissiva.

Nesse sentido, fala-se num tríplice enfoque definidor do interesse de agir, a saber, a necessidade-utilidade-adequação da via eleita, o que, visto sob a perspectiva dos Poderes estabelecidos, evidencia um claro *discrimen*: enquanto as prestações primárias (saúde, educação, saneamento básico, segurança) devem ser ofertadas pelo Executivo, *de ofício*, já a prestação jurisdicional é de perfil reativo, ficando a depender de provocação do interessado (princípio da inércia da jurisdição), só podendo ser prestada nos limites em que venha instada pela parte, donde a corolária vedação de decisão *ultra, infra* ou *extra petita* – CPC, art. 460.

Sob outra mirada, sendo o Processo civil uma ciência instrumental, deflagram-se ainda outras intersecções com o plano do direito material, e assim é que, por exemplo, se um título cambial foi alcançado pela caducidade, ele não mais desafia processo executório, que reclama liquidez, certeza e exigibilidade, embora possa ser cobrado pela via ordinária ou quiçá mediante o procedimento monitório, podendo-se dizer que no exemplo dado faltava interesse de agir para a via executória, à míngua de *adequação* desta via ao caso concreto. Em modo análogo, dado que, ao menos na jurisdição singular, o interesse de agir deve ser concernente a um certo sujeito (um titular do afirmado direito), é inevitável o vínculo com a legitimação para agir, donde se dizer, em conhecida formulação sintética, que a legitimação é a *pertinência subjetiva do interesse*, ou seja: trata-se de saber a qual sujeito (ao menos *in statu assertionis*) concerne a relação ou situação jurídica relatada nos autos.

Verdade que a relação entre essas duas condições da ação vem a se alterar na esfera da jurisdição coletiva, na qual a condição legitimante não tem como ser extraída a partir da afetação exclusiva do afirmado direito a um específico agente, como se colhe neste exemplo: o Ministério Público pode (=está legitimado) a propor ação civil pública em nome de diversos interesses metaindividuais, dentre eles os individuais homogêneos (CF, art. 129, III; Lei 7347/85, art. 5º, I; Lei 8.078/90, art. 81, III, c/c art. 82, I e 117); todavia, em se tratando de interesses individuais, sua judicialização através do *parquet* depende de que eles sejam indisponíveis (CF, art. 127), donde não ser dado ao M.P., por exemplo, propor ação coletiva em favor de um grupo de compradores de veículos importados que aportaram com defeito de fabricação, por aí se evidenciando os pontos que aproximam e que distinguem ambas as categorias processuais. Por outras palavras, a outorga, pelo texto de regência, do poder de agir (legitimação ativa) não induz, necessariamente que, no caso concreto, esteja presente o interesse de agir: por exemplo, o PROCON, embora conste dentre os co-legitimados ativos para a ação coletiva em nome de interesses individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, § único, III, c/c art. 82, IV), todavia não tem interesse – no sentido processual – para uma ação desse tipo em prol do segmento de pessoas atingidas num desastre ambiental, por faltar àquela fundação pública, voltada ao consumerismo, o quesito da *pertinência temática*, no caso concreto.

Mesmo no campo da jurisdição singular (sujeitos determinados; legitimação ativa, em regra, calcada na titularidade do direito; coisa julgada *inter partes*), hoje se questiona se o acesso à justiça de um dado histórico de direito afrontado ou ameaçado pode continuar a fazer-se de imediato (ligação direta), em nome de uma exacerbada universalidade ou ubiquidade da jurisdição, ou se, numa releitura atualizada e contextualizada do acesso à Justiça, caberia exigir-se

desde logo a demonstração da prévia tentativa de resolução por meios auto ou heterocompositivos adequados ao caso.

É o que vem pleiteando o Poder Público nas ações previdenciárias, como esclarece Lúcio Picanço Facci: “A advocacia Pública da União (AGU), por sua vez, tem sistematicamente invocado em suas manifestações a falta de interesse de agir pela ausência de pretensão resistida pela União e suas autarquias em tais casos”. (...) “Pensamos que o pedido de solução sobre controvérsia existente entre o cidadão e o Estado, quando dirigido diretamente ao Judiciário, contribui para agravar o quadro de excesso de demandas judiciais, além de subtrair dos órgãos administrativos o poder-dever de analisar o caso concreto, de apreciar os fatos apresentados pelo administrado e assim, cumprir suas finalidades institucionais”. O autor refere que tal exigência de prévia busca pela instância administrativa vem sendo prestigiada pelo Judiciário, mencionando que “o Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (Fonajef) publicou o Enunciado nº 77, dispondo que ‘o ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo’”; ainda, refere o autor que a Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais da 2ª Região editou o Provimento nº 11/2002, “cujo parágrafo 4º de seu art. 8º prevê a obrigatoriedade da apresentação do protocolo de prévio pleito na via administrativa nas demandas em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ou da Caixa Econômica Federal”.³⁴

Ressalte-se desde logo que essa acepção contemporânea do interesse de agir afina-se com o ideário estabelecido na Res. CNJ 125/2010, que instituiu a *Política Judiciária Nacional*, a teor de seus *consideranda*, nos quais vem assentado que o art. 5º, XXXV da CF em verdade consagra um *sistema de justiça* (o que exclui, por definição, qualquer monopólio estatal a respeito), ideia-força complementada pelo art. 1º, *caput*, dizendo que aquela Política consagra, não uma judiciabilidade genérica e difusa, a que hoje assistimos, mas antes busca imprimir uma nova ordem, “tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. (Por exemplo, pode ser mais adequado um Termo de Ajustamento de Conduta para equacionar uma controvérsia ambiental envolvendo muitos pontos conflitivos, partes numerosas e área muito extensa, do que a busca obsessiva por uma decisão judicial de mérito).

A rigor, esse enfoque acaba por se afinar com o clássico conceito *carneluttiano* de lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida), porque, em fim de contas, antes da apresentação de uma dada pretensão à contra-parte, e antes de sua negativa ao cumprimento voluntário, não se pode, propriamente, falar em dissídio, conflito ou controvérsia que justifique deflagrar a jurisdição estatal. Assim, no caso das ações previdenciárias, antes aludido, parece-nos que o interesse de agir está a pressupor que o pleito tenha sido antes submetido ao INSS e por este recusado, ou retardado além de um tempo razoável. *Mutatis mutandis*, faltaria interesse de agir a uma empresa circense que, chegando a certa localidade, buscasse desde logo uma liminar judicial para se instalar em dado terreno, ainda antes de submeter tal pleito à municipalidade. Dito de outro modo, no atual estágio de desenvolvimento da ciência processual e de seu compromisso com a pacificação social, descabe *presumir* a existência de uma lide, pelo só fato do protocolamento da ação na Justiça.

Outro exemplo – este já positivado – é o da impetração de *habeas data*, cuja concessão fica a depender da demonstração da recusa ou leniência da instância administrativa a fornecer os dados solicitados, a teor do art. 8º e incisos da Lei 9.507/97. Ainda outro exemplo, este de extração constitucional, é o do conflito de natureza desportiva, no qual se exige, como condição para a judicialização, que a pendência tenha sido antes submetida ao Tribunal Desportivo e que já se tenham decorrido seis meses (art. 217 e § 1º).

³⁴ Conciliação no Direito Processual Público: novos paradigmas e a experiência recente da Advocacia-Geral da União. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 106, jan./2.012, p. 92.

Essa exigência de prévia submissão dos interesses contrariados ou insatisfeitos a uma instância não-jurisdicional, credenciada a recepcioná-los e quiçá resolvê-los, projeta efeitos positivos no desejável equilíbrio entre os Poderes da República, cujas funções interagem como vasos comunicantes, notando-se que a recusa, a ineficiência ou a oferta insatisfatória de uma dada prestação por uma certa instância administrativa, acaba por insuflar a contenciosidade social, a qual está na raiz da crise numérica de processos que assombra o Judiciário. Esse contexto se exacerba quando se examina o vezo da *transferência*, aos Juizados Especiais Federais, de tarefas e atribuições típicas e precípua do INSS (análise, instrução e decisão de pretensões previdenciárias) assim praticamente convertendo tais órgãos judiciais numa extensão ou uma *longa manus* da instância administrativa.

Esse aspecto foi criticamente examinado pelo juiz federal Júlio Guilherme Schattschneider: “Mas se esta é uma atribuição do próprio INSS, porque os Juizes em geral admitem que isto aconteça ? Acredito que haja várias respostas, mas a principal é: ‘porque sempre foi assim’” (...). “Muitos juizes com quem tenho discutido esta questão afirmam que até compreendem que o INSS está errado (e até admitem que, a depender do caso concreto, a hipótese pode caracterizar o crime de prevaricação), mas ficam com pena do segurado ou beneficiário, que ao ajuizar a sua demanda esperava uma resposta definitiva para a sua questão. Eis aí uma hipótese de aplicação prática do princípio constitucional do ‘coitadinho’”. (...) “A criação dos JEF’s, especialmente os previdenciários, e a demanda crescente pela sua expansão são a prova mais evidente da falta de solução do verdadeiro problema. Hoje, quase 100% das audiências designadas para a produção de prova oral naqueles Juizados são, na realidade, *justificações administrativas que não foram realizadas no INSS* (É necessário convir, todavia, que a estratégia é genial: eu transfiro o meu serviço para o Judiciário e ainda tenho o direito de contestar e recorrer se o Judiciário não o fizer direito)”.³⁵ Ainda no tocante às ações previdenciárias em trâmite nos JEC’s federais, saliente-se que aí tem sido adotada a técnica do *juízo antecipadíssimo do mérito*, onde se reproduz sentença de total improcedência prolatada no processo paradigma (CPC, art. 285-A), informando Vicente de Paula Ataíde Júnior que “já era comum a adoção do método para ações repetitivas de improcedência, ajuizadas pelo sistema eletrônico (batizado de *e-proc* na 4ª Região). E o INSS não tem reclamado da diminuição da carga de trabalho de seus procuradores”.³⁶

A insistência no vezo de lidar com a consequência – a demanda exacerbada – sem diagnosticar e atacar a causa, levou a que se trocasse um problema por outro: a *litigiosidade contida*, ficando “substituída” pelo *judicialismo exacerbado*. No ponto, afirma José Marcelo Menezes Vigliar: “Os juizados especiais cíveis encontram-se abarrotados ! O Judiciário não pôde criar uma política de funcionamento desses juizados. O Executivo e o Legislativo, como de costume quedaram-se omissos, incentivando moralmente a instalação dos juizados mas, igualmente, não apresentaram propostas de alteração legislativa par que todo o sistema criado pela Leis 9.099/95 e 10.259/2001 pudesse se tornar efetivo”.³⁷

Análogas ponderações servem de respaldo a outras ocorrências já positivadas, que vão consagrando a exigência de prévia submissão da pretensão a uma instância administrativa, ou, se se quiser, para-jurisdicional, ou, ainda, no caso das relações interpessoais, à própria contra-parte: (*i*) o manejo da *reclamação*, em caso de desatendimento – comissivo ou omissivo -, pela instância administrativa, de súmula vinculante do STF (CF, art. 103-A e § 3º), certo que aquele instrumento “só será admitido após esgotamento das vias administrativas” (Lei 11.417/2006, art. 7º, § 1º); (*ii*)

³⁵ Porcos assados, Victor Navorski e os Juizados Especiais e os Juizados Especiais. *Jus Navigandi*, Teresina (PI), ano 13, nº 2.220, jul./2009. Disponível em: <http://jus2.uol.br/doutrina/texto.asp?id=13247>, acesso em 27.08.2012.

³⁶ A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.276/2006). *Revista de Processo* nº 141, nov./2006, p. 120.

³⁷ A terceira fase da reforma do CPC e sua influência (já sentida) nos juizados especiais cíveis. In CALDEIRA, Adriano e CUNHA LIMA FREIRE, Rodrigo da (orgs.), *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil – estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*, Salvador: Podvium, 2007, p. 244.

a ação de despejo concernente à locação por tempo indeterminado, cuja peça inicial deverá ser instruída com a prévia notificação antes dirigida ao locatário, cientificando-o da pretensão de retomada, como explica Fernando da Fonseca Gajardoni: “(...) a depender do fundamento da demanda, na ação para a retomada do imóvel com denúncia vazia ou oca, sem motivo para a retomada (arts. 46, § 2º e 57 da Lei 8.245/1991), a petição inicial deverá vir acompanhada da prova da notificação do locatário (e não do sublocatário) para que proceda a desocupação no prazo de 30 dias, findos os quais, então, a ação de despejo poderá ser ajuizada”. Acrescenta o autor, em nota de rodapé: “O ajuizamento prematuro da ação de despejo, antes do decurso do prazo de 30 dias para a desocupação, impõe o decreto da carência da ação ajuizada por falta de exigibilidade da prestação, um dos elementos integrantes do interesse de agir (RT 118/370)”.³⁸

Nessa releitura – atualizada e contextualizada - do interesse de agir se insere, superlativamente, o posicionamento do STJ no REsp 982.133-RS (j. 10.09.2008; DJ 22.09.2008), assim reportado por Nelson Rodrigues Netto: “O *leading case* envolveu uma ação de exibição de documentos proposta em face da Brasil Telecom S.A para obtenção de documentos relativos a ”Contrato de Participação Financeira”. O autor teria interesse jurídico de conhecer tais documentos para, eventualmente, instruir ação pleiteando o pagamento de dividendos acionários ou diferenças de ações”. (...) “Realmente, o acórdão da 2ª Seção do STJ reconheceu a falta de interesse processual do autor para a ação de exibição de documento, em virtude da ausência de prova, em juízo, de ter ele formulado requerimento formal na via administrativa, e efetuado o pagamento dos custos deste serviço consoante expressa imposição legal”.³⁹

Não haveria razão técnica ou lógica para não mencionar, nessa linha exegética, as *Comissões de Conciliação Prévia*, na Justiça do Trabalho, a que se refere o art. 625-C da CLT, inserido pela Lei 9.958/2000, *verbis*: “Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia, se, na localidade da prestação do serviço, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria”, certo ainda que o ajuizamento da demanda só será possível em caso de tentativa frustrada desse meio suasório, e nessa hipótese o empregado recebe uma “declaração da tentativa conciliatória frustrada (...) a ser juntada à eventual reclamação trabalhista” (§ 2º daquele artigo). Sabe-se que há questionamentos acerca da constitucionalidade desses dispositivos, a par de divergências quanto à efetiva implementação dessas Comissões, mas ao nosso ver tais resistências não se justificam, como já sustentara Ada Pellegrini Grinover, ainda ao tempo do PLC nº 3.118/1992, concernente à espécie: “Nenhuma inconstitucionalidade pode ser vislumbrada na instituição de uma tentativa obrigatória de conciliação prévia ao processo, nos termos em que foi proposta. É certo que a Constituição assegura a inafastabilidade do controle jurisdicional no inc. XXXV do art. 5º, mas é igualmente certo que o exercício do direito da ação não é absoluto, sujeitando-se a condições (as condições da ação), a serem estabelecidas pelo legislador”.⁴⁰ Assim também pensa Sérgio Pinto Martins, aduzindo ainda: “Se o empregado não tentar a conciliação, o juiz irá extinguir o processo sem julgamento de mérito (art. 267, VI do CPC), por não atender a condição da ação estabelecida na lei. Se não houve tentativa de conciliação na Comissão, não existe pretensão resistida e não há interesse de agir da parte em postular perante o Judiciário”.⁴¹

Trata-se, pois, de uma tendência, decorrente da releitura – atualizada e contextualizada - do interesse de agir, consagrando o entendimento de que, antes de esgotadas as vias suasórias (as quais, de resto, permitem que a pendência alcance o desejável grau de maturação), não se pode ter como configurada uma vera *lide* que possa e mereça ser, válida e útilmente, submetida ao

³⁸ Ação de despejo. In -----e MENDES DA SILVA, Márcio Henrique (orgs.), *Manual dos Procedimentos Especiais Cíveis de Legislação Extravagante*, 2ª ed., São Paulo: Gen-Método, 2.009, p. 225 e rodapé nº 2.

³⁹ Análise crítica do julgamento “por atacado” no STJ (Lei 11.672/2008, sobre recursos especiais repetitivos). *Revista de Processo* nº 163, set./2008, p. 246.

⁴⁰ A conciliação extrajudicial na Justiça do Trabalho. *O Processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 94.

⁴¹ *Direito Processual do Trabalho*, 29ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 55.

Judiciário. Note-se que de modo algum por aí se apregoa uma genérica “jurisdição condicionada” ou um desmesurado esgotamento prévio da instância administrativa ou do plano consensual (nos moldes da EC 01/69, § 4º do art. 153), mas, antes e superiormente, essa proposta visa prevenir a judicialização direta, imediata e açodada de pretensões que sequer foram antes submetidas à contra-parte ou às instâncias competentes, não tendo assim atingido o desejável ponto de maturação que permitisse configurá-las como *lides*, no sentido próprio da palavra. Esse renovado pensamento enseja que desse modo se estimulem as instâncias administrativas e para-jurisdicionais a se estruturarem para atender com eficiência os objetivos a que se preordenam, e ainda estabelece um legítimo elemento de contenção contra o demandismo judicial excessivo.

Ainda na esteira da tendencial resolução consensual dos conflitos, alguns Tribunais têm estruturado um setor de conciliação (conforme exitosa experiência do TJSP). Sem embargo, tais experiências vêm por vezes questionadas, ao argumento de que, tendo já havido uma resposta jurisdicional em primeiro grau, na qual já se estabelecera (obviamente nas decisões de mérito) qual das partes estava assistida pelo bom direito, não se compreenderia que o vencedor da causa (o apelado) fosse ainda instado a se compor com o apelante. O argumento – que não é de todo desavisado – todavia cede à diretriz pela qual aos juízes é dado a qualquer momento conciliar as partes (CPC, art. 125, IV), o que inclui as causas que, pelo efeito devolutivo da apelação, estão submetidas ao segundo grau; além disso, não há negar que pesa sobre a parte vencedora em primeiro grau o risco de eventual reforma da decisão; além disso, geralmente, o cumprimento do julgado se faz após o trânsito em julgado, e este momento é um *incertus quando*, à vista das pautas sobrecarregadas de muitos Tribunais. Tenha-se ainda presente, no rol de argumentos favoráveis à conciliação (também) em segundo grau, o fato de que, se é verdade que a decisão de mérito serve a eliminar a incerteza, todavia por aí não se garante o resultado prático do comando (o pagamento, a entrega da coisa, a cessação da atividade ilícita), dados os notórios percalços e incertezas que cercam a fase jurissatisfativa. Assim é que, ponderados os prós e contras, o balanço resulta favorável à tentativa de conciliação em segundo grau, a qual, de resto, pode perfeitamente abranger as causas de interesse da Fazenda Pública, como expusemos em sede doutrinária.⁴²

6. O PL da Câmara Federal nº 8.046/2010, sobre o novo CPC, art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”. Visão crítica e proposta de inclusão de apêndice.

O inciso XXXV do art. 5º do vigente texto constitucional dispõe: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, notando-se que, a despeito das muitas ilações e leituras que se tem feito acerca desse dispositivo, seu endereçamento precípua é ao legislador futuro, prevenindo-o para não positivizar situações que fiquem, *a priori*, excluídas da possibilidade de judicialização; apenas em modo reflexo ou indireto é que o citado dispositivo toca ao jurisdicionado, virtual ou efetivo. Assim se há de entender, porque a jurisdição é inerte, só podendo, em regra, ser exercida quando instada mediante o exercício regular do direito de ação, e só podendo ser ofertada nos limites dessa provocação (vedação da resposta *ultra, citra, extra petita*). Por isso mesmo, quando o direito de ação (que é muito condicionado), não vem cumpridamente exercido, no bojo de um processo existente e válido, o Estado se desonera de apreciar o mérito da controvérsia, não se podendo, em tal caso, dizer que houve *tutela*

⁴² O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. RT nº 820, fev./2004, p. 11-49.

jurisdicional, mas tão somente uma *apreciação linear* de um histórico de dano temido ou sofrido, sem qualquer outro engajamento.

No ponto, aduz Pedro Lenza: “Apesar de ter [o inciso XXXV do art. 5º da CF] por destinatário principal o legislador (que ao elaborar a lei não poderá criar mecanismos que impeçam ou dificultem o acesso ao Judiciário), também se direciona a todos, de modo geral.”⁴³ Não se pode perder de vista que a Justiça estatal é *ofertada*, e não imposta, haja vista tantos outros modos de prevenção e resolução de conflitos, com destaque para a arbitragem, pressuposto negativo da jurisdição estatal – CPC, art. 267, VIII; a se entender de outro modo, a Justiça estatal se degradaria num genérico balcão de reclamações gerais, e o direito de ação se desnaturaria em... *dever de ação*, quando se sabe que, à exceção de certos direitos indisponíveis e de situações onde prevalece o interesse público, de ordinário nada obriga o titular de um direito contrariado ou insatisfeito a promover ação judicial.

Aliás, o exame sereno e desapassionado da questão judiciária brasileira revela que o vero problema não está no franco e desmesurado acesso à Justiça, mas sim no modo e no tempo em que tramitará o processo, e na possibilidade de, ao final, advir uma resposta jurisdicional justa e tecnicamente consistente. Ao propósito, a Min. Eliana Calmon, do STJ, à época Corregedora Geral do CNJ, afirmara certa feita, com espírito, que *o problema não está em entrar na Justiça e sim em como sair dela...* Análoga percepção tivera José Eduardo Carreira Alvim: “(...) o problema do acesso à Justiça não é uma questão de ‘entrada’, pois pela porta gigantesca desse templo chamado Justiça, entra quem quer, seja através de advogado pago, seja de advogado mantido pelo Poder Público, seja de advogado escolhido pela própria parte, sob os auspícios da assistência judiciária, não havendo, sob esse prisma, nenhuma dificuldade de acesso. O problema é de ‘saída’, pois todos entram, mas poucos conseguem sair num prazo razoável, e os que saem, fazem-no pelas ‘portas de emergência’, representadas pelas tutelas antecipatórias, pois a grande maioria fica lá dentro rezando para conseguir sair com vida”.⁴⁴

Com efeito, pouco ou nada adianta facilitar o acesso ao jurisdicionado se, ao depois, ele se verá às voltas com uma estrutura judiciária pesada e morosa, sem ao menos o conforto de uma razoável previsibilidade quanto ao tempo de duração do processo e mesmo quanto ao conteúdo da decisão a ser proferida. Há tempos observara Kazuo Watanabe que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”.⁴⁵ Em sentido consonante, pronunciou-se Cândido Rangel Dinamarco: “*Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça*. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com participação adequada do juízo e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do *processo justo*, ou *processo equo*, que é composto pela efetividade e um mínimo de garantias de meios e de resultados”.⁴⁶

Recepcionando e ampliando o contido no inciso XXXV do art. 5º da CF, o PL da Câmara Federal nº 8.046/2010, sobre o novo CPC, dispõe no art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”. O dispositivo enseja apreciação a mais de um título, mas, por ora, vamos apenas nos limitar a estas considerações: (*i*) ao ressaltar a opção pela arbitragem, o dispositivo *dixit minus quam voluit*, pois se é verdade que a hipótese de arbitragem implica em renúncia à Justiça estatal, isso porém não impede eventual intervenção jurisdicional, nos casos e

⁴³ *Direito Constitucional Esquemático*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1003.

⁴⁴ Justiça: acesso é descenso. Revista Jus Navigandi (PI), maio/2003: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4078/justica-acesso-e-descenso/print>, acesso em 05.09.2012.

⁴⁵ Acesso à justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coords.), *Participação e Processo*, São Paulo: RT, 1988, p. 128.

⁴⁶ Os conflitos e a ordem jurídica justa. *Instituições de Direito Processual Civil*, t. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2.009, p. 118

para os fins previstos nos arts. 22, § 2º e 4º e 33 da Lei da Arbitragem (nº 9.307/96), dado se reconhecer ao árbitro a *cognitio*, mas não o *imperium*; no ponto, José Miguel Garcia Medina: “Ainda que, sob certo ponto de vista, seja possível compreender a arbitragem como um equivalente da jurisdição (cf. art. 475-N, IV), o juízo arbitral não pode substituir, integralmente, a atividade jurisdicional estatal. Mesmo a execução de sentença arbitral depende do Poder Judiciário”⁴⁷; (ii) conforme exposto no item precedente, já estão positivadas diversas situações e ocorrências que, se não impedem, propriamente, a judicialização, todavia instituem exigências que, se desatendidas, levam à carência da ação por falta de interesse de agir; (iii) o citado PL da Câmara Federa nº 8.046/2010 prevê uma nova hipótese de julgamento liminar, antecipadíssimo do mérito, sem citação do indigitado réu quando a pretensão inicial contrariar jurisprudência do STF ou do STJ ou seu direito sumular (art. 307 e incisos, *passim*), o que, se não se afasta, propriamente, o acesso à Justiça, por certo o desestimula fortemente.

Mesmo *no estado da arte*, o citado art. 3º do PLC 8.046/2010 está a sinalizar, se não o réquiem do monopólio da Justiça estatal, quando menos a ideia-força de que a justiça é de ser distribuída, além do Judiciário, ainda por órgãos, agentes ou instâncias idôneos a prevenir ou compor conflitos em modo justo e em tempo razoável, segundo o critério da *adequação* entre o meio selecionado e a natureza da controvérsia; com isso se pode alcançar um *sistema de justiça*, como acenado nos *consideranda* da Res. CNJ nº 125/2010. Sob outra mirada, é possível extrair aquele dispositivo, implicitamente, que a vedação da justiça de mão própria (CP, art. 345) não significa, necessariamente, que as duas únicas alternativas ou sucedâneos restantes sejam a renúncia do afirmado direito ou a judicialização pronta e imediata da controvérsia, bem podendo os interessados prevenir ou resolver suas divergências por si mesmos ou mediante a intercessão de um agente facilitador, ou ainda por outros meios, auto e heterocompositivos, desde que não excluídos pela natureza da matéria ou qualidade das partes envolvidas.

Pelos motivos antes expostos, ousamos sugerir a adição, ao citado art. 3º do PLC 8.046/2010, deste apêndice: **“A lei indicará os casos em que a pretensão deverá ser previamente exposta à contraparte ou em que o conflito deverá ser antes submetido a agentes, órgãos ou instâncias do setor público ou privado, adequados à matéria, incentivando-se a utilização de meios auto ou heterocompositivos”**.

São Paulo, 06 de setembro de 2012.

(*)Rodolfo De Camargo Mancuso

**Doutor, Livre-docente e Professor Associado na Faculdade de Direito da USP
Procurador, aposentado, do Município de São Paulo**

⁴⁷ *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: RT, 2012, p. 25, nota XIII ao art. 1º.

PANORAMA DOS DIREITOS DAS MULHERES NA ORDEM INTERNACIONAL E NA ORDEM INTERNA

Simone Andréa Barcelos Coutinho

Procuradora do Município de São Paulo

Sumário

1. Introdução. 2. O Direito Internacional. 2.1. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. 2.2. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará”. 2.3. Eficácia dos Tratados sobre Direitos das Mulheres. 3. O Direito Interno, a Sociedade e os Desafios aos Direitos das Mulheres. 4. Conclusões.

1. Introdução

A promulgação da Constituição de 1.988 pôs uma pá de cal na desigualdade de direitos entre o homem e a mulher, revogando todas as normas discriminatórias à ela preexistentes.

No direito interno, a igualdade é um princípio fundamental e também um direito fundamental, tal qual proclamada, respectivamente, no art. 3º, inciso IV e no art. 5º, *caput* e inciso I, ambos da Constituição da República, a seguir transcritos:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

...

IV – promover o bem de todos, *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*”

...

“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:*

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)” (grifamos)

Reafirmando a plena igualdade de posições jurídicas entre homens e mulheres, o § 5º do art. 226 da Carta Magna estabelece que “os direitos e os deveres

referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, não restando dúvidas acerca do caráter de *direito fundamental* desse dispositivo, que revogou todas as normas do Código Civil de 1916, então vigente, que consagravam a desigualdade de posições jurídicas entre homens e mulheres na família.

O Código Civil atual, fiel à diretriz constitucional, não reproduziu as normas discriminatórias do seu antecessor de 1916, notadamente quanto à chefia da sociedade conjugal pelo marido, a possibilidade de deserdação de filha que vivesse em casa paterna, por “desonestidade”, o defloramento da mulher como causa de anulação do casamento.

Porém, toda uma história de preconceitos e de exclusão de direitos deixou, na sociedade, um rastro de costumes que teima não desaparecer. Portanto, há, no plano dos fatos, desafios aos direitos de igualdade e de liberdade das mulheres, os quais exigem enfrentamento específico.

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessária a abordagem dialógica dos direitos fundamentais e dos direitos humanos previstos nos tratados de que o Estado Brasileiro é parte.¹

2. O Direito Internacional

2.1. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convenção de Nova Iorque)

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, no Preâmbulo, diz:

“Reconhecendo que para alcançar a *plena igualdade* entre o homem e a mulher é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem, como da mulher na sociedade e na família,(...)” – (grifamos)

Já no Preâmbulo, a Convenção em foco, ao reconhecer a necessidade de modificar *o papel tradicional* tanto do homem quanto da mulher na sociedade e na família, coloca a necessidade de sua *superação*, para alcançar a plena igualdade de direitos.

Até a intensificação do Feminismo nos anos 60-70 do século XX, os ordenamentos jurídicos dos mais diversos países acatavam as diferenças de gênero como determinantes ou legitimadores da diferença de direitos entre homens e mulheres. Vale dizer, políticos e juristas eram incapazes de enxergar *injustiça* no *status* sócio-jurídico diferenciado em razão do sexo, privilegiado para o homem e rebaixado para a mulher.

A Convenção ora tratada estabelece, como princípio de Direito Internacional, a ruptura com a *neutralidade* do Direito nesta seara, isto é, com o não-intervencionismo estatal nas relações entre homens e mulheres, marcado pela imposição de diferenças de papéis e *status* sociais entre os sexos, diferenças essas legitimadoras das diferenças de direitos.

A partir do momento em que se passa a entender que as diferenças de sexo *não devem* acarretar diferenças de direitos, tem-se uma certeza: a Convenção marca uma ruptura e guinada de paradigmas. Se antes as diferenças sociais legitimavam diferenças de

¹ A doutrina define *direitos fundamentais* como os previstos em normais constitucionais e *direitos humanos*, os contidos nos tratados internacionais.

direitos, passa-se a entender que tais diferenças, na medida em que determinam o poder masculino e a subjugação feminina, significam *discriminações*.

Por isso, no seu art. 1º, a Convenção de 1979 cunhou a expressão “discriminação contra a mulher” como o seu objeto, definindo-a, *verbis*:

“Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, a expressão ‘discriminação contra a mulher’ significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.”

Convém transcrever, ainda, o art. 2º, *caput* e letras *a, b, e e f* da Convenção:

“Artigo 2º - Os Estados-partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

a) consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas Constituições nacionais ou em outra legislação apropriada, o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados à realização prática desse princípio;

b) adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;

...

e) tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;

f) adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;”

Importantíssimo é o artigo 3º da Convenção:

“Artigo 3º - Os Estados-partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e *cultural*, todas as medidas apropriadas, *inclusive de caráter legislativo*, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de *garantir-lhe o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.*” (grifamos).²

² “This includes not just overturning discriminatory laws, but also introducing new gender-sensitive laws and policies, changing the attitudes, practices and procedures within Governments, ensuring that private organizations and individual citizens do not discriminate against women, and changing harmful cultural stereotypes. The Convention therefore takes the conditions of women’s actual lives, rather than the wording of laws, as the true measure of whether equality has been achieved.” (http://www.unifem.org/cedaw30/about_cedaw/ - acesso em 11.07.2012)

Atente-se para o caráter profundamente esclarecedor do artigo 3º: mais do que enunciar o direito de igualdade e a titularidade dos demais direitos e liberdades fundamentais, *a lei deverá garantir que o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais dê-se em igualdade de condições com o homem.*

Destarte, conclui-se que a Convenção *proscreeve* interpretações que argumentem diferenças biológicas e sociais entre os sexos, a fim de justificar que os direitos da mulher à liberdade, à segurança e à propriedade, assumam feições distintas em razão do sexo feminino ou da cosmovisão que se tenha acerca dele, razão pela qual a liberdade da mulher teria que ser menor, seus direitos inerentes à propriedade, mais restritos. Assim, expurgam-se operações hermenêuticas que procurem justificar que a mulher exerça e goze da vida, da liberdade, da segurança e da propriedade em menor extensão que o gozo do homem mas que, por outro lado, esteja ela, mulher, sujeita a maiores proibições e deveres, como tem ocorrido ao longo da História.

O artigo 4º da Convenção dispõe que a adoção, pelos Estados-partes, de “medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação (...)”. Tratam-se das chamadas *ações afirmativas*³, já aceitas como conformes à Constituição da República Federativa do Brasil pelo Supremo Tribunal Federal.⁴

Temos, pois, que, para a mulher, os direitos humanos assumem o seguinte significado, nos termos da aludida Convenção: *igual* vida, *igual* liberdade, *igual* segurança e *igual* propriedade em relação ao homem. Bem assim, *igual* educação e *igual* trabalho.

E as situações da vida experimentadas somente pela mulher, como a maternidade?

É iníquo, contrário aos direitos de igualdade e de liberdade, imporem-se à mulher deveres extraordinários em razão de tal evento, ainda que sob o argumento do interesse da criança e quejandos. Assim, não se pode exigir que a mulher deixe de trabalhar para cuidar da prole; a lei não pode impor limites à liberdade da mulher, ainda que em razão da maternidade, pois a liberdade da mulher deve ser gozada e exercida em igualdade de condições com a liberdade do homem. Assim, por exemplo, não poderia o legislador editar lei que *obrigasse* a mulher ao aleitamento materno, pois tal medida feriria o seu direito de liberdade. Da mesma maneira, não pode o legislador impor determinados padrões de comportamento social e familiar, que impactem apenas na vida da mulher.⁵

O que não se exige do homem, não será exigido da mulher.

O art. 5º, *a* da Convenção aludida reconhece a existência da chamada condição feminina, das questões de gênero, como o texto mostra:

“Artigo 5º - Os Estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para:

³ “Sometimes, in areas in which the long-term effects of discrimination have seriously disadvantaged women, laws may be required that give women not just formal equal treatment with men, but preferential treatment. Article 4 of the Convention provides for “temporary special measures” (such as quota laws for political representation) to be required for a period of time, in order to accelerate the achievement of equality.” (http://www.unifem.org/cedaw30/about_cedaw/ - acesso em 11.07.2012)

⁴ No julgamento da ADPF 186, em 4.05.2012. Acórdão ainda não publicado. Ata nº 12, de 26/04/2012. DJE nº 86, divulgado em 03/05/2012.

⁵ Nesse sentido, foi suprimida do Código Penal brasileiro, pela Lei nº 11.106/2005, a expressão “mulher honesta”, que consistia em elemento normativo dos tipos previstos nos artigos 215, 216 e 219

a) modificar os padrões sócio-culturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.”

A Convenção apresenta outras normas elucidativas, como o art. 9º, segundo o qual os Estados-partes outorgarão às mulheres direitos iguais aos dos homens quanto à nacionalidade. Em síntese, a nacionalidade da mulher jamais acompanhará a do marido. Os Estados-partes outorgarão à mulher os mesmos direitos que o homem quanto à nacionalidade dos filhos.

O art. 10, letras *a*, *c*, *g* e *h*, merecem transcrição:

“Artigo 10 – Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres:

a) as mesmas condições de orientação em matéria de carreiras e capacitação profissional, acesso aos estudos e obtenção de diplomas nas instituições de ensino de todas as categorias, tanto em zonas rurais como urbanas; *essa igualdade deverá ser assegurada na educação pré-escolar, geral, técnica e profissional, incluída a educação técnica superior, assim como todos os tipos de capacitação profissional;*

...

c) *a eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino, mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino;*

...

g) as mesmas oportunidades para participar ativamente nos esportes e na educação física;

h) acesso a material informativo específico que contribua para assegurar a saúde e o bem-estar da família, *incluída a informação e o assessoramento sobre o planejamento da família.* (grifamos).⁶

Os Estados-partes na Convenção têm obrigação de três faces de respeitar, proteger e promover os direitos humanos das mulheres.⁷

⁶ A Lei nº 9.263/1996 contém diversos dispositivos que dificultam o exercício de tal direito e acarretam impacto desigual e negativo na auto-determinação das mulheres.

⁷ « The Convention has achieved nearly universal ratification, with 186 countries having become States parties to it. States parties have the three-fold obligation to respect, protect and fulfil women’s human rights. To “respect,” the State must abstain from any conduct or activity of its own that violates human rights. To “protect,” the State must prevent violations by non-state actors, including individuals, groups, institutions and corporations. And to “fulfil,” the State must take whatever measures are needed to move towards the full

Assim, vê-se que, nos termos da citada Convenção, a República Federativa do Brasil⁸ assumiu perante a ordem internacional e também perante a ordem jurídica interna o *dever* de *promover* a efetividade do direito de igualdade das mulheres na sociedade. Isso significa que não basta o reconhecimento legal do direito de igualdade nas relações familiares, no direito das obrigações e contratos; é imperioso que em todas as relações sociais, a mulher seja tratada com igualdade em relação ao homem, vale dizer, com o mesmo apreço, o mesmo respeito, livre de práticas tradicionais e de linguagem discriminatórias.⁹

Promover não significa simplesmente garantir na lei, mas agir, interferir na realidade com de medidas planejadas, orientadas para um fim, no caso, a igualdade de sexos. Isso significa que o Estado brasileiro (pelos dos entes que o compõem, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, na medida de suas competências) tem o dever de formular e de implementar *políticas públicas*, nos termos e com os fins propostos pela Convenção aludida, com vistas a combater a desigualdade das mulheres na sociedade, implantando, efetivando, ações voltadas à eliminação da discriminação contra a mulher, das diferenças de gênero.

Nenhuma política pública orientada por discriminação de sexo, tal como definida na Convenção de Nova Iorque, será lícita; por conseguinte, a despesa pública envolvida será irregular e seu ordenador, responsável civil e administrativamente.

O art. 11 da supramencionada Convenção determina a eliminação da discriminação no emprego, reconhecendo à mulher o direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano, o direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive critérios de seleção, de escolher livremente profissão e emprego, igual remuneração, seguridade social, proteção da saúde, direito de não ser discriminada por casamento, gravidez ou maternidade, direito a rede de cuidado das crianças.

O direito da mulher ao trabalho significa, necessariamente, que a mulher tem direito à mesma liberdade do homem na escolha e no desempenho de qualquer trabalho, porém não só: tem a mulher, também, o direito de buscar o sucesso profissional e econômico, tanto quanto o homem, bem como o direito de eleger suas atividades profissionais como prioridade em sua vida.

realization of women's human rights. » (http://www.unifem.org/cedaw30/about_cedaw/ - acesso em 11.07.2012)

⁸ Artigo 1º, *caput*, da Constituição da República:

“Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)”

⁹ As mulheres são alvo constante de linguagem discriminatória e humilhante, decorrente da idéia de que são seres inferiores e menos dignos de respeito e de apreço. A mulher que aparente ser solteira e/ou jovem ainda é chamada, por muitos, de “senhorita” (na língua portuguesa, *diminutivo* de “senhora”), ao passo que o homem, solteiro ou casado, jovem ou idoso, é sempre tratado como “senhor”. Não existe “senhorito”. Destarte, a forma de tratamento “senhorita” deve ser abolida, por afrontar o direito de igualdade das mulheres, que não podem receber tratamento diferente e menos digno do que o recebido pelos homens. Se o homem solteiro é sempre senhor, a mulher solteira também deve ser sempre senhora.

A República Francesa aboliu a forma de tratamento “senhorita” (*mademoiselle*) de todos os documentos oficiais. A medida foi anunciada em 21.02.2012 pelo Gabinete do Primeiro-Ministro François Fillon, em circular do Palácio de Matignon. Tal medida atendeu a reivindicações de feministas francesas, sobretudo dos grupos *Osez le Féminisme* e *Chiennes de Garde*.

Com isso deixamos claro que a relação da mulher com o trabalho, aqui tomado em sentido amplo - não apenas trabalho subordinado, mas também a atividade empresarial - há de ser de sua livre escolha. Historicamente, tem-se entendido o trabalho da mulher como acessório na economia familiar, visão que resiste e recupera forças neste momento que alguns chamam de “pós-feminista”. Ousamos dizer que a mulher não tem a mais remota obrigação de, ainda que se torne mãe, colocar o sucesso profissional em segundo plano. Do mesmo modo, não tem a mais remota obrigação de tornar-se uma heroína de ficção que tenta se equilibrar entre os papéis, alcançando em cada alto desempenho. A verdade é que, jamais, na História da Humanidade, foi imposto aos homens que deixassem de trabalhar por não ter com quem “deixar” os filhos. Das mulheres, tal conduta é o tempo todo exigida, a pretexto de ser “natural”... Sintoma disso é o aparecimento de propostas no sentido de se estender ao máximo a licença-maternidade. Pior: da imposição de penas às mulheres que, pasmem, coloquem as crianças em creches ou similares, durante o gozo da licença-maternidade!¹⁰ O pretexto, sempre, é o interesse da criança, e não o da mãe, como o discurso no sentido de “convencer” as mulheres a amamentarem por mais tempo... Destarte, a licença-maternidade, a nosso ver, há de corresponder a um período de tempo que permita total recuperação da mulher do evento parto, nos aspectos físico e psicológico, jamais se estendendo de forma a alijá-la ou a tender a afastá-la do mundo do trabalho. Neste, a competitividade é um fato que o Direito não pode mudar, tampouco pode o Estado impor às trabalhadoras o dever de perderem oportunidades e posições apenas porque a sociedade teima impor-lhes um altruísmo forçado, sobre-humano, heróico. O Direito não exige heroísmo de ninguém. Não há de impô-lo mulher.

O art. 12 proíbe a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, garantindo acesso a tais serviços, inclusive de planejamento familiar.

A proibição de discriminação na esfera dos cuidados médicos significa que o profissional da saúde, médico, paramédico ou enfermeiro, abster-se-á de toda e qualquer conduta que valere o comportamento da mulher conforme os preconceitos tradicionais que firam seus direitos, notadamente à igualdade, à liberdade, à integridade física e mental. Seriam, pois, contrários ao direito eventuais exames de verificação de virgindade numa mulher, ainda que menor de dezoito anos e a pedido de seus pais ou responsáveis; recusa de distribuição de anticoncepcionais por ser a mulher menor de idade; tratamento de mulher vítima de complicações decorrentes de aborto sem anestesia, pois o profissional de saúde não tem o direito de julgar seus pacientes, aplicando-lhes penas liminarmente. Enquanto o direito brasileiro punir o aborto como crime, competirá à Justiça processar e julgar a acusada, com todas as garantias do devido processo legal e, caso haja condenação, a pena aplicável será a detenção, e não a tortura (arts. 124 a 128 do Código Penal).

O art. 15 da mencionada Convenção prevê igualdade em matéria civil (igualdade de contratar, administrar bens, escolha de sobrenome, profissão) e o mesmo direito de contrair matrimônio.

2.2. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará”

¹⁰ É o caso do inciso III do artigo 198 da Lei paulista nº 10.261/1998, com a redação dada pela Lei Complementar paulista nº 1.054/2008, dispondo que cometerá falta grave a servidora do Estado de São Paulo que, durante a licença, exercer qualquer atividade remunerada ou mantiver a criança em creche ou organização similar;

Na IV Conferência Mundial que a ONU realizou na China, em 1995, relatório da ONG America's Watch apontou o Brasil como campeão mundial de violência contra a mulher.¹¹

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – “Convenção de Belém do Pará” (1994), em vigor no Brasil por força do Decreto nº 1.973, de 1º de Agosto de 1996, define violência contra a mulher nos seus arts. 1º e 2º:

“Artigo 1º

Para os efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual *ou psicológico* à mulher, tanto no âmbito público como no privado.

Artigo 2º

Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

- a) que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual;
- b) que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar, e
- c) que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.” (grifamos)

E, no seu art. 6º, a Convenção define o que é o direito da mulher a uma vida livre de violência:

“Artigo 6º

O direito de toda mulher a uma vida livre de violência inclui, entre outros:

- a) o direito da mulher de ser livre de toda forma de discriminação;
- b) o direito da mulher ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseadas em conceitos de inferioridade ou subordinação.”

2.3. Eficácia dos Tratados sobre Direitos das Mulheres

¹¹ Diário Oficial do Estado - Poder Legislativo, São Paulo, de 11.12.2001, p. 04.

O Supremo Tribunal Federal entende que os tratados internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias.¹² Já os tratados sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, conforme o § 3º acrescido ao art. 5º da Constituição da República pela Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/2004.

Entretanto, em 2008, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que as convenções internacionais de direitos humanos, celebradas antes do advento da Emenda Constitucional nº 45, têm natureza materialmente constitucional, por incidência do § 2º do artigo 5º da Carta Magna, que faz com que se subsumam à noção de “bloco de constitucionalidade”.¹³

Assim, tanto à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, quanto à Convenção de Belém do Pará, pode ser atribuída natureza materialmente constitucional, criando direitos para as mulheres e obrigações para o Estado e particulares.

A Convenção de Belém do Pará traz conceito inovador: o da discriminação como violência; dos padrões estereotipados de comportamento, isto é, da própria condição feminina como violência.

E o que é condição feminina?

Condição feminina é o conjunto de regras jurídicas, sociais, morais e religiosas, impostas exclusiva ou preponderantemente às mulheres em decorrência do seu sexo e de eventos a ele relacionados, determinado um *status social* diferente daquele do homem. Assim, condição feminina e gênero caminham juntos.

3. O Direito, a Sociedade e os Desafios aos Direitos das Mulheres

A despeito do direito de igualdade previsto no art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição da República, e de o direito de liberdade, nos termos da Constituição, serem rigorosamente os mesmos para ambos os sexos, a condição feminina opera no plano dos fatos e tem sujeitado as mulheres a mais extensas proibições e a maiores encargos, resultando-lhes, pois, um menor plexo de direitos que o dos homens.

Com isso, os homens sentem-se à vontade para imporem-se, inclusive pela força, sobre as mulheres, e as próprias mulheres inclinam-se a aceitar como *normal* a hierarquia sexual, devido à educação domesticadora que perpetua o preconceito e faz da mulher sua aliada (cf. Dallari, 1996/1997, p. 89).

Além disso, a sociedade impõe às mulheres um padrão de feminilidade que as predispõem a sofrer violência física e psicológica, porque não são ensinadas a desenvolver a força física e a capacidade de defesa e de ataque. Ao contrário, ensinam-se-lhes a docilidade, a passividade e a concórdia.

Porém, como foi visto, a Convenção de Belém do Pará define violência contra a mulher como algo além da violência física, para abranger qualquer ação ou conduta que cause dano ou sofrimento psicológico (art. 1º). Vai além dos termos restritos da violência doméstica, abrangendo esta (art. 2º, letra “a”) e alcançando a ocorrida na

¹² RE 80.004, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 01.06.1977, Plenário, RTJ 83/809.

¹³ HC 91.361, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.09.2008, Segunda Turma, RTJ 208/1120.

comunidade, praticada por qualquer pessoa (art. 2º, letra “b”) ou pelo Estado e seus agentes (art. 2º, letra “c”). *E o art. 6º da Convenção diz que uma vida livre de violência é uma vida sem que a mulher sofra discriminação.*

A condição feminina é uma condição subalterna, que frustra a fruição, pelas mulheres, dos seus direitos fundamentais. Pode-se dizer que a nota característica da condição feminina é o *altruísmo forçado*, reprimindo-se, na mulher, o individualismo e negando-se-lhe o direito de colocar a si mesma em primeiro lugar na sua própria vida. A condição feminina, portanto, cerceia a expressão individual da mulher e é o maior desafio ao seu direito de liberdade. Por exemplo: Muitas mulheres ainda abandonam o trabalho porque tiveram filhos e crêem-se obrigadas a deles cuidar, priorizando a maternidade em detrimento da profissão. Isso ocorre porque o preconceito impôs o “dogma” de que é função da mãe cuidar dos filhos. Não é função do pai. Algum homem já deixou de trabalhar para cuidar dos filhos? A Constituição da República permite que a sociedade inflija à mulher maiores deveres do que os do homem, com relação aos filhos?

A negativa impõe-se. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I). Além disso, repita-se, os deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, vale dizer, os deveres com relação aos filhos, inclusive, são rigorosamente os mesmos para o pai e para a mãe (art. 226, § 5º da Constituição da República).

Destarte, como foi visto linhas atrás, nas situações de vida experimentadas apenas pela mulher, não pode o legislador infligir-lhe deveres extraordinários ou tomar qualquer medida tendente a diminuir a extensão de seus direitos fundamentais com relação ao homem. Esta assertiva é válida, também, para as políticas públicas. Assim, por exemplo, não poderia um município, competente para prestar os serviços de educação infantil, ao invés de abrir vagas em creches, criar um auxílio em dinheiro para manter as mães dentro de casa, cuidando dos filhos, desestimulando, portanto, o gozo, pelas mulheres, do direito fundamental ao trabalho (art. 6º da Constituição da República) e reforçando o seu papel sexual tradicional. Tal medida afrontaria o direito fundamental do trabalhador à assistência aos filhos em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV) e o direito de igualdade (arts. 5º, I e 226, § 5º) previstos na Constituição da República, bem como os preceitos igualitários das convenções internacionais supramencionadas, que têm força de lei. Também com fulcro no art. 5º, I da Constituição da República, não poderia nenhum ente público ou privado prestador de serviços de saúde lançar campanha incentivando as mulheres jovens à abstinência sexual, nem negar às mesmas informações e acesso a métodos e meios contraceptivos.¹⁴

Quanto à violência, a norma contida no § 8º do art. 226 da Constituição dispõe que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Pode-se dizer que o Estado brasileiro cumpre seu dever constitucional, de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares?

Hoje ainda temos, na República Federativa do Brasil, leis de conteúdo discriminatório.¹⁵ Só com a promulgação da Lei nº 11.340/2006 os crimes praticados com

¹⁴ Vide nosso “Direitos da Filha e Direitos Fundamentais da Mulher”, Curitiba, Juruá, 2004, p.80.

¹⁵ A já referida Lei 9.263/1996 – Lei do Planejamento Familiar – é um exemplo clássico de lei discriminatória, pois proíbe a esterilização cirúrgica voluntária de mulher durante os períodos de parto e aborto e exige o consentimento expresso do cônjuge para esterilizar-se. Art. 10, §§ 2º e 5º.

violência contra a mulher foram excluídos do regime das infrações de menor potencial ofensivo, no caso do cometimento de infrações cuja pena cominada em abstrato não fosse superior a um ano (Lei 9.099/1995, art. 61).

Temos, porém, discriminação *por omissão*. A Lei nº 7.716/89 tipifica como crimes a discriminação resultante de preconceito de raça, cor, religião ou procedência nacional, mas não contempla a discriminação baseada no preconceito de sexo. A Lei nº 9.455/97, por sua vez, deixou de prever o fator sexo entre aqueles elencados na definição do crime de tortura.

A omissão inconstitucional do legislador, em tipificar como crime a discriminação resultante de preconceito de sexo, a tortura motivada por sexismo, bem como o tratamento deveras brando dispensado à violência contra a mulher consistem, também, em descumprimento, por parte da República Federativa do Brasil, das convenções internacionais supramencionadas.

A mulher que sofra discriminação resultante de preconceito de sexo, por exemplo, permanece com os seus direitos de igualdade e de liberdade totalmente desprovidos de efetividade, por conta de omissão legislativa. Nesse caso, tendo em vista a impunidade sistemática dessa violação na República Federativa do Brasil, pensamos caber denúncia ou queixa à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (art. 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Oportuno esclarecer que a violência praticada contra a mulher no âmbito das relações familiares não corresponde apenas à violência do marido ou companheiro contra a mulher, mas também a dos pais contra as filhas, irmãos contra irmãs, tios contra sobrinhas, avós contra netas. Além disso, tal violência *não tem* como agente, necessariamente, alguém do sexo masculino. Se a mãe agride fisicamente a filha porque a mesma “perdeu” a virgindade, é indiscutível que se está diante da violência doméstica de gênero.

Porém, como bem demonstra a redação da Convenção de Belém do Pará, a família não é o único âmbito no qual ocorre a violência contra a mulher. Nesse sentido, Sílvia Pimentel:

“A maior parte da violência contra as mulheres e meninas se produz na esfera privada, e é cometida por familiares. Embora estes atos não possam ser diretamente atribuídos ao Estado, este tem responsabilidade na medida em que muitas vezes mantém e mesmo colabora para a reprodução de um sistema cultural, social ou jurídico que tolera essas violações, omitindo-se de adotar políticas públicas e medidas positivas para preveni-las e puni-las. Em vários Estados, existem contextos culturais que legitimam a subalternidade das mulheres, e dessa forma reforçam a violência contra elas.” (PIMENTEL, 2001, pp. 87-88).

Para que se combata a violência contra a mulher no Brasil, primeiramente é indispensável acabar definitivamente com a banalização do preconceito de sexo, que o apresenta como algo de somenos importância, palatável e até divertido. Ao revés, o Direito deve assumir que a discriminação e o preconceito de sexo são tão graves e odiosos quanto o racismo e o preconceito em razão da procedência nacional ou da religião.^{16 1}

¹⁶ Vide nosso “Um Caso de Omissão Inconstitucional”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 51/52, pp. 143-152.

Ainda, tem-se a certeza de que a discriminação contra a mulher *não* é praticada apenas pelo Estado e seus agentes. Os particulares discriminam a mulher, com frequência infinitamente maior que o Estado e seus agentes, até porque esses se sujeitam ao regime jurídico de direito público, o que dificulta a prática da discriminação. Assim, a empresa privada discrimina no momento de admitir pessoal. Veicula um anúncio de jornal exigindo “sexo masculino” e ninguém objeta. O comércio e o setor de serviços muitas vezes discriminam as mulheres, dando-lhes atendimento negligenciado ou negando o atendimento, como os estabelecimentos que só recebem mulheres “acompanhadas”. A mulher que aparente ser jovem ou solteira ainda é discriminada, ao ser chamada de “senhorita”, quando o homem, independentemente de idade ou de estado civil, é sempre “senhor”... Nenhuma medida oficial jamais foi tomada contra o denominado “turismo sexual”. Quanto ao assédio moral no trabalho, as mulheres são mais vitimadas.¹⁷

Finalizando, transcrevemos a lição de Sílvia Pimentel:

“Portanto, seja por força da normatividade internacional, seja por força do próprio Direito interno, o Estado Brasileiro tem o dever jurídico de prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra as mulheres. A este dever corresponde o direito fundamental a uma vida livre de violência, seja na esfera pública, seja na esfera privada.” (PIMENTEL, 2001, p. 90).

4. Conclusões

Em face do exposto, conclui-se ser dever da República Federativa do Brasil reconhecer que, em face da Constituição (arts. 3º, IV, c/c arts. 5º, *caput*, e incisos I e XLI), o preconceito e a discriminação contra a mulher *são tão graves, odiosos e perversos para com a Humanidade quanto o racismo e as discriminações motivadas por preconceito de origem, cor, procedência nacional, idade e religião, merecendo o mesmo tratamento da lei penal*, alterando-se a redação da Lei 7.716/89 para que passe a incriminar, também, a discriminação resultante de preconceito de sexo; deve ser proposta a revisão da Lei 9.099/95, para dela excepcionar a violência cometida contra a mulher nas relações familiares, cumprindo-se, dessarte, o art. 226, § 8º da Constituição da República; deve o Estado encampar a tese de que a condição feminina, os papéis sexuais e o *status social* rebaixado das mulheres têm que ser combatidos ativamente, com políticas públicas específicas, de campanhas e das instituições de ensino, a fim de convencer toda a sociedade de que, mais do que igualdade, a mulher tem direito à igual liberdade com relação ao homem, independentemente de eventos como maternidade e casamento; que os direitos fundamentais da mulher são oponíveis ao Estado, a toda a sociedade e à família; que as filhas devem receber exatamente a mesma educação que os filhos, tendo exatamente os mesmos direitos e a mesma liberdade, inclusive sexual.

¹⁷ Segundo dados da página da Internet www.assediomoral.org/eventosIseminario/4assedio.htm, os maiores percentuais de assédio moral verificados em diversos países atingem as mulheres. E, segundo consta da página www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/femm/20010620/439227pt.pdf, conforme Marie-France Hirigoyen, existe uma proporção de 70% (setenta por cento) de mulheres vitimizadas pelo assédio moral para 30% (trinta por cento) de homens na Europa. Ambas as páginas acessadas em 30.03.2004.

BIBLIOGRAFIA

Simone Andréa Barcelos. *Direitos da Filha e Direitos Fundamentais da Mulher*. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. Um Caso de Omissão Inconstitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: Centro de Estudos, nº 51/52: 143-152, janeiro/dezembro 1.999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Preconceito. *Policiais, Juízes e Igualdade de Direitos*. Vários autores. São Paulo: Júlio Lerner Editor, 1996/1997.

DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Poder Legislativo, São Paulo, de 11.12.2001, p. 04

PIMENTEL, Sílvia. 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Centro de Estudos. série Eventos 8. São Paulo: 2001: pp.84-104.

Em: <<http://www.assediomoral.org/eventosIseminario/4assedio.htm>>. Acesso em: 30.03.2004.

Em: <<http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/femm/20010620/439227pt.pdf>>. Acesso em: 30.03.2004.

Em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691269>>. Acesso em: 12.07.2012.

Em: <http://www.unifem.org/cedaw30/about_cedaw/>. Acesso em: 11.07.2012.

Fiscalidade urbanística no Brasil e na França: instrumentos fiscais para a construção de cidades sustentáveis

*Urban Property taxation in Brasil and in France:
legal instruments to the development
of sustainable cities*

Debora Sotto

Doutoranda em Direito Urbanístico e Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), procuradora do Município de São Paulo, São Paulo, SP - Brasil, e-mail: dsotto@hotmail.com

Resumo

O objetivo deste artigo é demonstrar a importância da Fiscalidade Urbanística para o desenvolvimento urbano sustentável, por meio do estudo comparativo entre os instrumentos jurídicos de financiamento da atividade urbanística do Poder Público no Brasil e na França. Para isso, apresentam-se algumas noções preliminares sobre a estrutura dos Estados Brasileiro e Francês, sobre a atividade urbanística do Poder Público e sobre o financiamento do urbanismo em ambos os países, para a seguir, ingressar no estudo comparativo das exações criadas pela Reforma da Fiscalidade Urbanística Francesa aprovada

ao final do ano de 2010 com institutos similares do Direito Urbanístico Brasileiro, sempre sob o prisma do princípio do desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Desenvolvimento sustentável. Direito urbanístico comparado. Fiscalidade urbanística. Brasil. França.

Abstract

This paper's main scope is to demonstrate the importance of property taxation to the development of sustainable cities, through a comparative legal study of both French and Brazilian taxation and urban planning systems. In order to achieve this goal, some preliminary notions are presented on the juridical structure of both Brazilian and French States, as well as on city planning and urban property taxation systems in both countries, to set the basis for a comparative analysis between the taxes created by the Urban Property Taxation Reform, conducted in France in the end of 2010, and similar urban financing instruments created by Brazilian Law, all this through the light of the sustainable development legal principle.

Keywords: Sustainable development. Comparative urban planning law. Urban property taxation. Brazil. France.

Introdução

Por meio de convênio celebrado entre a Prefeitura do Município de São Paulo e o Consulado Geral da França, fomos selecionados para frequentar, com bolsa concedida pela Embaixada Francesa, um curso de curta duração sobre Gestão de Grandes Cidades e Desenvolvimento Sustentável realizado em Paris pela École Nationale d'Administration¹ (ÉNA – Escola Nacional de Administração), integrante de um Ciclo Internacional sobre Administração Pública (CISAP) destinado a gestores públicos estrangeiros, desenvolvido no ano de 2010.

¹ Disponível em: <www.ena.fr>. Acesso em: 12 dez. 2011.

A ÉNA é uma instituição de ensino superior, mantida pelo governo francês, com sedes em Paris e em Estrasburgo, voltada à formação em Administração Pública nos níveis de graduação, pós-graduação e educação continuada.

No período entre 20 de setembro a 1º de outubro de 2010, tivemos a oportunidade de assistir a palestras ministradas por funcionários públicos franceses, todos especialistas em suas respectivas áreas de atuação, e de realizar algumas visitas técnicas para desenvolvimento de temas diversos, todos ligados a diferentes aspectos da gestão da cidade sustentável, sob o prisma da legislação europeia e francesa.

Mais do que a capacitação isolada dos servidores públicos selecionados para a participação no programa, o convênio de cooperação celebrado entre a Prefeitura de São Paulo e o Consulado Geral da França almejava o aprimoramento e o desenvolvimento da gestão pública municipal como um todo, por meio da divulgação e da multiplicação dos conhecimentos e das experiências adquiridos pelos participantes entre seus pares. É com esse intuito que elaboramos o presente artigo.

A partir de palestra sobre a fiscalidade urbanística francesa, ministrada por Patrice Larrieu, alto funcionário da Direção de Habitat, Urbanismo e Paisagens do Ministério Francês da Ecologia, buscamos, por meio da pesquisa de referências legislativas, doutrinárias e de informativos oficiais disponíveis na internet, realizar um breve exercício de Direito Comparado, contrapondo instrumentos franceses e brasileiros destinados ao financiamento da atividade urbanística do Estado.

Analisamos, desse modo, os principais elementos da recente Reforma da Fiscalidade Urbanística, levada a efeito na França ao final do ano de 2010, no contexto do Movimento Grenelle de l'Environnement, para, a seguir, contrapor esses novos instrumentos urbanístico-financeiros criados pela legislação francesa com institutos similares do Direito Urbanístico Brasileiro, no intuito de demonstrar que a fiscalidade urbanística não só pode como deve contribuir para o desenvolvimento sustentável das cidades.

O tema é de especial interesse à gestão urbana, pois, em razão do altíssimo custo financeiro do urbanismo, a arrecadação de recursos em montante suficiente para satisfazer as despesas urbanísticas, por meio do manejo eficiente das fontes e dos instrumentos de captação de receita pública, é condição *sine qua non* para a efetividade do planejamento urbanístico das cidades. Além disso, serve como instrumento de justa repartição de ônus e bônus decorrentes do processo de urbanização.

Importante noticiar, por fim, que tivemos a valiosa oportunidade de compartilhar algumas das ideias ora veiculadas neste artigo com os alunos do último ano do curso de graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), por meio de palestras ministradas no primeiro semestre de 2011 nas duas Turmas da Disciplina de Direito Urbanístico mantidas pela professora Doutora Daniela Campos Libório di Sarno, nossa orientadora no Programa de Doutorado daquela mesma universidade e coordenadora do Grupo de Pesquisa sobre Direito e Meio Ambiente Urbano. Isso muito contribuiu para o amadurecimento de nossa pesquisa e para a finalização deste estudo.

Noções preliminares

Breve comparação entre a estrutura do Estado Federativo Brasileiro e do Estado Unitário Francês

Enquanto a República Brasileira, nos termos dispostos pelos artigos 1º e 18 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988), adota a forma *federativa* de Estado, caracterizada pela repartição constitucional de competências materiais e legislativas entre os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e municípios – todos dotados de autonomia política, legislativa, administrativa e financeira; a República Francesa adota a forma *unitária* de Estado, temperada, entretanto, pela descentralização de funções administrativas para as chamadas “coletividades territoriais”: regiões, departamentos e cidades (ou comunas).

Conforme dispõe o artigo 72 da Constituição Francesa, de 4 de outubro de 1958², as coletividades territoriais são dotadas de certa autonomia administrativa e financeira, nos termos delimitados pela legislação infraconstitucional – em especial, o Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT – Código Geral das Coletividades Territoriais)³.

O artigo L1111-2 do CGCT, com a redação dada pelo artigo 139 da Lei n. 2007-1822, de 24 de dezembro de 2007⁴, prevê, em cumprimento ao chamado “princípio da livre administração”, o compartilhamento entre administração e comunas, departamentos e regiões, das atribuições de administração, gestão do território, promoção do desenvolvimento econômico, social, sanitário, cultural e científico, proteção ao meio-ambiente e melhoria da qualidade de vida.

Incumbe, ainda, às coletividades territoriais, segundo suas respectivas escalas de atribuições, a prestação de serviços locais, a administração de bens públicos de sua titularidade e a elaboração e execução de orçamentos próprios, com receitas a elas diretamente afetadas, tudo nos termos do regramento posto pelo CGCT.

É curioso notar como, apesar da adoção de formas distintas de Estado, a distribuição de funções administrativas para os municípios brasileiros e para as comunas francesas acaba por apresentar muitas semelhanças. Em ambos os casos, ainda que com graus diversos de autonomia, a gestão das cidades, compreendidas as atividades de planejamento, ordenação do território, prestação de serviços públicos locais e gestão orçamentária, é desempenhada por autoridades eleitas pela população local, especificamente para esse fim.

² FRANÇA. *Constitucion de 4 de outubro de 1958*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Constitution-du-4-octobre-1958>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

³ FRANÇA. *Code Général des Collectivités Territoriales - CGCT*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=20111212>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

⁴ FRANÇA. *Lei 2007-1822 de 24 de dezembro de 2007*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000017853368&fastPos=1&fastReqId=582828502&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

A atividade urbanística do poder público, no Brasil e na França

No Brasil, a Constituição da República de 1988 dedicou todo um capítulo da Ordem Econômica e Financeira do Estado ao regramento da política urbana brasileira, com base em três elementos essenciais: função social da propriedade, função social da cidade e Plano Diretor.

Assim, nos termos do *caput* do artigo 182 da Constituição Federal, a política urbana brasileira tem por objetivos essenciais a ordenação do pleno desenvolvimento da função social das cidades e a garantia do bem-estar de seus habitantes, segundo as diretrizes fixadas por lei federal, a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.

Mais conhecida como Estatuto da Cidade, a Lei Federal n. 10.257/2001 é o diploma normativo responsável pela sistematização do Direito Urbanístico Brasileiro. Veicula as normas gerais de Direito Urbanístico, de observância obrigatória a todos os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e municípios –, fixando as diretrizes gerais da política urbana brasileira e regrado, de maneira não taxativa, os instrumentos jurídicos, políticos e financeiros de atuação urbanística, bem como os requisitos mínimos para a edição do Plano Diretor e para a gestão democrática das cidades.

No Estado brasileiro, portanto, a função urbanística é, sobretudo, uma função pública, a ser desempenhada pelos entes federativos em suas respectivas esferas de competência, com notável protagonismo dos municípios.

Assim, nos termos dispostos pelas normas constitucionais de repartição das competências urbanísticas, incumbe à União fixar as diretrizes da política urbana, por meio da edição de normas gerais, de observância obrigatória pelos demais entes federativos; aos Estados, cabe, entre outras atribuições, instituir e ordenar as regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; por fim, compete aos municípios executar a política de desenvolvimento urbano (BRASIL, 1988, art. 182, *caput*) e promover o adequado aproveitamento territorial, mediante o planejamento, o controle do uso, o parcelamento e a ocupação do solo

(BRASIL, 1988, art. 30, VIII), sempre de acordo com o estabelecido em seus respectivos Planos Diretores, aprovados na forma de lei municipal.

No Estado brasileiro, portanto, a execução da atividade urbanística é uma atribuição essencialmente municipal, ainda que compartilhada, em certa medida, com a União e os Estados.

Na França, a atividade urbanística – como não poderia deixar de ser, em se tratando de um Estado unitário – é regulada por legislação nacional, mais especificamente, pelo Código Francês de Urbanismo. As competências executivas urbanísticas, entretanto, são distribuídas entre as coletividades territoriais, concentrando-se, principalmente, nas comunas.

Incumbe, dessa forma, às comunas – ou cidades –, individualmente ou reunidas em *Établissements Publiques de Coopération Intercommunale* (EPCIs – Estabelecimentos Públicos de Cooperação Intercomunal), editar seus *Plans Locaux d'Urbanisme* (PLU – Planos Locais de Urbanismo), promovendo, assim, o planejamento urbanístico e a ordenação do território urbano local.

No ano de 2003, foi aprovada pela Assembleia Nacional Francesa uma lei constitucional que, seguindo diretrizes e orientações de tratados internacionais e diretivas da União Europeia, introduziu no texto da Constituição Francesa disposições expressas sobre a preservação ambiental, dando início a um intenso processo de revisão de toda a legislação infraconstitucional e, por consequência, das instituições francesas, visando a adequá-las aos novos objetivos constitucionais de promoção da ecologia, desenvolvimento e urbanização sustentáveis.

Esse processo revisional tem sido conduzido no contexto de um movimento social mais amplo, denominado *Grenelle de l'Environnement*, oficialmente iniciado pela gestão do presidente Nicolas Sarkozy em maio de 2007.

Marcado pela intensa participação dos diversos setores da sociedade civil, além de representantes das coletividades territoriais em seus diversos níveis, o movimento *Grenelle de l'Environnement* seguiu, como ainda segue, admirável planejamento estratégico para organização das atividades, acompanhado de constantes consultas populares e

monitoramento dos avanços por meio de indicadores especialmente estruturados para esse fim⁵.

Foram, inicialmente, constituídos seis grupos de trabalho temáticos, todos compostos por representantes dos cinco grupos de atores do desenvolvimento sustentável: Estado, coletividades territoriais, organizações não governamentais (ONGs), empregadores e assalariados.

Os temas desenvolvidos foram os seguintes:

- a) luta contra as mudanças climáticas e controle da demanda de energia – transportes, urbanização, construção, habitat e energia;
- b) preservação da biodiversidade e dos recursos naturais – água, espaços protegidos, pesca e recursos marinhos;
- c) instauração de um ambiente que respeite a saúde – qualidade da alimentação, poluição, lixo, qualidade do ar;
- d) adoção de modos de produção e consumo duráveis – agricultura, agroalimentação, pesca, florestas, distribuição e desenvolvimento sustentável dos territórios;
- e) construção de uma democracia ecológica – reforma institucional para abarcar o pilar ambiental do desenvolvimento sustentável, aprimorando o acesso à informação;
- f) promoção de modos de desenvolvimento ecológico favoráveis ao emprego e à competitividade – pesquisa, inovação, emprego, fiscalidade ecológica, publicidade responsável.

De julho a setembro de 2007, foram conduzidos os diálogos e elaboradas as propostas em cada campo temático pelos grupos de

⁵ Há, nesse aspecto, clara influência das disposições de Documentos e Convenções Internacionais, como a Agenda 21 e a Convenção Europeia de Aarhus “sobre o acesso à informação, participação popular no processo de decisão e acesso à justiça em matéria de meio ambiente”, de 25 de junho de 1998.

trabalho, apresentadas ao final de setembro e submetidas à consulta pública durante todo o mês de outubro de 2007 por meio da realização de reuniões públicas e de fóruns pela internet. Ao final de outubro, foram realizadas mesas redondas para o anúncio das conclusões, com a assunção de 268 compromissos em favor do meio ambiente.

De dezembro de 2007 a maio de 2008, foram constituídos 34 comitês operacionais para propositura de ações concretas, iniciando-se, a partir de 2008, a aprovação das leis necessárias ao cumprimento dos compromissos assumidos, tudo com o acompanhamento de um comitê, constituído, a exemplo dos grupos de trabalho originais, por representantes dos cinco segmentos de atores do desenvolvimento sustentável. Até dezembro de 2010, foram aprovados cinco grandes textos legislativos, sem contar as leis de finanças coadjuvantes: a Lei Grenelle I; Lei sobre a responsabilidade ambiental; Lei sobre organismos geneticamente modificados; Lei de organização e regulação dos transportes ferroviários e Lei Grenelle II.

As reformas continuam em implantação até os dias de hoje, sob a coordenação do Ministério do Meio Ambiente Francês, atualmente designado “Ministério da Ecologia, Desenvolvimento Sustentável, Transportes e Habitação”, integralmente reformulado no contexto do movimento Grenelle de modo a constituir quase que um “superministério”, composto por três ministros e atuante em oito campos essenciais da atividade econômica francesa:

- 1) energia e clima;
 - 2) urbanismo, ordenação sustentável do território e recursos naturais;
 - 3) prevenção de riscos;
 - 4) desenvolvimento sustentável;
 - 5) transportes;
 - 6) habitação;
 - 7) mar e litoral;
 - 8) Europa e integração internacional.
-

No que diz respeito à atividade urbanística do Estado francês, portanto, estão sendo estudadas e, aos poucos, implementadas diversas alterações do Código Francês de Urbanismo, visando não apenas à sua atualização como também à integração da gestão urbanística à preservação e proteção do meio ambiente como um todo. Isso é feito sob o prisma do *princípio do desenvolvimento sustentável*, tal como definido por Documentos e Convenções Internacionais, em especial, a Declaração de Estocolmo, de 1972, o Relatório Brundtland, de 1987, e a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, de 1992.

Pontue-se, à guisa de comparação, que a Constituição Brasileira, editada em outubro de 1988, já dedicava, como ainda dedica, todo o Capítulo VI da Ordem Econômica e Financeira especificamente à Proteção do Meio Ambiente, atribuindo aos entes federativos das três esferas a competência material comum de proteger o meio-ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (artigo 23, inciso VI). Também confere competências concorrentes à União e aos Estados para legislar sobre toda a matéria ambiental (artigos 24, incisos VI a VIII), podendo, ainda, os municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

O princípio do desenvolvimento sustentável também se faz presente, ainda que de maneira implícita, no *caput* do artigo 225 da Carta Magna, que, com clara inspiração na Declaração de Estocolmo, de 1972, e no Relatório Brundtland, da Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1987, proclama o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Declara também que este é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No que diz respeito ao Direito Urbanístico Brasileiro, o Estatuto da Cidade faz expressa referência ao princípio do desenvolvimento sustentável em seu artigo 2º, inciso I, ao consagrar como diretriz geral da política urbana brasileira a “*garantia do direito a cidades sustentáveis*, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental,

à infra estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (grifo nosso).

A necessária conexão entre a gestão urbana sustentável e a proteção ao meio ambiente equilibrado – certamente inspirado na Agenda Habitat II, de 1996 – também é explicitada pelo Estatuto da Cidade já no parágrafo único de seu artigo 1º, pela menção do equilíbrio ambiental como um dos objetivos da regulação do uso da propriedade urbana de que trata a Lei n. 10.257/2001.

Além do já citado inciso I do artigo 2º do Estatuto da Cidade, há, ainda, expressa menção à questão ambiental na enunciação de diversas diretrizes da política urbana brasileira: no inciso IV, que prescreve que o planejamento urbano deve evitar e corrigir os efeitos negativos do crescimento urbano sobre o *meio ambiente*; no inciso VI, “g”, que determina que a ordenação e o controle do uso do solo urbano evitem a *poluição e a degradação ambiental*; no inciso VIII, que prevê a adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da *sustentabilidade ambiental*, social e econômica do município e do território sob sua área de influência; no inciso XII, que determina a *proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído*; e, finalmente, no inciso XIII, que exige a audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com *efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído*, o conforto ou a segurança da população.

A fiscalidade urbanística no Brasil e na França

José Afonso da Silva (2010), baseando-se nas lições de Fernand Bouyssou, urbanista francês, define a “fiscalidade urbanística” como um subsistema tributário voltado especificamente ao financiamento do urbanismo.

De fato, o sistema fiscal francês contempla há algum tempo a cobrança de um conjunto de exações – cerca de oito taxas e nove participações –

em nível comunal e intercomunal, voltadas simultaneamente para o financiamento de infraestrutura urbana e para a regulação do mercado fundiário, compondo, desse modo, uma “fiscalidade urbanística” sem correspondência exata com no ordenamento jurídico-tributário brasileiro.

Para melhor compreensão do tema, há que se atentar, como alerta Régis Fernandes de Oliveira (2008, p. 149-150), para o fato de que:

nenhum ordenamento constitucional do mundo é tão pormenorizado em matéria tributária como o brasileiro. O contribuinte é cercado de muitas garantias e há inúmeras restrições ao Estado. Todos os sistemas são *abertos*, ou seja, transferem à legislação a instituição das garantias do contribuinte em face da Administração [...] livre é o Estado para optar pela escolha do tributo, como forma de abastecimento dos cofres públicos, ou optar pela prestação informal de qualquer atividade, com o que se despe das prerrogativas próprias de poder público, passando a ter condições de cobrar preços pelas atividades que presta. Há liberdade política de escolha da forma e dos meios de que se vai valer para abastecimento do Erário. Diversamente do que ocorre no Brasil, onde há toda uma legislação restritiva ao exercício da competência tributária.

É por essa razão que o sistema fiscal francês, como um sistema *aberto*, embora extremamente complexo quando comparado a outros sistemas fiscais europeus, é muito mais flexível e adaptável do que o sistema tributário brasileiro, sob diversos aspectos.

Enquanto a Constituição Brasileira trata da matéria tributária de maneira extensa e minudente, dispondo não só sobre a repartição e a delimitação das competências tributárias como também sobre a definição das espécies e subespécies de tributos, a Constituição Francesa limitou-se a conferir ao Parlamento a competência para votar leis relativas “à coleta, às taxas e aos modos de cobrança de quaisquer impostos, assim como ao regime de emissão de moeda”.⁶

⁶ FRANÇA. *Constitution de 4 de outubro de 1958*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Constitution-du-4-octobre-1958>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

Desse modo, na França, toda a matéria fiscal é regulada livremente por legislação nacional, compreendendo, basicamente, o Code Général des Impôts e leis esparsas de finanças. Somente a administração tributária é compartilhada pela administração central e pelas coletividades territoriais.

Não há, como no sistema tributário brasileiro, nenhuma diferença ontológica essencial entre as diversas espécies de exação instituídas na França. Mas as grandes controvérsias doutrinárias brasileiras acerca da distinção entre impostos, taxas, contribuições e preços públicos não encontram correspondência no Direito Fiscal francês.

Inexistem, ainda, na França, quaisquer obstáculos, senão a exigência de prévia disposição legal para a afetação de receitas à realização de despesas públicas específicas. No Brasil, há a proibição expressa da destinação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, por imposição do artigo 167, inciso IV, da Constituição da República.

Apontadas algumas das diferenças essenciais existentes entre o sistema fiscal francês e o sistema tributário brasileiro, é possível compreender as razões pelas quais não há no Brasil, como há na França, uma tributação especificamente voltada ao financiamento da atividade urbanística do Poder Público. Entretanto, tal não significa que não existam, no Brasil, fontes e instrumentos jurídicos para o financiamento do urbanismo, muitos deles admitindo, assim como as exações francesas, a persecução de objetivos de política urbana.

No Brasil, a atividade urbanística do Poder Público – desempenhada principalmente pelos municípios – é financiada por meio de fontes e instrumentos jurídicos diversos, compreendendo receitas tributárias e receitas não tributárias de diversas espécies, nem todas ligadas ou voltadas especificamente ao financiamento do urbanismo.

Por essa razão, José Afonso da Silva (2010, p. 455-456) afirma que a “fiscalidade do urbanismo” resume-se, entre nós, ao que este designa como uma “tributação de incidência urbana”, compreendendo o IPTU; as taxas urbanísticas de licenciamento para execução de arruamento e loteamento, licença para execução de obras particulares, publicidade,

numeração de prédios e localização e funcionamento de atividades e serviços públicos em geral; e a contribuição de melhoria – para recuperação das mais-valias decorrentes da execução de obras de urbanismo.

Após a edição do Estatuto da Cidade, entendemos que devem ser incluídos nessa “fiscalidade do urbanismo” também os benefícios e incentivos fiscais de outros tributos, como o ISS e o ITBI, pois esses foram expressamente incluídos entre os instrumentos fiscais e tributários da política urbana, juntamente com o IPTU e a contribuição de melhoria. De rigor, há a menção, igualmente, à Contribuição Municipal para a Iluminação Pública, instituída pela Emenda Constitucional n. 39, de 2002, cujo produto deve ser utilizado pelos municípios no custeio de instalação, expansão e manutenção da iluminação das vias e logradouros públicos.

Todos esses instrumentos tributários podem ser manobrados pelo gestor municipal com finalidade meramente fiscal – ou seja, para carrear recursos aos cofres públicos visando o financiamento das atividades urbanísticas – como também para realizar objetivos extrafiscais, de política urbana.

A esse respeito, cumpre ressaltar que o exemplo mais emblemático de extrafiscalidade urbanística no ordenamento jurídico brasileiro é o *IPTU progressivo no tempo*. Ele foi instituído pela Constituição da República com o objetivo específico de garantir o cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana, constringendo o proprietário de imóvel urbano não construído, subutilizado ou não utilizado a dar-lhe a devida destinação, nos termos definidos pelo Plano Diretor e por legislação municipal específica.

Entretanto, é importante apontar que não só os tributos, mas também certas receitas não tributárias podem apresentar “incidência urbana”, destinando-se, assim, ao financiamento do urbanismo e à persecução de objetivos regulatórios. É o caso dos preços cobrados em razão da prestação de serviços públicos sob regime de direito privado, delegados a empresas públicas ou concedidos a empresas privadas, com fundamento no artigo 174 da Constituição da República; dos pagamentos devidos em razão da cessão de uso de bens públicos, como a utilização de próprios

municipais (v. g. zona-azul), a exploração de mobiliário urbano e a instalação de redes de infraestrutura urbana; bem como, finalmente, valores cobrados em razão da cessão de direitos de titularidade do Poder Público, como a outorga onerosa do direito de construir e a alteração onerosa de uso (MARQUES NETO, 2006).

Desse modo, considerando a inexistência de correspondência exata entre os institutos de financiamento do urbanismo existentes no Brasil e na França, bem como a concorrência de receitas tributárias e não tributárias para o financiamento da atividade urbanística no Brasil, tomamos a liberdade de adotar, neste estudo, uma definição mais ampla para a expressão “fiscalidade urbanística” do que a proposta pelo professor José Afonso da Silva.

Assim, designamos “fiscalidade urbanística” ao conjunto de instrumentos fiscais e financeiros “ligados ou voltados especificamente ao financiamento da atividade urbanística” (SILVA, 2010, p. 454) e que, por essa razão, visam não apenas a carrear recursos aos cofres públicos para o atendimento das despesas urbanísticas como também a servir de “meios de intervenção urbanística” (SILVA, 2010, p. 453), perseguindo a realização de objetivos típicos de política urbana, como a promoção do acesso à terra, o combate à especulação imobiliária, o controle do uso e ocupação do solo, a mobilidade urbana e a recuperação de mais-valias urbanísticas.

A reforma da fiscalidade urbanística francesa

Como vimos, o sistema fiscal urbanístico francês compreende a cobrança, em nível comunal e intercomunal (departamentos e região Île-de-France), de aproximadamente oito taxas – destinadas a financiar os equipamentos públicos gerais necessários à urbanização – e nove participações – destinadas a financiar equipamentos públicos específicos. Todas essas exações possuem a dupla finalidade de promover o financiamento da infraestrutura urbana e de servir como instrumento de regulação do mercado fundiário (BOYSSOU, 2010, p. 455).

A partir do ano de 2008, no contexto do Movimento Grenelle, foram iniciados estudos para uma completa reforma da fiscalidade urbanística francesa, visando a conferir maior “praticabilidade” ao sistema por meio do atendimento de cinco objetivos:

- 1) facilitar o entendimento do regime, reunindo os dispositivos relativos à fiscalidade urbanística em um único capítulo do Código de Urbanismo;
- 2) simplificar o sistema, reduzindo o número de instrumentos de financiamento;
- 3) promover uma utilização econômica dos solos e contribuir para o controle da expansão urbana;
- 4) estimular a criação de empreendimentos habitacionais;
- 5) reduzir o custo administrativo de gestão das exações.

Como observa a professora Regina Helena Costa (2007, p. 19):

a necessidade de aumentar a eficiência da arrecadação dos tributos veio a impor a adoção de mecanismos de ordem legislativa e administrativa. Tornar mais simples os sistemas tributários constitui, mesmo, um dos grandes objetivos da fiscalidade de nossos dias, já que, por razões várias, os ordenamentos fiscais se têm convertido em realidades cada vez mais complexas.

Após mais de dois anos de concertação com os representantes das coletividades territoriais e profissionais de ordenação territorial e de construção, a assim designada “Reforma da Fiscalidade da Ordenação Territorial” foi finalmente implementada, por meio da aprovação, pela Assembleia Nacional Francesa, da Lei de Finanças n. 2010-1658, de 29 de dezembro de 2010.

A nova fiscalidade urbanística francesa entrará em vigor, entretanto, apenas em 1º de março de 2012, após a tomada das providências necessárias de adaptação pelas coletividades territoriais, até 30 de novembro de 2011.

Nesse período de vacância – bastante extenso, quando comparado à experiência brasileira –, serão editados pelo Conselho de Estado os pertinentes decretos regulamentadores, incumbindo ainda ao Ministério da Ecologia realizar ações de informação e divulgação da reforma para as coletividades territoriais, seus representantes, cidadãos e funcionários.

Segundo a justificativa apresentada pelo Ministério da Ecologia, as medidas foram concebidas para dar uma margem grande de manobra para as coletividades territoriais, como também para permitir a utilização diferenciada na totalidade do território, adaptando-se ao porte, características e políticas de ordenação do solo próprias de cada coletividade. Foram feitas, ainda, diversas simulações, para garantia de que a introdução das novas exações não ensejaria perda de receita para as coletividades territoriais.

Em linhas gerais, a reforma da fiscalidade urbanística francesa, tal como aprovada em dezembro de 2010, compreende:

- 1) a alteração do Código de Urbanismo, instituindo a cobrança de duas únicas exações, a Taxa de Ordenação Territorial (Taxe d'aménagement – TA) e o Pagamento pela Subdensidade (Versement pour Sous-Densité – VSD);
- 2) a alteração do Código Geral de Impostos, para instituir a taxa sobre o produto da valorização de terrenos e construções decorrentes de infraestruturas de transporte coletivo e ferroviário, e a experimentação do pedágio urbano.

Outras alterações legislativas estão previstas, para que, até janeiro de 2015, o financiamento da ordenação urbana compreenda apenas: a taxa de ordenação urbana (Taxe d'aménagement – TA); o projeto urbano em parceria (Projet Urbain Partenarial – PUP); o financiamento em zona de ordenação urbana concertada (Financement em Zone d'Aménagement Concertée – ZAC); a participação para realização de equipamentos públicos excepcionais (Participation pour Réalisation d'équipements Publics Exceptionnels – PEPE); o pagamento pela subdensidade (Versement pour

Sous-Densités – VSD); e a taxa para criação de locais de escritório na Região Île-de-France (Redevance pour Création de Locaux de Bureaux).

Descritas, em linhas gerais, as principais características da Reforma da Fiscalidade Urbanística Francesa, passaremos agora a uma análise mais pormenorizada de cada um dos novos institutos criados, comparando-os, sob o prisma do princípio do desenvolvimento urbano sustentável, a instrumentos similares do ordenamento urbanístico-fiscal brasileiro e, mais especificamente, da legislação urbanística da cidade de São Paulo.

Estudo comparativo – institutos franceses e brasileiros de financiamento do urbanismo

A taxa de ordenação do solo (Taxe d'Aménagement – TA)

A taxa de ordenação do solo (TA) destina-se ao financiamento dos equipamentos públicos necessários para a urbanização. É necessária em razão de toda a atividade de construção, reconstrução, ampliação de edifícios e ordenação territorial que necessite de uma licença urbanística.

Incidem sobre uma base impositiva correspondente a um valor fixo por metro quadrado de superfície da construção, de 660 €, em geral, e 748 €, na região Île-de-France, as alíquotas de: 1 a 5% para as comunas e EPCIS, podendo chegar a 20%, motivadamente, para financiar trabalhos extraordinários de abertura de ruas, instalação de redes ou criação de equipamentos públicos gerais; 2,5% para os departamentos, para financiar os espaços naturais sensíveis e o funcionamento dos conselhos de arquitetura, urbanismo e meio ambiente; e de no máximo 1% para a região Ile-de-France.

A taxa é devida pelo beneficiário da licença urbanística à administração central, que repassa os respectivos valores às coletividades territoriais, descontadas as tarifas de gestão da ordem de 3%.

A lei prevê, ainda, uma taxaço diversificada para certos grupos de atividades. Por exemplo, os estacionamentos não compreendidos na superfície imponible de uma construção, instalados a céu aberto e, portanto, consumidores de espaço habitável, são taxados a uma base imponible de dois mil a cinco mil euros, o que visa, claramente, a desestimular a utilização de terrenos urbanos para essa finalidade.

O fundamento jurídico para a cobrança da Taxa de Ordenação do Solo reside no chamado *princípio do benefício*, típico do urbanismo da América do Norte e, a nosso entender, transportável para a França, o qual, segundo Amborsky e Smolka (2003), justifica a utilização de instrumentos de *recuperação de mais-valia urbanística*, tal como a TA, para facilitar o fornecimento da infraestrutura necessária *às expensas dos beneficiários do incremento do valor da terra*, evitando que os residentes atuais da jurisdição arquem com os custos de todos os serviços necessários à instalação dos novos empreendimentos imobiliários.

Na legislação brasileira, os institutos que à primeira vista guardam relação mais imediata com a TA francesa são as taxas cobradas pelos municípios para a aprovação de projetos urbanísticos em geral: expedição de alvarás de aprovação, execução, regularização, etc.

Essas taxas urbanísticas, entretanto, são taxas de polícia, cabíveis, nas palavras de Geraldo Ataliba (2000, p. 157), apenas “para cobrir os custos administrativos com o exercício do poder de polícia diretamente referido a certas pessoas que o provocam, ou o exigem, em razão de sua atividade”. Portanto, não há como manejar fiscalmente essas taxas de licenciamento urbanístico como meio de financiar a instalação da infraestrutura urbana demandada pelos novos empreendimentos, pois o seu valor não pode exceder o custo da especial diligência de polícia diretamente referida ao interessado, sob pena de violação do princípio constitucional do não confisco.

O financiamento da infraestrutura urbana demandada pelos novos empreendimentos imobiliários é feito, via de regra, com base nos recursos arrecadados pelas municipalidades a título de impostos, ou, ainda, pelas receitas oriundas do Fundo de Participação dos Municípios, transferências voluntárias ou empréstimos públicos.

Há, ainda, a possibilidade de financiar a implantação de equipamentos urbanos e comunitários por meio dos recursos arrecadados a título de outorga onerosa ou alteração onerosa de uso, como autoriza o artigo 31 cumulado com o artigo 26, V, do Estatuto da Cidade.

No procedimento de aprovação de loteamentos, a Lei Federal n. 6.766/1979 impõe aos loteadores a obrigação de realizar às suas expensas as chamadas “obras de urbanificação primária” (SILVA, 2010, p. 337), transferindo, gratuitamente, ao domínio municipal, as vias e praças, espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo.

Segundo o professor José Afonso da Silva (2010, p. 336-337), o fundamento para essa imposição legal é o “princípio da repartição dos ônus urbanísticos em compensação dos benefícios recebidos”, hoje consagrado no artigo 2º, inciso XI, do Estatuto da Cidade. Esse princípio conjuga-se com outro, previsto no inciso XI do mesmo artigo 2º, que prescreve a recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos.

Da interpretação sistemática desses dois princípios do Estatuto da Cidade resulta o dever, imposto ao Poder Público, de promover a recuperação, total ou parcial, das mais-valias urbanísticas, seja indiretamente, por meio da sua conversão em ingresso fiscal, mediante impostos, contribuições e demais exações pagas pelo beneficiário do aumento do valor da terra; seja diretamente, por meio de melhorias locais executadas em prol da comunidade pelo beneficiário do incremento do valor da terra (AMBORSKY; SMOLKA, 2003).

Nesse contexto, é possível depreender que a *outorga onerosa do direito de construir* e a *alteração onerosa de uso*, instrumentos jurídicos e políticos do desenvolvimento urbano conforme o artigo 4º, inciso V, alínea “n” do Estatuto da Cidade, são também mecanismos de recuperação de mais-valias urbanísticas, pois visam a devolver à coletividade uma parcela da valorização imobiliária decorrente da alteração excepcional de parâmetros urbanísticos – potencial construtivo e utilização do solo – concedida pelo Poder Público em favor dos particulares.

Observe-se, ainda, que, nos termos do artigo 31 do Estatuto da Cidade, os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e com a alteração onerosa de uso devem ser aplicados nas seguintes finalidades, postas pelo artigo 26 do mesmo diploma legal: regularização fundiária; execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; constituição de reserva fundiária; ordenamento e direcionamento da expansão urbana; implantação de equipamentos urbanos e comunitários; criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico. Há, desse modo, notáveis semelhanças com a *Taxe d'Aménagement* francesa.

O Pagamento pela Subdensidade (*Versement pour la Sous-Densité – VSD*)

Da década de 1990 até os dias de hoje, as cidades francesas têm se expandido para as áreas periféricas rurais, principalmente em razão da construção de habitações unifamiliares (*pavillons*) nos subúrbios. Como consequência desse processo, quando comparadas a outras cidades europeias, as cidades francesas tornaram-se significativamente menos densas, gerando demandas urbanísticas complexas, principalmente em termos de transporte e mobilidade urbana.

Nesse contexto, um dos principais objetivos aprovados no Movimento Grenelle de l'Environnement para a gestão urbana foi o de combater a expansão das cidades, investindo na construção de um modelo urbano mais sustentável, baseado no *princípio da cidade compacta*.

Incluiu-se, assim, no projeto de reforma da fiscalidade urbanística, a instituição do VSD para controle da densidade urbana, visando a estimular uma utilização mais econômica do espaço urbano e induzir a adoção de estratégias de financiamento coerentes com os Planos Locais de Urbanismo (PLU). O produto do VSD é, portanto, destinado às comunas ou EPCI que o instituíram.

O VSD só pode incidir nas zonas urbanas e de expansão urbana apontadas pelos Planos Locais de Urbanismo. Permite às comunas e EPCIs competentes fixar um *padrão mínimo de densidade por setor (seuil minimal de densité par secteur – SMD)*, que não poderá ser inferior à metade nem superior a três quartos da densidade máxima autorizada pelas regras do PLU.

Para construir abaixo do SMD, os construtores devem efetuar um pagamento – o VSD – equivalente ao produto da metade do valor do terreno multiplicada pela relação entre a superfície faltante para que a construção atinja o padrão mínimo de densidade e a superfície da construção resultante da aplicação desse padrão, observado, no cálculo, o limite de 25% do valor do terreno. Funciona, desse modo, o VSD como uma “outorga onerosa às avessas”: o empreendedor é “punido” financeiramente se não observar a densidade mínima exigida pelo planejamento urbanístico da cidade.

O controle da densidade urbana como meio de realização de um modelo mais sustentável de cidade apresenta expressamente diversos trechos da Agenda Habitat II, documento aprovado na ocasião da Segunda Conferência das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (Habitat II), realizada na cidade de Istambul, Turquia, em 1996.

Por exemplo, o item 76 do Capítulo IV do Plano Global de Ação prevê que, em garantia da oferta adequada de terras aproveitáveis, os governos, em todos os níveis apropriados e de acordo com seus marcos legais, devem:

fazer uso integral da infraestrutura existente nas áreas urbanas, estimulando a *melhor densidade de ocupação do solo disponível*, de acordo com sua capacidade de absorção, ao mesmo tempo garantindo a provisão adequada de parques, áreas comuns e de recreação e porções de terras para jardinagem doméstica, quando for pertinente (FERNANDES, 2003, p. 65, grifos nossos).

Previsão semelhante consta do item 111 da Seção C, que trata do desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos em um mundo em processo de urbanização:

111. Muitas cidades estão utilizando terras periféricas para atividades urbanas de maneira indevida, embora haja terras cultiváveis e infraestrutura não exploradas e utilizadas de maneira adequada. Para evitar o crescimento desordenado, insalubre e não sustentável dos assentamentos humanos, é necessário promover padrões de uso do solo que minimizem as demandas de transporte, reduzam o consumo de energia e protejam os espaços verdes e abertos. *Uma densidade urbana apropriada e diretrizes* para o uso diversificado do solo são essenciais para o desenvolvimento urbano. As políticas nacionais, subnacionais e locais e os planos de desenvolvimento devem ser cuidadosamente reexaminados a fim de garantir o melhor uso possível da terra e um desenvolvimento econômico geograficamente mais equilibrado, incluindo a proteção de terras cultiváveis indispensáveis; terras que mantêm a biodiversidade, a qualidade da água e a reposição de águas subterrâneas; áreas frágeis, como as costeiras; e outras áreas vulneráveis que necessitam de proteção (FERNANDES, 2003, p. 65, grifos nossos).

Entre nós, o controle da densidade urbana se faz por meio da fixação, pelo Plano Diretor, de *coeficientes de aproveitamento básico e máximo*, segundo as diretrizes fixadas pelo artigo 28 do Estatuto da Cidade. Por coeficiente de aproveitamento, entende-se a “relação entre a área edificável e a área do terreno” (artigo 28, parágrafo 1º).

O coeficiente de aproveitamento básico estabelece o mínimo de direito construtivo a ser exercido gratuitamente em cada imóvel, sem pagamento de outorga onerosa. É facultado ao Plano Diretor fixar um coeficiente de aproveitamento básico único para todo o território da cidade, ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana (artigo 28, parágrafo 2º), em função do tipo de ocupação e utilização do solo permitidos para cada zona específica e dos objetivos almejados pelo planejamento urbanístico da cidade.

Incumbe ainda ao Plano Diretor definir os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, mediante o pagamento de outorga onerosa pelo beneficiário, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área (artigo 28, parágrafo 3º).

Como se vê, o proprietário do imóvel pode chegar ao coeficiente de aproveitamento máximo *se assim o autorizar o município*. A fixação de coeficientes de aproveitamento máximos pela legislação municipal gera para o proprietário do imóvel, portanto, uma simples *expectativa de direito*, pois seu deferimento depende não só do pagamento da outorga onerosa como também da verificação da existência da relação de proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado para aquela área específica. Se a análise da municipalidade verificar que a área *não comporta* o aumento de densidade, o pedido de deferimento do coeficiente de aproveitamento adicional não só pode como *deve* ser indeferido.

No Município de São Paulo, o controle da densidade construtiva é apontado pelo artigo 183 do Plano Diretor Estratégico, aprovado pela Lei Municipal n. 13.430/2002, como um dos elementos que devem necessariamente compor a legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo.

Desse modo, a Lei Municipal n. 13.885/2004 incluiu, entre os critérios de uso e ocupação do solo⁷, a “disciplina da densidade de construção, inclusive da densidade máxima passível de ser atingida mediante outorga onerosa ou transferência do direito de construir por porções do território”, utilizando, ainda, a densidade construtiva como critério de classificação das diferentes zonas de uso⁸.

No caso do VSD francês, o intuito do legislador foi o de induzir o empreendedor imobiliário a observar o parâmetro mínimo de densidade em todos os novos empreendimentos, de modo a estimular a construção de uma cidade sustentável – densa e compacta.

Na legislação brasileira, embora os Planos Diretores e as leis municipais de uso e ocupação do solo definam o coeficiente mínimo dos imóveis, nos termos postos pelo Estatuto da Cidade, não dispomos de instrumento tributário semelhante, de indução de cumprimento da

⁷ Artigo 96, inciso III.

⁸ Zonas de baixa, média e alta densidade construtiva.

densidade mínima *em toda a cidade*, no momento da aprovação de todo e qualquer empreendimento.

Os mecanismos jurídicos mais próximos do VSD de que dispomos no ordenamento jurídico brasileiro são os instrumentos previstos no artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição da República, que visam a constringer o proprietário dos imóveis urbanos não utilizados, subutilizados ou não edificadas a dar cumprimento à sua função social, nos termos que dispuser o Plano Diretor e lei municipal específica. Esses instrumentos são a notificação para parcelamento e edificação compulsórios, o IPTU progressivo no tempo e a desapropriação.

Na cidade de São Paulo, os instrumentos de que trata o artigo 182, parágrafo 4º, da Carta Magna foram implementados no ano de 2010, pela Lei Municipal n. 15.234, posteriormente regulamentada pelo Decreto n. 51.920/2010.

A Lei Municipal n. 15.234/2010 circunscreveu a aplicação dos instrumentos a imóveis localizados nas Zonas Especiais de Interesse Social de Média e Alta Densidades (Zeis 2 e Zeis 3) e na área da Operação Urbana Centro, determinando a formação de um cadastro prévio para subsidiar as notificações prévias aos proprietários dos imóveis.

De especial interesse para o tema da densidade urbana são as definições de “solo urbano não edificado”, não utilizado e subutilizado, adotadas pela legislação paulistana, tomando como critério central o *coeficiente de aproveitamento* dos imóveis.

Assim, considerou a Lei Municipal n. 15.234/2010 como *solo urbano não edificado* os lotes e as glebas com área superior a 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), em que o coeficiente de aproveitamento utilizado fosse igual zero; *como solo urbano não utilizado* qualquer edificação que tivesse, no mínimo, 80% de sua área construída desocupada há mais de cinco anos, ressalvados os casos em que a desocupação decorresse de impossibilidade jurídica ou pendência judicial; finalmente, como *solo urbano subutilizado*, lotes e glebas com área superior a 250 m² em que o coeficiente de aproveitamento não atingisse o mínimo definido para o lote na zona em que se situam, excetuados os imóveis:

(a) utilizados para a instalação de atividades econômicas que não necessitam de edificações para o exercício de suas finalidades; (b) utilizados como postos de abastecimento de veículos; e (c) integrantes do Sistema de Áreas Verdes do município.

Por fim, no que diz respeito ao *princípio da cidade compacta*, é importante consignar que este foi expressamente positivado, no Município de São Paulo, por meio dos artigos 18 e 19 da Lei Municipal n. 14933/2009, como princípio norteador da sustentabilidade da aglomeração urbana, no contexto da Política de Combate às Mudanças Climáticas da cidade de São Paulo, como segue:

Art. 18. A sustentabilidade da aglomeração urbana deverá ser estimulada pelo Poder Público Municipal e norteadada pelo princípio da cidade compacta, fundamental para o cumprimento dos objetivos desta lei, bem como pautada pelas seguintes metas (grifos nossos):

I - redução dos deslocamentos por meio da melhor distribuição da oferta de emprego e trabalho na cidade;

II - promoção da distribuição de usos e da intensidade de aproveitamento do solo de forma equilibrada em relação à infraestrutura, aos transportes e ao meio ambiente, de modo a evitar sua ociosidade ou sobrecarga e otimizar os investimentos públicos, fazendo uso do estoque de área construída por uso estabelecido no Quadro 8 anexo à Parte III da Lei n. 13.885, de 25 de agosto de 2004, com alterações subsequentes;

III - estímulo à ocupação de área já urbanizada, dotada de serviços, infraestrutura e equipamentos, de forma a otimizar o aproveitamento da capacidade instalada com redução de custos;

IV - estímulo à reestruturação e requalificação urbanística e ambiental para melhor aproveitamento de áreas dotadas de infraestrutura em processo de esvaziamento populacional, com potencialidade para atrair novos investimentos.

Art. 19. O Poder Público deverá, com auxílio do setor privado e da sociedade, promover a requalificação de áreas habitacionais insalubres e de risco, visando oferecer condições de habitabilidade para a

população moradora e evitar ou minimizar os riscos decorrentes de eventos climáticos extremos.

A taxa sobre o produto da valorização de terrenos e construções resultante da realização de infraestruturas de transporte coletivo e ferroviário

A reforma da fiscalidade urbanística francesa envolveu, igualmente, uma alteração do Código Geral de Impostos, visando a permitir a criação de taxas sobre produto da especial valorização de terrenos e construções, resultantes a) da realização de infraestruturas de transporte coletivo na via e b) da realização de infraestruturas ferroviárias.

A taxa sobre a mais-valia imobiliária resultante da realização de infraestruturas de transporte coletivo na via pode ser instituída sob deliberação das autoridades organizadoras de transportes urbanos. Por sua vez, a taxa sobre a mais-valia imobiliária resultante da realização de infraestruturas ferroviárias pode ser instituída pelo Estado francês, pelas regiões ou pelas autoridades organizadoras de serviços de transportes ferroviários regionais de passageiros. Nenhuma das taxas pode ser instituída na região Île-de-France.

Ambas as taxas afetam o orçamento da autoridade organizadora do transporte e destinam-se exclusivamente ao financiamento da reordenação ou da modernização de equipamentos e infraestruturas de transporte. Se instituída a taxa pela administração central, o produto da arrecadação da exação é afetado à Agência de Financiamento de Infraestruturas de Transporte da França.

Aplicam-se as taxas sobre as cessões a título oneroso de terrenos e construções localizados dentro do perímetro determinado pelo Estado ou pela autoridade organizadora do transporte. Esse perímetro não pode ser superior a uma distância de 800 m de uma estação de transportes coletivos urbanos ou de 1.500 metros de uma entrada de estação ferroviária. Ambas as taxas são instituídas mediante uma declaração de

utilidade pública ou uma declaração de projeto, fixando, além do perímetro de incidência, a vigência e o período de exigibilidade da exação, que não pode exceder o período de 15 anos.

Mediante justificativas particulares de ordem social, podem ser concedidas isenções em função da localização do imóvel ou de características específicas da cessão onerosa.

A base imponible de ambas as taxas corresponde ao montante de 80% da diferença apurada entre o preço da venda estipulado no ato de cessão e, de outra parte, o preço de compra estipulado no ato de aquisição, somado aos custos suportados pelo vendedor, aos custos dos trabalhos de construção autorizados e ao valor das melhorias executadas com finalidade de aprimorar a performance térmica do imóvel. Tanto o valor de aquisição quanto os custos abatíveis são atualizados em função do último índice do custo da construção publicado pelo Instituto Nacional de Estatística e Estudos Econômicos. A mais-valia assim calculada é descontada da base imponible da “taxa de mais-valia imobiliária”, tributo semelhante ao nosso Imposto de Renda sobre o lucro imobiliário, evitando, assim, a ocorrência de bi-tributação.

Ambas as taxas são exigíveis uma única vez, na oportunidade da primeira cessão onerosa que ocorrer após a data de entrada em vigor da exação. O valor de cada taxa, que não pode exceder o teto máximo de 5% do preço da cessão, é distribuído à razão de 15% para as autoridades organizadoras de transportes urbanos, 5% para a região e 5% para o Estado francês.

No Direito Brasileiro, o instituto que guarda maior semelhança com as taxas de mais-valia imobiliária instituídas pela Reforma da Fiscalidade Urbanística Francesa é, sem sombra de dúvida, a *contribuição de melhoria*, enumerada pelo artigo 4º, inciso IV, alínea “b”, da Lei n. 10.257/2001, como um dos instrumentos tributários e financeiros da política urbana nacional e incidente, nos termos do artigo 145, inciso III, da Constituição da República, sobre a mais-valia imobiliária decorrente da realização de *obra pública*.

“Obra pública”, conforme definição proposta por Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 695-696), “é a construção,

reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público”. Não é difícil depreender a enorme importância das obras públicas para o exercício da atividade urbanística. A promoção das funções essenciais da cidade – circulação, habitação, lazer e trabalho – concretiza-se, materialmente, mediante a execução de obras públicas, de pequeno a grande porte, financiadas por toda a coletividade por meio dos recursos oriundos, em geral, da arrecadação de impostos.

Considerando o alto custo financeiro e social da atividade urbanística, causa estranhamento ao princípio da igualdade que a mais-valia gerada para os imóveis circundantes a obras públicas, financiadas com esforço pela comunidade, sejam apropriadas única e exclusivamente pelos proprietários dos imóveis beneficiados.

Como bem explica Daniela Campos Libório di Sarno acerca do princípio urbanístico da repartição dos ônus e distribuição dos benefícios do processo e urbanização, tratado no inciso IX, do artigo 2º, do Estatuto da Cidade:

esse princípio de Direito Urbanístico na verdade traduz o tratamento isonômico que deve ser dado a todas as pessoas atingidas por atividades urbanísticas. As intervenções urbanísticas existem para melhorar a qualidade de vida local, portanto, suas interferências sempre resultam em benefícios para a coletividade. Se assim não fosse, tal ação tornar-se-ia ilegítima. Contudo, é possível que alguém tenha seu direito particular restringido em face das necessidades sociais, que, no entanto, valorizarão a região afetada.

Esta melhoria, em geral, se traduz economicamente em valorização imobiliária, fazendo com que os proprietários sejam os beneficiados da atuação urbanística. Se tais proprietários particulares não auxiliaram no custeio das obras, é justo que deles seja cobrado um *quantum* proporcional à valorização ocorrida (DI SARNO, 2004, p. 55).

No mesmo sentido, as palavras de Carlos Roberto Marques (2005, p. 37):

a solidariedade social impõe que todos suportem igualmente os ônus impostos em nome do bem comum. *A contrario sensu* também não seria justo que uma pequena parte da sociedade se beneficiasse com a valorização engendrada no seu imóvel em razão de uma obra pública financiada com recursos públicos formados por contribuições de todos os membros da coletividade.

Segundo pontua Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 60), o Estatuto da Cidade, em seu artigo 2º, inciso IX, “fixou importante diretriz quanto ao aspecto econômico do processo e urbanização”, determinando que os ônus e benefícios do processo de urbanização sejam distribuídos segundo o que o autor denomina como “um critério de justiça”, que impõe, entre outros aspectos, a “efetiva recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos” prevista no inciso XI do mesmo artigo 2º do Estatuto.

Tais previsões significam que, em nosso ordenamento jurídico, a recuperação das mais-valias urbanísticas não é uma mera faculdade, mas sim um *dever* do Poder Público, a ser desempenhado por meio dos instrumentos – políticos, financeiros e jurídicos –, postos pelo próprio Estatuto ou pelas demais leis urbanísticas.

Entretanto, em razão da complexidade do procedimento imposto pelo Código Tributário Nacional para a instituição da contribuição de melhoria – além do claro desinteresse político, temeroso da impopularidade da exação –, o tributo encontra-se hoje em quase que completo desuso.

Como bem sintetiza Regina Helena Costa (2006, p. 113):

[...] as dificuldades existentes para a exigência desse tributo, em face da realidade brasileira, fazem com que a contribuição de melhoria seja um instituto sem aplicação prática. Com efeito, os arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional, a pretexto de estabelecerem normas gerais acerca dessa espécie tributária, traçam um procedimento demasiadamente complexo para sua instituição, especialmente considerando

a deficiente infraestrutura administrativa da grande maioria dos Municípios Brasileiros.

Esperar-se-ia que a edição do Estatuto da Cidade pudesse conferir novo fôlego à instituição da contribuição de melhoria no Brasil, principalmente entre os municípios, uma vez que, nos termos do artigo 182, *caput*, da Constituição da República, estes são os entes federativos constitucionalmente competentes para a execução da política urbana.

Entretanto, não é o que se verificou. Passados quase dez anos da edição do Estatuto, a contribuição de melhoria continua sendo pouco utilizada, o que representa uma flagrante violação não apenas às disposições da Lei n. 10.257/2001, que alçaram a recuperação da mais-valia urbanística à condição de dever do Poder Público, como também ao artigo 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que enumera como requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente federativo.

No que diz respeito aos efeitos da expansão das redes de transporte público de massa nas grandes cidades brasileiras sobre os imóveis do entorno, é importante tecer algumas considerações.

Em primeiro lugar, é preciso ponderar que, conforme as características específicas da infraestrutura de transporte instalada na cidade, os impactos sobre o entorno sofrem grande variação, podendo, desse modo, gerar tanto a valorização quanto a desvalorização dos imóveis vizinhos.

Por exemplo, na cidade de São Paulo, a instalação de *corredores de ônibus* na Avenida Santo Amaro e, mais recentemente, na Avenida Rebouças, em que pese tenham produzido ganhos significativos em termos de mobilidade urbana, acabou por diminuir significativamente o valor econômico dos imóveis do entorno, em razão da *degradação da vizinhança* pelos impactos negativos em termos paisagísticos e de incomodidade.

Em contrapartida, a abertura de novas estações de metrô na cidade de São Paulo tem gerado expressiva valorização econômica para

os imóveis localizados no entorno⁹, o que, pelo incremento do custo da moradia, acaba por expulsar a população mais pobre – destinatária original dos investimentos em transporte público urbano de massa – para regiões mais distantes do centro das cidades, onde os imóveis são significativamente mais baratos porque a região é mais mal servida, inclusive de meios de transporte público (PAIVA, 2011). Trata-se do fenômeno da “expulsão branca” ou da “expulsão pelo mercado”.

A situação é paradoxal, pois a instalação de infraestruturas de transporte público de massa, considerada um dos elementos essenciais do desenvolvimento urbano sustentável, acaba por alimentar a especulação imobiliária e a expansão urbana desordenada, agravando a exclusão social tanto do ponto de vista do acesso à terra como da mobilidade urbana.

Não há solução simples para o enfrentamento de problema tão complexo. Duas medidas necessárias podem, entretanto, ser desde logo apontadas: em primeiro lugar, a efetiva recuperação, pelo Poder Público, das mais-valias urbanísticas geradas pelas infraestruturas de transporte, seja pela cobrança de contribuição de melhoria, seja pelo manejo da desapropriação por zona¹⁰, impedindo que a riqueza gerada pela coletividade seja livremente apropriada pelos especuladores; e, em segundo lugar, a imprescindível conjugação dos planos de desenvolvimento de transporte urbano com a ordenação do uso e ocupação do solo das cidades, para que os parâmetros urbanísticos, tais como o zoneamento, possam ser devidamente manejados no intuito de evitar ou ao menos mitigar a expulsão branca.

⁹ Estudo realizado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo estima que a instalação da Linha 4 – Amarela do Metrô, ligando a Vila Sônia ao Centro da cidade, tenha gerado uma valorização média de 30% para os imóveis localizados no entorno, conforme a reportagem da Agência Estado publicada aos 13 de outubro de 2010 - Linha 4 valoriza imóveis e Metrô-SP quer parte do IPTU.

¹⁰ Decreto-Lei n. 3365/1941. Art. 4º – A desapropriação poderá abranger a área contígua necessária ao desenvolvimento da obra a que se destina, e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em consequência da realização do serviço. Em qualquer caso, a declaração de utilidade pública deverá compreendê-las, mencionando-se quais as indispensáveis à continuação da obra e as que se destinam à revenda.

Experimentação do pedágio urbano

A adoção do pedágio urbano, como fonte de recursos para o investimento no sistema de transportes e como meio de combater a poluição atmosférica e os incômodos gerados pela circulação irrestrita de veículos automotores, é hoje uma alternativa debatida em todas as grandes cidades do mundo (COSTA, 2011),¹¹ especialmente em razão dos compromissos internacionais, assumidos pelos países signatários da Convenção-quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e do Protocolo de Kyoto, de reduzir ou mitigar a emissão de gases com efeito estufa e demais poluentes atmosféricos.

Seguindo a lógica do movimento Grenelle, fortemente baseado, como vimos, em planejamento estratégico e consulta popular, a última inovação trazida pela Reforma da Fiscalidade Urbanística Francesa, formalizada por meio da introdução da Seção 11 bis no Código Geral de Impostos, trata, justamente, da *experimentação do pedágio urbano* pelas coletividades territoriais francesas.

Nos termos do texto legal aprovado ao final de 2010, o pedágio urbano, definido como a “tarifação de deslocamentos efetuados por meio de veículos terrestres a motor”, poderá ser instituído por demanda da autoridade organizadora dos transportes urbanos, a título experimental, pelo período de três anos, por aglomerações urbanas que tenham mais de 300.000 habitantes e possuam planos de deslocamentos contemplando a prestação de transporte coletivo em via. Aplicável aos veículos que ultrapassarem um perímetro geográfico pré-determinado, o pedágio urbano será cobrado em um montante fixado pela autoridade organizadora de transportes urbanos, observados os limites definidos por decreto do Conselho de Estado. O produto da arrecadação, afetado à autoridade organizadora de transportes, deverá ser destinado ao financiamento das

¹¹ Vide, a esse respeito, o artigo de COSTA, F. F. *O pedágio urbano como instrumento de regulação do espaço viário e financiamento do sistema de transportes*. Disponível em: <http://www.cbtu.gov.br/estudos/pesquisa/antp_16congr/resumos/arquivos/antp2007_261.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2011.

ações enumeradas no plano de deslocamentos urbanos de cada aglomeração urbana específica.

As coletividades, ou grupos de coletividades, interessadas em participar da experimentação deverão, primeiramente, realizar um estudo prévio de impacto, mediante consulta pública com todas as partes interessadas. Os projetos de experimentação, assim instruídos, serão endereçados ao ministro encarregado das coletividades territoriais e ao ministro encarregado dos transportes, especificando, obrigatoriamente, as modalidades de avaliação da experimentação. Finalmente, com o parecer da autoridade competente, as experiências serão autorizadas por decreto do Conselho de Estado.

Observe-se que o pedágio urbano não poderá ser instaurado antes da implantação de infraestrutura e serviços de transporte coletivo capazes de acolher a transferência de tráfego ligada à instauração do pedágio. As coletividades ou grupamentos de coletividades que realizarem a experiência deverão elaborar e transmitir ao ministério competente, a cada doze meses, um relatório contendo as informações necessárias à avaliação da experimentação, tendo em vista os objetivos de diminuição de poluição e de incomodidade.

Terminado o prazo legal fixado para a experimentação do pedágio urbano, o governo francês encaminhará ao Parlamento um relatório contendo a avaliação circunstanciada das experiências realizadas para futura deliberação quanto à implementação definitiva do pedágio urbano nas cidades francesas.

No Brasil, diversamente da França, a opção pela instituição ou não do pedágio urbano é matéria de competência estritamente municipal, não apenas por se tratar de questão de interesse eminentemente local, como também em razão da natureza jurídica do pedágio, correspondente, entre nós, à tarifa cobrada em razão da utilização de bem público municipal – no caso, as vias e os logradouros públicos urbanos.

Noticie-se, por fim, que a cidade de São Paulo, quando da edição da Lei Municipal n. 14.933/2009, optou por *excluir* a adoção do sistema de tráfego tarifado das medidas de gestão e planejamento de mobilidade

urbana destinadas ao combate das mudanças climáticas¹². Também privilegia a adoção de outros mecanismos para o controle da poluição do ar e do incômodo gerado pelos veículos automotores, como, por exemplo, a realização anual de inspeção veicular, o rodízio de veículos no centro expandido e a restrição de circulação de caminhões no perímetro urbano.

Considerações finais

Este breve exercício de Direito Comparado permite que façamos as seguintes considerações finais:

- a edição de Documentos e Convenções Internacionais sobre a proteção e preservação do meio ambiente, desenvolvimento sustentável e habitat levaram à construção jurídica de um ideal de sustentabilidade compartilhado mundialmente pelas cidades;
- o fenômeno da globalização facilita a troca de ideias e experiências entre as grandes cidades, o que não só pode como deve levar ao aprimoramento das políticas, dos programas e dos institutos locais de gestão urbana sustentável;
- nesse contexto, o tema da fiscalidade urbanística é de especial interesse ao desenvolvimento urbano sustentável, pois a eficiente arrecadação e administração das receitas públicas tributárias e não tributárias conexas à atividade urbanística do Poder Público pode contribuir para a efetividade do planejamento

¹² Lei Municipal n. 14.933/2009. Art. 6º. As políticas de mobilidade urbana deverão incorporar medidas para a mitigação dos gases de efeito estufa, bem como de outros poluentes e ruídos, com foco na racionalização e redistribuição da demanda pelo espaço viário, na melhoria da fluidez do tráfego e diminuição dos picos de congestionamento, no uso de combustíveis renováveis, promovendo, nessas áreas, as seguintes medidas:

l - de gestão e planejamento:

f) restrição gradativa e progressiva do acesso de veículos de transporte individual ao centro, excluída a adoção de sistema de tráfego tarifado, considerando a oferta de outros modais de viagens.

-
- urbanístico das cidades, não só sob o ponto de vista estritamente fiscal como também extrafiscal, para realização de objetivos de política urbana;
- entretanto, não é possível importar soluções prontas; é preciso conhecer a fundo o contexto local para criar e implementar instrumentos de gestão urbana sustentável verdadeiramente eficazes, adaptados à realidade única de cada cidade.

Referências

AGÊNCIA ESTADO. **Linha 4 valoriza imóveis e Metrô-SP quer parte do IPTU**. 13 out. 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,linha-4-valoriza-imoveis-e-metro-sp-quer-parte-do-iptu,624105,0.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

AMBORSKY, D.; SMOLKA, M. Recuperación de plusvalías para el desarrollo urbano: una comparación inter-americana. **Eure**, Santiago de Chile, v. 29, n. 88, p. 55-77, 2003.

ATALIBA, G. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOYSSOU, F. La fiscalité de l'urbanisme en droit français. In: SILVA, J. A. da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

COSTA, R. H. Instrumentos tributários para a política urbana. In: DALLARI, A. de A.; FERRAZ, S. (Org.). **Estatuto da cidade**: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44-60.

COSTA, R. H. **Praticabilidade e justiça tributária**: exequibilidade da lei tributária e direitos do contribuinte. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA, F. F. da. **O pedágio urbano como instrumento de regulação do espaço viário e financiamento do sistema de transportes**. Disponível em: <http://www.cbtu.gov.br/estudos/pesquisa/antp_16congr/resumos/arquivos/antp2007_261.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2011.

DI SARNO, D. C. L. **Elementos de direito urbanístico**. Barueri: Manole, 2004.

FERNANDES, M. **Agenda Habitat para Municípios**. Rio de Janeiro: IBAM, 2003.

FRANÇA. **Constitucion de 4 de outubro de 1958**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Constitution-du-4-octobre-1958>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

FRANÇA. **Lei 2007-1822 de 24 de dezembro de 2007**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000017853368&fastPos=1&fastReqId=582828502&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

FRANÇA. **Lei 2010-1658 de 29 de dezembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023316044&fastPos=1&fastReqId=1705437030&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

FRANÇA. **Code Général des Collectivités Territoriales - CGCT**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=20111212>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

MARQUES, C. R. **Contornos e fundamentos modernos da contribuição de melhoria**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES NETO, F. de A. Outorga onerosa do direito de construir (Solo Criado). In: DALLARI, A. de A.; FERRAZ, S. (Org.). **Estatuto da Cidade**: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 221-244.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINISTÈRE de l'Écologie, du Développement Durable, des Transports et du Logement. **Le Journal du ministère du Développement durable hors série/ septembre 2009**. Paris: Dicom – Département Image, 2009.

MINISTÈRE de l'Écologie, du Développement Durable, des Transports et du Logement. **Le Journal du ministère du Développement durable – novembre 2010**. Paris: Dicom – Département Image, 2010.

MINISTÈRE de l'Écologie, du Développement Durable, des Transports et du Logement. Direction générale de l'Aménagement, du logement et de la nature. **Réforme de la fiscalité de l'aménagement**. Paris, Janvier, 2011.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Lei n. 13.430/2002 de 13 set. 2002. Plano Diretor Estratégico. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, SP, 13 set. 2002. Disponível em: <<http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/leis/L13430.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Lei n. 13.885/2004 de 25 de agosto de 2004. Estabelece normas complementares ao Plano Diretor Estratégico, institui os Planos Regionais Estratégicos das Subprefeituras e dispõe sobre o parcelamento, disciplina e ordenação do uso e ocupação do solo. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 25 ago. 2004. Disponível em: <<http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/leis/L13885.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Lei n. 14.933/2009 de 5 de junho de 2009. Institui a Política de Mudança do Clima no Município de São Paulo. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 5 jul. 2009. Disponível em: <<http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/leis/L14933.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Lei Municipal n. 15.2324/2010 de 1º de julho de 2010. Institui, nos termos do art. 182, § 4º da Constituição Federal, os instrumentos para o cumprimento da Função Social da Propriedade Urbana no Município de São Paulo, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 1º de jul. 2010a. Disponível em: <<http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/leis/L15234.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. Decreto n. 51.920/2010 de 11 de novembro de 2010. Regulamenta a aplicação dos instrumentos indutores da função social da propriedade urbana no Município de São Paulo, nos termos da Lei n. 15.234, de 1º de julho de 2010. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 11 nov. 2010b. Disponível em: <<http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/decretos/D51920.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2011.

OLIVEIRA, R. F. de. **Curso de direito financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAIVA, C. **Distribuição da população na região metropolitana de São Paulo**. Disponível em: <<http://observasaude.fundap.sp.gov.br/RgMetropolitana/Condio%20de%20Vida%20e%20Sade/Informa%C3%A7%C3%A3o%20Demogr%C3%A1fica/PopRMSP07.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

SILVA, J. A. da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUNDFELD, C. A. O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, A. de A.; FERAZ, S. (Org.). **Estatuto da cidade**: comentários à Lei Federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 1-22.

Este artigo foi publicado originalmente na Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v.2., n.2, p. 361-399, jul./dez. 2011

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

ASSUNTO : Consulta formulada “em tese”. Interpretação do inciso VIII do art. 24 da Lei 8.666/93. Ementa PGM nº 10.025 de 2001. Divergência jurisprudencial. Existência de riscos, especialmente na contratação de entidades de entes federativos diversos que tenham como finalidade o fornecimento de utilidades no mercado, em competição com particulares. Impossibilidade de definição *a priori* a respeito da viabilidade ou não da contratação. Necessidade de avaliação, pelo contratante, do caso concreto.

Informação nº 24/2011 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Assessoria Jurídico-Consultiva

Senhora Procuradora Assessora Chefe

A Secretaria Municipal de Educação nos encaminhou a presente consulta acerca da interpretação do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, objetivando a revisão do entendimento manifestado no parecer de lavra da Procuradora Valéria Aparecida de Lima Ebide, que deu origem à ementa 10.025 de 2001.

Na ocasião, concluiu-se pela restrição da aplicabilidade da dispensa de licitação prevista no inciso VIII do art. 24 às entidades paraestatais criadas pelo ente político para a ele fornecer produtos ou serviços, ou então às que não exerçam atividade econômica com intuito lucrativo.

Aduz, SME, que a redação do dispositivo legal não restringe a contratação direta aos entes da mesma esfera federativa, bastando que integrem a “administração pública” – que, nos termos do art. 6º, XI, do mesmo diploma, engloba a administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios.

Cita doutrina que fundamenta seu entendimento, bem como acórdão proferido pelo Tribunal de Contas do Município no processo TC 233.07-80, no qual afastou-se “denúncia” por entender que a Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – IMESP poderia ser contratada pelo Município, não obstante visar o lucro e vincular-se a outro ente federativo.

Anota, ao final, que existem, de fato, posicionamentos divergentes acerca da matéria, mas que, diante de tal situação, não haveria que se restringir a aplicação do dispositivo e, conseqüentemente, o agir administrativo, mas sim deixar em aberto a atividade hermenêutica pelos órgãos para a escolha da melhor interpretação no caso concreto.

É o relatório.

1. AS QUESTÕES DECORRENTES DA INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO

Conforme salientado na consulta de SME, a questão é altamente controvertida, existindo múltiplos posicionamentos, tanto na doutrina como na jurisprudência dos Tribunais de Contas e dos Tribunais de Justiça.

Dispõe inciso VIII do art. 24 da Lei 8.666/93: “VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

As divergências relacionam-se a duas expressões mencionadas no dispositivo: “prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública” e “que tenha sido criado para esse fim específico”.

2. EXPOSIÇÃO DOS ENTENDIMENTOS ACERCA DO PRIMEIRO PONTO – A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE ENTIDADE VINCULADA A ENTE FEDERATIVO DIVERSO

Com relação à primeira expressão, a **doutrina majoritária** entende que a **finalidade** do preceito legal é dispensar a licitação para a contratação com entidades descentralizadas **do próprio ente federativo** – ou seja, criadas pelo próprio ente. Entendem que, se a União, o Estado ou o Município decidiram criar uma pessoa jurídica para prestação de certa atividade de interesse público, não teria lógica a instauração de procedimento concursal para selecionar empresa para a prestação desta atividade.

Cabe a cada ente federativo a decisão a respeito da prestação ou não de certa atividade de interesse público (observados, obviamente, os preceitos constitucionais, em especial os previstos nos arts. 170 a 181), bem como a forma de prestação – se diretamente ou por entidade¹ descentralizada. Assim, se estas entidades são instrumentos de atuação do Poder Público, não tem sentido que se exija, deste, a contratação por meio de licitação de ente integrante da própria Administração prestadora da utilidade.

Daí certos juristas entenderem que a aplicação do inciso VIII do art. 24 restringe-se à contratação de entidade criada pelo próprio ente federativo que deseja contratar. **Afirmam que, fora desta hipótese, o inciso VIII não poderia ser fundamentado em qualquer princípio jurídico que justificasse o afastamento da necessidade de licitar.**

Na doutrina, compartilham desta posição Marcos Juruena Villela Souto², Carlos Ari Sundfeld³, Antônio Carlos Cintra do Amaral⁴, Diógenes Gasparini⁵ e, ao que parece, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶.

De outro lado, posicionam-se aqueles que defendem que **a restrição** à contratação de entidades criadas pelo próprio ente **não se encontra no texto normativo**. Pelo contrário. Sustentam que o próprio estatuto federal de licitações e contratos qualifica, no **art. 6º, XI**, “Administração Pública” como “*administração direta e indireta*”

¹ Usaremos “entidade” para designar as pessoas jurídicas de direito privado criadas por ente federativo.

² *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 105 e ss.

³ *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 58 e ss.

⁴ *Dispensa de Licitação para Contratação de Empresa Municipal Criada para Prestar Serviços à Prefeitura (interpretação do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93)* in Rev. Trimestral de Direito Público n. 20/1997, p. 117.

⁵ *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 522.

⁶ *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 116 e ss. A autora coloca como requisito para aplicação do dispositivo, ser “o contratado órgão ou entidade da Administração Pública, criado para o fim específico de prestar bens ou serviços ao próprio ente que o criou” (g.n.) (p. 118).

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”. Portanto, não só a **Lei 8.666/93** não só não restringiria a contratação, como **a admitiria** expressamente.

Neste sentido, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes⁷ e, de certo modo, Marçal Justen Filho⁸. Interessante o posicionamento deste último autor, para quem só poderá haver, em verdade, convênio entre o ente da administração direta e entidade descentralizada de ente diverso. Em seu entender, admitida a colaboração entre os entes federativos, nada obsta uma cooperação entre um ente e uma entidade descentralizada de outro ente.

Pelo exposto, **observamos uma tendência doutrinária em restringir os efeitos do inciso VIII às pessoas jurídicas criadas pela administração direta como instrumentos de sua atuação. No entanto, quando analisamos a jurisprudência dos Tribunais de Contas e dos Tribunais de Justiça, verificamos a tendência inversa, muito embora existam poucos julgados sobre o tema.**

Assim, o **Tribunal de Justiça de São Paulo**, em pelo menos duas ocasiões, entendeu regular a contratação direta entre Municípios e entidades criadas por outros entes federativos. Na apelação 389.841-5/4-00⁹, o Tribunal julgou legal a contratação da VUNESP pela Câmara Municipal de Suzano, e no julgamento da apelação 107.412-5/9¹⁰ considerou igualmente regular o vínculo contratual sem licitação entre o Município de Jaú e a Companhia de Desenvolvimento Agrícola de São Paulo – CODASP. O mesmo entendimento foi manifestado no acórdão referente à apelação 990.10.059277-7¹¹, que apreciou o ajuste direto entre o Município de Jacareí e o Banco do Brasil.

O **Tribunal de Contas da União**, por sua vez, já considerou regular a contratação direta do Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo – IPT, entidade criada pelo respectivo Estado, pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria, e Comércio Exterior – MDIC¹².

O **Tribunal de Contas do Estado de S. Paulo** considerou regular a contratação, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei 8.666, da IMESP – Imprensa Oficial do Estado de São Paulo pelo Município de Socorro¹³. Também julgou regular a avença entre Caraguatatuba e a FURP – Fundação para o Remédio Popular, que se trata de laboratório fabricante de medicamentos criado pelo Estado de São Paulo¹⁴.

Por fim, a **corte municipal de contas** não destoia dos entendimentos dos demais tribunais neste aspecto, motivo pelo qual já julgou legais os contratos diretos entre o Município de São Paulo e a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB¹⁵ e a IMESP – Imprensa Oficial do Estado de São Paulo¹⁶.

⁷ *Contratação Direta sem Licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 387. Parecer citado na consulta que ora respondemos.

⁸ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 250.

⁹ 1ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Regina Capistrano; j. em 27/01/2009.

¹⁰ 4ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Climaco de Godoy; j. em 8/06/2000.

¹¹ 3ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Marrey Uint; j. em 30/11/2010.

¹² Acórdão 681/2009 – Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

¹³ TC 3566/003/08; Rel. Cons. Cláudio Ferraz de Alvarenga.

¹⁴ TC 2576/007/07; Rel. Cons. Renato Martins Costa.

¹⁵ TC 72-006.472/97*08; Rel. Cons. Roberto Braguim.

¹⁶ TC 233.07-80; Rel. Cons. Miguel Kirsten. Acórdão citado na consulta que ora respondemos.

Não encontramos, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ou nos Tribunais de Contas da União, do Estado de São Paulo ou do Município de São Paulo, acórdão no qual se afirme a impossibilidade de contratação de entidade criada por ente federativo diverso. No Superior Tribunal de Justiça apenas localizamos o Resp 763.762/GO, julgado em 2005 e citado à frente, em que se decidiu a respeito da impossibilidade de contratação direta, por Município (com fundamento no art. 24, VIII, da Lei 8.666), de sociedade de economia mista do Estado de Goiás para prestação do serviço de saneamento e abastecimento de água de sua sede. Porém, não fica claro se foi reconhecida tal impossibilidade por se tratarem de entes diversos ou em razão da qualidade da contratada.

3. EXPOSIÇÃO DOS ENTENDIMENTOS ACERCA DO SEGUNDO PONTO – A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE ENTIDADE QUE COLOQUE SEUS SERVIÇOS À DISPOSIÇÃO DE PARTICULARES NO MERCADO CONCORRENCIAL

Partimos, assim, para a segunda expressão controversa, que diz respeito à adequação entre a atividade para a qual a contratada foi criada e o objeto da contratação.

A **questão que se coloca** é quanto à necessidade ou não da finalidade da contratada consistir, **exclusivamente**, na prestação de utilidades à Administração – ou, dito de outro modo, **se a entidade contratada poderia também oferecer seus bens e serviços no mercado, disputando-o com privados**.

Tal questão surge em razão do disposto no art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição, segundo o qual:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”

Defendem, **os doutrinadores anteriormente citados**, que a lei não poderia dispensar a licitação para contratação de empresas, ainda que criadas pelo Estado, quando as mesmas exercerem atividade econômica em competição com as empresas privadas. Fazem, portanto, uma **interpretação do dispositivo conforme a Constituição para excluí-las da incidência do inciso VIII do art. 24, na medida em que elas não poderiam ser privilegiadas com a dispensa de licitação para contratação com o Poder Público**.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “quando a Administração exerce atividade econômica com base no art. 173, ela o faz a título de intervenção no domínio econômico, para subsidiar a iniciativa privada, e não para concorrer deslealmente com

ela, o que ocorreria se tivesse, a empresa estatal, o privilégio de ser contratada sem licitação”¹⁷.

Ressalva-se o entendimento de Marcos Juruena Villela Souto, para quem **o próprio ente criador da entidade** poderia contratá-la, ainda que prestasse a atividade em concorrência com privados. Primeiro porque a empresa não poderia ser caracterizada como “terceiro” perante o ente que a criou (já que integra a sua administração indireta), sendo que a Lei só obriga a licitação para contratação de terceiros. Em segundo porque, se a entidade foi criada pelo Poder Público, presume-se que exista um interesse público por trás da sua criação, que a Administração criadora da entidade pode querer incentivar mediante a sua contratação.

Observamos, portanto, que a **doutrina majoritária** entende que a entidade a ser contratada com fundamento no inciso VIII do art. 24 da Lei 8.666/93 deve ter como fim específico a realização de atividades para o Poder Público, direta ou indiretamente, **não podendo concorrer no mercado com privados**.

Passamos, agora, à análise jurisprudencial.

O **Superior Tribunal de Justiça**, segundo pesquisamos, tem uma decisão sobre o assunto, já mencionada anteriormente. Discutia-se, dentre outras questões, a possibilidade de contratação direta da Cia. de Saneamento de Goiás por Município daquele Estado, para prestação de serviço de abastecimento e saneamento de alguns locais determinados. Convém a reprodução da ementa e parte do voto:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ENTRE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E MUNICÍPIO. INEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. RETOMADA DOS SERVIÇOS. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO PRINCIPAL. ALCANCE DA EXPRESSÃO “DEFINITIVAMENTE JULGADA” DO ART. 306 DO CPC. DECISÃO JUDICIAL HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COISA JULGADA FORMAL. CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. VÍCIO INSANÁVEL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO

1. Rejeitada pelo juiz de primeiro grau a exceção de suspeição e interposto agravo de instrumento contra tal decisão, ficam os autos principais suspensos. Julgado aquele recurso, volta o processo ao seu curso normal. Esta a interpretação cabível à expressão “definitivamente julgada”, constante do art. 306 do CPC, que se refere à própria exceção.

2. Eventuais recursos especial e extraordinário interpostos do acórdão do Tribunal que confirmou a rejeição da exceção não têm o condão de paralisar os autos principais, por não possuírem efeito suspensivo.

3. A decisão judicial que homologa acordo entre os litigantes do processo não produz coisa julgada material, podendo ser anulada a avença por ação diversa da rescisória. Precedentes.

4. Considerando a natureza mandamental da ação cominatória, objetivando a retomada dos bens necessários à operacionalização do serviço, não há que se falar em cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de produção de prova para avaliação do acervo da SANEAGO.

¹⁷ *Temas Polêmicos...* Ob. cit., p. 119.

5. *As sociedades de economia mista submetem-se ao regime jurídico das empresas privadas, sendo indispensável o procedimento licitatório para concessão dos serviços de fornecimento de água potável e eliminação de detritos.*

6. *Havendo vício insanável no contrato por ausência de licitação, inócua qualquer discussão em torno da possível irregularidade do procedimento de caducidade.*

7. *Inexiste dissídio jurisprudencial em torno do alcance do art. 4º da Lei 8.437/92 se a decisão do Presidente do STJ foi retratada, restando mantidos os efeitos da tutela antecipada pelo juízo singular.*

8. *Recurso conhecido em parte e, nessa parte, improvido.*

(STJ; Resp 763.762/GO; Rel. Min. Eliana Calmon; j. em 20/09/2005)

Segundo o **voto** da Ministra relatora:

“O primeiro dos argumentos diz respeito à dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso XVIII [pela leitura do acórdão, fica claro que a Relatora estava se referindo, em verdade, ao inciso VIII], da Lei de Licitações. Verifica-se, de plano, ser o dispositivo regra de exceção, interpretada de forma restritiva, conseqüentemente.

Sobre o comando legal em comento, afirma Marçal Justen Filho, em sua obra, "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" que é possível encontrar empresas dedicadas à prestação de serviço público, seja oferecendo o serviço diretamente, seja dando suporte técnico, ou empresas que se dedicam a atividades econômicas e, nessa condição, realizam atividades para o serviço público. Mas o inciso VIII do art. 24 da Lei de Licitação só dá respaldo à contratação direta entre a pessoa de direito público e a entidade que por ela seja criada com o só objetivo de prestar o serviço, a que a lei chama de fim específico.

Na hipótese dos autos, temos uma sociedade de economia mista do Estado de Goiás, já existente para prestar serviço ao Estado, contratada pela municipalidade, o que retira, de logo, a excepcionalidade do dispositivo legal aqui analisado.”

O **Tribunal de Contas da União (TCU)** também já analisou a (im)possibilidade de contratação, com fundamento no citado dispositivo, da Petrobrás, pela União, para o fornecimento de combustíveis. Segue a ementa:

“PEDIDOS DE REEXAME. DENÚNCIA. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE DE DOIS RECURSOS. INADMISSIBILIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO CONHECIDO.

1 - Não se conhece de recurso intempestivamente apresentado, mormente se ausentes fatos supervenientes à decisão recorrida, capazes de suplantar a ausência do referido requisito de admissibilidade.

2 - É ilegal a aquisição direta de combustível, por dispensa de licitação, ainda que seja o fornecedor entidade da administração indireta, no caso sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, submetida, portanto, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.”

(Acórdão TCU 2063/2005-Plenário)

Por outro lado, o mesmo Tribunal de Contas da União julgou regular a contratação do Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo (IPT/SP) por Ministério, com fundamento no inciso VIII do art. 24, sem questionar o fato da instituição também prestar serviços à iniciativa privada, bem como o fato de existirem diversas outras instituições, no mercado, aptas a realizar consultoria em informática (objeto do contrato celebrado)¹⁸.

No Estado de São Paulo, o **Tribunal de Contas (TCE/SP)** já julgou irregulares as contratações entre diversos Municípios e a Cobra Tecnologia S/A (subsidiária do Banco do Brasil)¹⁹. Curioso notar que o parecer da PGM questionado, que deu origem a ementa 10.025 de 2001, foi lavrado exatamente para tratar da contratação entre o Município de São Paulo e tal empresa.

O TCE/SP também julgou irregulares as contratações com a Petrobrás, para aquisição de emulsão asfáltica²⁰, bem como com o Banco do Brasil, para prestação de serviços financeiros²¹.

Entretanto, assim como o TCU, considerou legal a contratação direta do IPT/SP pelo Estado de São Paulo²², bem como por Municípios. Também julgou regular a contratação, por Município, da Fundação para o Remédio Popular – FURP, laboratório do Estado de São Paulo que também vende medicamentos para privados (ainda que em pequena escala)²³.

O **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)** já teve oportunidade para analisar a legalidade de algumas contratações diretas efetivadas com base no art. 24, VIII. Na maioria dos casos, julgou-as regulares, ainda que efetivadas por entes federativos diversos e tendo como objeto atividade econômica exercida em concorrência com particulares.

Assim, considerou legal a contratação, por Municípios, da Fundação para o Vestibular da Universidade Estadual Paulista – VUNESP²⁴; da Companhia de Desenvolvimento Agrícola de São Paulo – CODASP²⁵; assim como do Banco do Brasil. Convém a reprodução de trecho do acórdão deste último caso:

“No presente caso, a dispensa de licitação atendeu aos parâmetros do art. 24, VIII, da Lei n° 8.666/93. A empresa contratada integra a administração pública já que subsidiária do Banco do Brasil S/A, o objeto do contrato está abrangido por seu objeto social, foi criada anteriormente à Lei n° 8.666/93 e o preço contratado estava compatível com o praticado no mercado.
(TJSP; 3ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível n° 990.10.059277-7; Rel. Marrey Unt; j. em 3/11/10)

¹⁸ Acórdão 681/2009 - Plenário

¹⁹ Processo 1832/003/05 – Pleno.

²⁰ Processo 494/009/08 – 1ª Câmara

²¹ Processo 921/006/08 – 1ª Câmara

²² Processo 33764/026/07 – 1ª Câmara

²³ Processo 2576/007/07 – 2ª Câmara

²⁴ Apelação 389.841-5/4-00; 1ª Câmara de Direito Público; Rel. Regina Capistrano; j. em 27/01/2009.

²⁵ Apelação 107.412-5/9; 4ª Câmara de Direito Público; Rel. Climaco de Godoy; j. em 8/06/2000.

Por outro lado, o Tribunal paulista considerou irregular, em ação de improbidade, a contratação entre Município e a Petrobrás para aquisição de emulsão asfáltica²⁶.

No âmbito municipal, o **Tribunal de Contas do Município (TCMSP)** entendeu regular a contratação tanto da Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB²⁷ como a da Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – IMESP²⁸, pela Municipalidade, com fundamento no inciso VIII.

Na **advocacia pública**, foram identificados enunciados sobre o tema na Advocacia Geral da União e na Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro.

Dispõe a O.N. nº 13 da AGU, de 1/04/2009:

“EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE EXERÇA ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO SE ENQUADRA COMO ÓRGÃO OU ENTIDADE QUE INTEGRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PARA OS FINS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO INC. VIII DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993.”

Segundo o Enunciado nº 7 da **PGE/RJ**, “a contratação direta com fundamento no art. 24, incisos VIII e XVI da Lei 8.666/93 somente pode ser efetivada com entidades integrantes da própria Administração Pública estadual”.

Observamos, pela análise acima, que **a questão ainda é tormentosa**. As decisões judiciais e dos Tribunais de Contas são **casuísticas**, de forma que **não se consegue identificar uma tendência segura**.

4. CONCLUSÕES PARCIAIS ACERCA DO PRIMEIRO PONTO – SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE ENTIDADE VINCULADA A ENTE FEDERATIVO DIVERSO

Como exposto, não é tranqüila a possibilidade de contratação direta de entidades de entes federativos diversos, especialmente na doutrina. Porém, na jurisprudência, tanto do Tribunal de Justiça como do Tribunal de Contas de São Paulo (e mesmo no Tribunal de Contas da União), tem-se admitido tal contratação com fundamento no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93.

O fundamento principal utilizado pela doutrina majoritária para restringir a contratação às entidades vinculadas ao próprio ente é a inexistência de fundamento jurídico para a extensão da aplicação do dispositivo às demais entidades. Dito de outra forma: acreditam ser justificável a possibilidade de contratação, sem licitação, de empresa criada pelo próprio ente para prestação do serviço demandado, na medida em que, neste caso, é a própria Administração prestando um serviço a ela mesma, de modo que não teria sentido a imposição de licitação. Porém, não enxergam fundamento principiológico, de interesse público, na possibilidade de contratação direta de entidade de ente federativo diverso e, assim, negam-na.

²⁶ Apelação 738.220-5/9-00; 6ª Câmara de Direito Público; Rel. Oliveira Santos; j. em 25/08/2008.

²⁷ Processo 72-006.472/97*08 – 2ª Câmara

²⁸ Processos 233.07-80 e 2.792.06-61 – Pleno.

Ocorre que, **se restringimos a aplicação do inciso VIII do art. 24 apenas às entidades da própria órbita do ente contratante, devemos concluir pela completa inutilidade do dispositivo**²⁹. Isto porque, nos termos do art. 2º da Lei 8.666/93, a licitação só é obrigatória em caso de contratação com “terceiro”, e **a entidade que integra a administração indireta do ente não pode ser qualificada como “terceiro”**. Assim, de qualquer modo, não seria necessária licitação, com fundamento no art. 2º. Para estas entidades, sequer há que se cogitar da necessidade de constituição “*em data anterior à vigência desta Lei*”, como exige o inciso VIII.

Antes de simplesmente concluirmos pela imprestabilidade do comando legal, impõe-se procurar alguma utilidade para o mesmo. Afinal, a norma existe e está em vigor. Resumir seu alcance a ponto de esgotar por completo a sua eficácia não me parece, a princípio, a melhor interpretação.

Partindo, então, do pressuposto de que nenhuma norma é criada para, de antemão, ser inútil, a única interpretação possível para o dispositivo seria a de que o mesmo dispensa a contratação de entidades vinculadas a entes diversos.

O fundamento de interesse público por trás da dispensa de contratação de pessoas jurídicas criadas por entes diversos seria a **cooperação** entre os entes, tão necessária em um Estado Federativo como o nosso, mas, salvo em alguns casos pontuais, pouquíssima praticada.

Especialmente em países estrangeiros, é comum a criação, pelo ente federal, de entidades de suporte à atividade administrativa tanto da própria administração federal como (e até principalmente) das administrações locais. São entidades que já nascem com *expertise* para os tipos de problemas comuns às administrações e destinadas a resolvê-los.

Assim, se um Município não possui uma empresa de processamento de dados, porque não pode optar por se valer da empresa estadual ou federal, se os preços cobrados por ela são compatíveis com os do mercado?

A norma pode ser um importante instrumento para incentivar a cooperação entre os entes e a centralização da gestão de certa área, com **possíveis ganhos** para ambas as administrações. Assim, creio, pessoalmente, que o comando legal não é despido de fundamento caso interpretado para abranger a possibilidade de contratação de empresa vinculada a ente diverso.

Ademais, em toda criação, por entes federativos, de entidades para prestação de utilidades, deve haver um “*relevante interesse coletivo*” que justifique a sua constituição, sob pena de ofensa ao art. 173, *caput*, da Constituição.

A jurisprudência, quando admite tal contratação (vimos que a jurisprudência majoritária o faz), normalmente a fundamenta: (1) na inexistência de restrição no próprio inciso VIII; e (2) no art. 6º, XI, da Lei 8.666, que considera “Administração Pública” (termo mencionado no inciso VIII do art. 24) como “*administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas*”. Não perquire, assim, a natureza do

²⁹ Esta é, aliás, a conclusão de Marçal Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações* Ob. cit., p. 250.

interesse que levou à criação da entidade e à sua contratação pelo mesmo ente ou ente diverso.

Lembramos, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça tem decisão contrária à dispensa de licitação, fundamentada no inciso VIII, para contratação de empresa estadual de saneamento por Município. Ao que parece, porque era sociedade de economia mista e não havia sido criada especificamente para prestação de serviço ao Município, mas ao Estado (a meu ver, a questão se resolveria pelo art. 175 da Constituição...).

5. CONCLUSÕES PARCIAIS ACERCA DO SEGUNDO PONTO – SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE ENTIDADE QUE COLOQUE SEUS SERVIÇOS À DISPOSIÇÃO DE PARTICULARES NO MERCADO CONCORRENCIAL

Quando da exposição sobre o tema, constatamos que a doutrina majoritária era contrária a tal possibilidade, em razão do disposto no art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição, enquanto a jurisprudência se encontra dividida. Podemos, entretanto, ver que existe uma **sinalização jurisprudencial**, ainda que não muito consistente, de **acompanhamento do entendimento da doutrina majoritária**.

As dificuldades para identificação de uma tendência na jurisprudência derivam do fato de uma mesma Corte possuir pronunciamentos em sentidos que parecem diversos, em um curto espaço de tempo.

Por exemplo, apesar do TCU e do TCE/SP terem afirmado, algumas vezes, que é indispensável licitação quando a entidade contratada exercer atividade econômica passível de licitação e não tiver como finalidade social a exclusiva prestação de serviços à Administração, já julgaram regulares contratos com o IPT/SP e outras instituições que também prestam serviços a particulares, em maior ou menor escala.

Aliás, o primeiro argumento (de que a contratada exerce atividade econômica passível de licitação), utilizado em muitas das decisões para vedar a contratação direta, é falho. Tratamos de uma hipótese legal de dispensa de licitação, quando a realização do certame sempre será, em tese, possível.

O **único critério distintivo** do IPT, da VUNESP, da FURP e de outras entidades em que se entendeu possível a contratação direta, em relação à Petrobrás, à Cobra Tecnologia e outras entidades em que se entendeu vedada a dispensa com base no inciso VIII, é o **grau de fornecimento de utilidades ao mercado não estatal**.

De fato, apesar das primeiras entidades também servirem a privados, ofertando seus serviços no mercado, seu mais expressivo cliente é, sem dúvida, o Poder Público. A maioria delas é criada especificamente com a finalidade de prestar serviços à Administração, mas obtém **receitas complementares** de privados contratantes.

Já as segundas, foram criadas especificamente para – inexistindo monopólio, claro – concorrer com privados na prestação de suas utilidades. E eventualmente prestam seus serviços ao Poder Público.

Mas esta distinção, conveniente ressaltar, não é colocada à vista nas decisões dos Tribunais. Em nenhum dos julgados pesquisados foi esboçado algum critério

distintivo entre as entidades, em razão da finalidade primordial ou por qualquer outra razão. O traço distintivo que apontamos foi fruto de um esforço para conferir algum sentido à diferença de tratamento verificada em algumas cortes.

6. CONCLUSÕES FINAIS

Diante do exposto, constatamos que a questão da possibilidade de contratação, tanto de entidades de outros entes, como de pessoas jurídicas que prestam atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93 **permanece polêmica**, havendo decisões em ambos os sentidos. A questão, em suma, **ainda se encontra em aberto**, havendo uma jurisprudência mais ou menos consistente apenas no tocante à possibilidade de contratação das entidades, ainda que de outros entes, que prestem serviços exclusivamente à Administração (e quando, obviamente, seus fins se relacionam com o objeto do contrato). Assim, não é conveniente vedar, *a priori*, a aplicação do dispositivo a situações que se enquadrem na sua literalidade.

Por oportuno, cabe-nos ponderar que, por ser altamente polêmica, a contratação de entidades de ente federativo diverso que prestem atividade econômica (em sentido estrito) em competição com a iniciativa privada **envolve alguns riscos para a Administração e para quem celebra o contrato, que não podem ser desprezados**.

Caberá ao gestor público **bem avaliar o caso concreto**, verificando a natureza e as características da contratada, em especial seu objeto social.

Se pudéssemos estabelecer uma **ordem crescente de sujeição aos citados riscos**, poderíamos colocar como menos problemática a contratação direta de entidades de entes diversos que tenham como finalidade específica a prestação de serviços exclusivamente à Administração; como um pouco mais arriscada a contratação direta de entidades de entes diversos que tenham como finalidade primordial a prestação de serviços à Administração (mas também prestem serviços a privados, como forma de receita acessória); e por fim, trazendo elevado risco, a contratação direta de entidade de ente diverso que tenha como principal objeto a prestação de serviços a privados, em competição com outras empresas.

Acreditamos que não é tão importante, como entende parte da doutrina, a natureza da utilidade a ser contratada – se serviço público ou atividade econômica *strictu sensu*. Primeiro porque é extremamente difícil separar um conceito do outro³⁰. Em segundo porque, mesmo no serviço público, pode haver (como no mais das vezes há) prestação em regime concorrencial. Em terceiro, porque as chamadas “entidades de apoio” à Administração, como são as empresas de obra pública, as companhias de processamento de dados, os institutos para capacitação de pessoal, etc., não prestam, a rigor, serviço público, e nunca se questionou a possibilidade de contratação direta destas entidades.

³⁰ Serviços públicos destinam-se à prestação de utilidades econômicas à população (ou a parcela desta), que o Estado deve assegurar em razão de norma que assim preveja. Assim, serviço público é também uma atividade econômica – tanto que, em vários casos, são prestados por privados em conjunto com o Poder Público (que os presta direta ou indiretamente). Existem, ainda, atividades não enquadradas como “serviço público”, mas que são tão relevantes quanto, tanto que altamente reguladas pelo Poder Público. Ademais, assim como ocorre com o ingresso do Poder Público nas chamadas atividades econômicas *strictu sensu*, a previsão de certa atividade como serviço público não é livre, devendo haver, da mesma forma, algum interesse relevante que a justifique, em função do princípio da livre iniciativa e da subsidiariedade.

O que **não poderá deixar de ser observado**, obrigatoriamente, pelo contratante que deseja assumir compromisso com entidade de ente diverso, são os demais requisitos expressos no inciso VIII do art. 24 do Estatuto de Licitações e Contratos (cujo preenchimento deverá ser demonstrado em processo administrativo, juntamente com a apresentação de justificativa para a contratação direta): finalidade específica, da entidade, para prestação da utilidade demandada; criação em data anterior à vigência da lei; pesquisa de preço para verificar se o valor cobrado é compatível com o praticado no mercado.

Para concluir, acreditamos que não é o caso de, de antemão, proibir (ou permitir) a contratação direta de entidades que não integram a Administração Municipal com fulcro no inc. VIII do art. 24. Entendemos que a dispensa de licitação, nas situações controversas, em que não há uma tendência consolidada nos Tribunais (de Justiça ou de Contas), deve ser **analisada pela pasta no caso concreto**, avaliando as circunstâncias específicas, e **tendo em vista as ponderações feitas ao longo deste parecer**. Entendo, ainda, não ser propriamente o caso de revisão do entendimento manifestado no parecer que deu origem à ementa 10.025 de 2001, de lavra da i. Procuradora do Município Valéria Aparecida de Lima Ebide, já que tal parecer se propôs a analisar uma situação específica, enquanto a presente consulta é feita “em tese”. Sua autora simplesmente apontou as restrições doutrinárias à aplicação do comando legal (também expostas nesta manifestação), como parte da razão de decidir. Mas o parecer em questão só pode ser analisado em função da situação concreta submetida à análise, que levaram ao entendimento pela impossibilidade de contratação direta discutida naquela hipótese.

São Paulo, / /2011.

RODRIGO BRACET MIRAGAYA
Procurador Assessora – AJC
OAB/SP nº 227.775-S
PGM

De acordo.

São Paulo, / /2011.

CECILIA MARCELINO REINA
PROCURADORA ASSESSORA CHEFE SUBSTITUTA - AJC
OAB/SP 81.408
PGM

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

ASSUNTO : Consulta formulada “em tese”. Interpretação do inciso VIII do art. 24 da Lei 8.666/93. Ementa PGM nº 10.025 de 2001. Divergência jurisprudencial. Existência de riscos, especialmente na contratação de entidades de entes federativos diversos que tenham como finalidade o fornecimento de utilidades no mercado, em competição com particulares. Impossibilidade de definição *a priori* a respeito da viabilidade ou não da contratação. Necessidade de avaliação, pelo contratante, do caso concreto.

Cont. da Informação nº 24/2011 – PGM.AJC

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Senhor Secretário

Encaminho estes autos a Vossa Excelência, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral a respeito da inteligência do inciso VIII, do art. 24, da Lei 8.666/93, que acompanho.

São Paulo, / /2011.

CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 98.071
PGM



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO
DEPARTAMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE E DO PATRIMÔNIO

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA 12ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL - SÃO PAULO - 12VFP

AUTOS Nº 0026763-93.2011.8.26.0053

POR DEPENDÊNCIA (CONEXÃO) AOS AUTOS Nº 0023281-40.2011.8.26.0053

AÇÃO POPULAR

AUTOR: **AURÉLIO FERNANDEZ MIGUEL**

RÉUS: **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO E PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por seu procurador que adiante assina, nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos termos das disposições aplicáveis da Lei nº 4.717/1965 e do Código de Processo Civil, dando-se por citada e requerendo seu ingresso no polo passivo do processo, apresentar a sua

CONTESTAÇÃO

nos termos que passa a expor.

I – BREVE RELATO DA INICIAL

Aurélio Fernandez Miguel aforou a presente ação popular, em face do Prefeito do Município de São Paulo, pleiteando, em caráter liminar, a sustação dos efeitos da Lei nº 15.413/2011, determinando, também a paralisação de toda e qualquer atividade na área (relativa à construção do estádio em Itaquera), até julgamento final da presente demanda, e, em caráter principal, seja declarada nula a Lei nº 15.413/2011, seja determinada a retomada da área constante da Lei nº 10.622/1988, aplicadas as penalidades constantes na mesma lei, com imposição de multa diária ao Prefeito.

O autor popular alega que o envio, pelo Prefeito do Município de São Paulo, de projeto de lei visando à concessão de incentivos fiscais para a construção de estádio na Zona Leste do Município, a aprovação pela Câmara Municipal de São Paulo e a sanção pelo Prefeito, com a edição da Lei nº 15.413/2011, são atos eivados de nulidades.

Diz que a concessão dos incentivos ofende o princípio da impessoalidade, pois está direcionada à Construtora Odebrecht.

Alega ser notório que o estádio será do Corinthians e que a obra será efetuada pela Construtora Odebrecht.

Alega que a exposição de motivos baseia-se na fantasia de hipotético desenvolvimento a ser trazido à Zona Leste através de renúncia fiscal.

O autor popular alega que a concessão de uso da área pública é ilegal.

Afirma que uma Comissão Parlamentar de Inquérito, em 2001, composta por vereadores dentre os quais o patrono do autor nesta ação, concluiu que devia ser encaminhado ofício ao Executivo requerendo providências cabíveis à rescisão da concessão de uso da área.

Alega que não foram cumpridas as obrigações previstas na Lei para a concessão de uso, que seriam estabelecidas sob pena de revogação automática.

Diz que a concessão de uso está automaticamente revogada.

Notícia que em 2001 houve o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público.

Afirma que, de forma carecedora de legitimidade e legalidade, as partes, Ministério Público, Municipalidade de São Paulo e Corinthians, transigiram nos autos, a fim de reduzir a multa/indenização devida.

Diz que o Juízo manifestou que o acordo celebrado encerrava ou esgotava a CDRU (concessão de direito real de uso), mas com a oposição de embargos de declaração, o Juízo modificou a decisão, para expungir da sentença embargada a alusão sobre estar encerrada ou esgotada a CDRU, de modo a prevalecer esta mesma CDRU na forma acordada.

O autor alega que se a lei era válida, revogada está a concessão, e se era inválida, também revogada está.

Diz que o acordo firmado é nulo, por falta de legitimidade das partes.

Afirma que, segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, a repristinação automática e não expressa praticada pelo Promotor de Justiça não existe no mundo jurídico.

Afirma que se impõe a revogação da concessão de uso, e a necessidade de licitação e avaliação prévia para uma nova concessão.

Alega não haver interesse público com a priorização da construção de um estádio de futebol dado à Construtora Odebrecht e ao Sport Club Corinthians.

Aduz a afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Alega que foram iniciadas as obras sem autorização legal, sem alvará ou aprovação dos órgãos competentes.

O autor popular alega que há outras demandas essenciais à sociedade, como a da saúde, não atendidas por falta de verba.

O autor pleiteia, em conclusão, a concessão de liminar para sustar os efeitos da Lei nº 15.413/2011, determinando também a paralisação de toda e qualquer atividade na área (obra de construção do estádio em Itaquera), até julgamento final da demanda, e, em caráter principal, a declaração de nulidade da Lei nº 15.413/2011, bem como a determinação da retomada da área constante da Lei nº 10.622/1988, com aplicação de penalidades previstas na norma, e imposição de multa diária ao Prefeito. O autor também pede a condenação dos agentes públicos a reposição, ao erário, das despesas com a concessão de uso e a renúncia fiscal.

É a síntese do necessário.

II – PRELIMINARMENTE

Da Ausência de Interesse Processual

O autor alega que o envio, pelo Prefeito do Município de São Paulo, de projeto de lei visando à concessão de incentivos fiscais para a construção de estádio na Zona Leste do Município, a aprovação pela Câmara Municipal de São Paulo e a sanção pelo Prefeito, com a edição da Lei nº 15.413/2011, são atos eivados de nulidades.

Se a presente ação popular considera que o envio e a discussão do projeto de lei (Projeto de Lei nº 288/2011) são eivados de nulidade, o pleito formulado já se tem por absolutamente incabível, como tem decidido o Tribunal de Justiça de São Paulo (por exemplo, na Apelação Cível n. 36.791-1, Relator Desembargador Camargo Sampaio, RT 581/69).

Se o autor considera que a edição da Lei nº 15.413/2011 (ou seja, a sanção pelo Prefeito) constitui ato eivado de nulidade, também se tem o absoluto descabimento do pleito formulado.

Obviamente, não se pode considerar que na discussão de um Projeto de Lei pelo Legislativo ou no ato de sanção de uma Lei pelo Executivo possa existir a caracterização de lesividade.

Afinal, a norma (Lei Municipal nº 15.413/2011) foi produzida com absoluta observância do processo legislativo municipal, nada havendo que a macule.

O autor, evidentemente, se trai, porque, ao pedir que não se produzam quaisquer efeitos da norma sancionada, como claramente se verifica, o que ele pleiteia, em realidade, é expungir do ordenamento jurídico a Lei Municipal nº 15.413/2011, e não considerar a referida norma como mero fundamento da ação.

Evidentemente, o autor se vale da presente ação popular como uma verdadeira ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal.

Rodolfo de Camargo Mancuso (Ação Popular, 6ª edição revista, atualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 88), traz luzes ao assunto:

“... sob o prisma das áreas refratárias à sindicabilidade via ação popular, esclarecem Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, ao atualizarem conhecida obra de Hely Lopes Meirelles: ‘os tribunais vêm seguidamente ressaltando que a ação popular não pode servir como substituto da ação direta de inconstitucionalidade’”... (grifou-se).

Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, na atualização da obra de Hely Lopes Meirelles (Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, 22ª edição, Malheiros, 2000, p. 129, nota de rodapé), referem a diversos julgados nesse sentido: TJSC, ApC n. 21.944, Rel. Des. Xavier Vieira, RT 623/155; TJRJ, ApC n. 4.457/89, Rel. Des. Cláudio Vianna de Lima, RDTJRJ 7/213; TJSP, ApC n. 263.596-1/1, Rel. Des. Barreto Fonseca, ADV 1997, p. 724, ementa 80.590.

O autor ainda pleiteia a nulidade do acordo homologado pelo Juízo, com decisão transitada em julgado.

A ação popular não é meio adequado para modificar decisão judicial com trânsito em julgado.

Assim já se decidiu:

"É incabível a ação popular para modificar decisão judicial com força de coisa julgada" (TFR - 3ª Turma, REO 106.916-RJ, Relator Ministro Assis Toledo, j. 18.08.87, v.u., DJU 01.10.87, p. 21.010).

Tem-se, com tudo isso, a demonstração de que a ação popular não é via processual adequada para as pretensões formuladas, de modo que o autor carece de interesse-adequação, na propositura da presente.

Em razão disso, a Municipalidade de São Paulo vem, respeitosamente, a Vossa Excelência, requerer a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, por ausência de condição da ação.

Da Ilegitimidade Ativa

A verdadeira intenção do autor popular não é outra, senão a de causar embaraço à construção do estádio em Itaquera, para satisfação de mero interesse particular.

É simples verificar que, caso houvesse a suspensão dos efeitos da lei municipal que prevê a possibilidade de emissão dos Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento, já no que concerne às garantias financeiras para a obra surgiriam enormes contratemplos. Além disso, o autor pleiteia explicitamente que se determine a paralisação de toda e qualquer atividade na área (obras de construção do estádio em Itaquera).

Há de encontrar-se, como verdadeira motivação do autor para o ajuizamento da presente ação popular, a paixão clubística de torcedor de futebol.

A paixão pelo futebol, no Brasil, quase sempre ultrapassa os limites da razão. É mais forte do que a religião. No Brasil, não é incomum pessoas mudarem de religião. Já mudar o time de futebol para o qual se torce beira as raias do impossível. Tem-se aí a dimensão do que a paixão do futebol representa para o torcedor brasileiro.

A ação popular não pode ser desvirtuada, usada como vindita ou com espírito de emulação.

A satisfação de um desejo íntimo não é pretensão que confira a ninguém legitimidade para o ajuizamento de ação popular.

Torcedores de outra agremiação, sentindo-se pessoalmente contrariados, podem movimentar o Poder Judiciário pela via da ação popular, com a simples intenção de fustigar o clube de futebol que consideram rival?

Assevere-se que o autor popular não é mero torcedor. É conselheiro de um grande clube, e até concorreu ao cargo de presidente desse clube.

A isso, há de ser acrescentado o fato de o autor popular ser político de notória oposição à atual administração.

Há aqui evidente paralelo com a conhecida prática, já constatada pela doutrina, de a ação popular ser desvirtuada, “*utilizada como meio de oposição política de uma Administração a outra, o que exige do Judiciário redobrada prudência no seu julgamento, para que não a transforme em instrumento de vindita partidária, nem impeça a realização de obras e serviços públicos essenciais à comunidade que ela visa a proteger*” (Hely Lopes Meirelles, obra citada, p. 117).

Em razão disso, a Municipalidade de São Paulo vem, respeitosamente, a Vossa Excelência, requerer a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, por ausência de condição da ação.

Da Ilegitimidade Passiva – Litisconsórcio Necessário

Tendo em conta que um dos pedidos do autor popular, em última análise, é o de expungir do ordenamento jurídico a Lei nº 15.413/2011, norma devidamente aprovada pelo Poder Legislativo Municipal, caberia ao autor requerer a correta composição do polo passivo.

Afinal, é a referida Lei, aprovada pela Câmara Municipal, a norma que autoriza o Poder Executivo a proceder à emissão dos Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento.

Rodolfo de Camargo Mancuso (obra citada, p. 228) não deixa dúvida:

“Ação popular. Citação dos membros da Câmara Legislativa Municipal, que participaram do ato impugnado. Litisconsórcio necessário (RSTJ 32/196; idem, RT 660/89). No ponto, Nery & Nery: ‘As autoridades mencionadas na LAP 6º são quaisquer autoridades, inclusive as do Poder Legislativo (cf. Barbosa Moreira, RDA 85/399 – ‘são quaisquer autoridades – legislativas, inclusive – e têm de ser citadas, quanto a isso não há dúvida’ (JSTF 124/199)”.

Caberia ainda ao autor promover a citação daqueles que diz serem beneficiários dos atos, no caso o clube ou quem mais assim o entenda.

Veja-se, pois, que desatendida a regra do litisconsórcio necessário, impõe-se o reconhecimento da ilegitimidade processual passiva.

Em razão disso, a Municipalidade de São Paulo vem, respeitosamente, a Vossa Excelência, requerer a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, por ausência de condição da ação.

Da Impossibilidade Jurídica do Pedido

O autor popular pretende que o Poder Judiciário faça controle das opções políticas da Administração Pública na escolha dos critérios a serem levados em conta na fixação de incentivos fiscais, tendentes ao fomento de atividades e redução de desigualdades.

Conforme ensina Marcos André Vinhas Catão (Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais, Renovar, 2004, p. 32):

*“... a diretriz política pretende que determinada atividade ou segmento social seja incentivado mediante a eliminação ou redução do(s) tributo(s), **exercendo juízo discricionário de avaliação**, pelo qual a eliminação ou redução da respectiva*

carga (tax burden) devolveria à sociedade melhores resultados econômicos ou sociais”. (Grifou-se).

A escolha de tais critérios de determinação das circunstâncias subjetiva/objetiva/fática/temporal/espacial (quem, o que, como, quando e onde) da concessão de incentivos fiscais insere-se no âmbito da discricionariedade administrativa, não podendo tal diretriz ser sindicada pelo Poder Judiciário.

Não é demais lembrar que o âmbito de discricionariedade configura o denominado mérito administrativo, que não pode ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

O autor busca, na prática, que o Poder Judiciário decida sobre tais critérios, aferidos em juízo de oportunidade e conveniência.

Segundo a dicção do artigo 2º da Carta Magna, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A teoria da separação dos poderes, de Montesquieu aos dias atuais, divide as competências do Estado em três poderes, e tem o intuito de que cada ente seja responsável pela sua parcela, sem invadir a do outro, agindo com respeito, cooperação e colaboração.

Assim, em respeito ao princípio da separação dos poderes, não é atribuição do Poder Judiciário decidir em quais casos o Executivo Municipal deve ou não deve conceder incentivos fiscais, pois essa atividade é inerente à Administração Municipal.

O Poder Judiciário não pode assomar para si os atos discricionários que competem exclusivamente ao Poder Executivo, imiscuindo-se nos juízos de oportunidade e conveniência, sob pena de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, expresso no Artigo 2º da Constituição Federal.

Tal controle judicial significaria ainda ofensa à autonomia municipal, princípio expresso no Artigo 18, *caput*, da Constituição Federal.

Em razão disso, a Municipalidade de São Paulo requer a extinção do processo sem julgamento de mérito, por ausência de condição da ação, no caso, a da possibilidade jurídica do pedido.

III - DA IMPUGNAÇÃO AO PEDIDO LIMINAR

Não há, no presente, satisfação dos requisitos para a concessão de liminar.

Há completa ausência de plausibilidade jurídica do pedido, ou seja, *fumus boni iuris*.

Os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade e veracidade.

Não basta mera alegação de ilegalidade ou lesividade dos atos, por parte do autor, para infirmar essa presunção.

Na ação popular, isso se verifica com mais fortes matizes.

Na citada obra de Hely Lopes Meirelles, os atualizadores Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes (p. 119, nota 1) esclarecem o assunto, citando reiterados julgamentos:

“Embora haja casos de lesão presumida, esta presunção deve necessariamente decorrer da lei. A real lesividade do ato impugnado, ou a ocorrência

de situação na qual a lesividade é legalmente presumida, deve ser concretamente provada na ação, não bastando meras suposições (TJSP, ApC n. 149.490-1-6, Rel. Des. Alfredo Migliore, RT 674/116; TJRJ, Remessa Ex-Offício n. 22/93, Rel. Des. Itamar Barbalho, RDR 2/341; TRF-2ª Região, ApC n. 94/02.16495-2, Rel. Juiz Alberto Nogueira, RT 735/426)”.

Como ensina Marcello Caetano (Manual de Direito Administrativo, 10ª edição, Almedina, Coimbra, p. 489/490), “*a grande importância conferida ao interesse público, à lei e às praxes administrativas na interpretação do ato administrativo provém de que tem de partir do princípio de que a vontade manifestada visou realizar o imperativo legal ou um fim legal. A Administração tem por si a presunção de legalidade dos seus atos. No próprio exercício do poder discricionário as coisas passam-se deste modo. A desconformidade entre esse exercício e o fim que a lei marca ao poder exercido tem de ser provada, e a prova não pode recair sobre razões psicológicas não manifestadas, ou mesmo sobre suspeitas fundadas de conduta incorreta, mas sim dos fatos demonstrativos de que o fim visado não foi o legal”.*

A presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos já afasta a plausibilidade jurídica dos pedidos do autor, notadamente pela ausência de prova de ilegalidade ou lesividade.

Não bastasse isso, a Administração Pública demonstra, na análise do mérito, que os atos impugnados são absolutamente legais, sendo de todo descabidas as alegações do autor.

Os atos impugnados pelo autor popular não são dotados de ilegalidade ou lesividade ao patrimônio público.

Evidencia-se a completa ausência de plausibilidade jurídica do pedido, ou seja, ausência de *fumus boni iuris*, razão por que a liminar não deve ser concedida.

Não bastasse isso, também está ausente qualquer perigo de demora.

Só se verifica a presença de *periculum in mora* se o direito que se pleiteia corre o risco de perecer em razão do decurso do tempo, ou seja, em razão da demora, tornando inútil o processo. Ainda, se há de verificar se ausente hipótese de perigo da demora inverso, pois a presença desse perigo é elemento que descaracteriza o *periculum in mora* em relação a quem pede liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela.

Esta noção, ademais, está imbricada à da plausibilidade jurídica do pedido, pois se não há direito, não há risco de seu perecimento.

O autor procura justificar a existência de perigo da demora na alegação de que poderia haver dinheiro mais bem gasto pela Administração em saúde, educação etc.

Não há a menor demonstração de *periculum in mora*.

De início esclarecer que nenhum dinheiro público do Município será empregado na construção do estádio em Itaquera. O que há é a concessão de incentivos fiscais, mediante a expedição dos Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento, em absoluta conformidade com a lei.

Necessário esclarecer o que a Lei nº 15.413/2011 dispõe sobre o momento da expedição e sobre o momento da possibilidade de utilização dos referidos Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento.

De acordo com o disposto no artigo 5^a da norma, “os Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento poderão ser emitidos pela conclusão das etapas constantes do projeto aprovado, observado o limite das dotações orçamentárias consignadas na lei orçamentária do ano da emissão dos Certificados”.

Conforme o artigo 4^o, da Lei, dentre as atribuições do Comitê de Construção do Estádio da Copa do Mundo de Futebol de 2014 (instituído pelo artigo 3^o) estão as de analisar e deliberar acerca da forma e condições de emissão dos CID.

Os referidos Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento só poderão ser utilizados após a emissão do Termo de Conclusão do Investimento e Liberação do Uso do CID, conforme expressa previsão legal (artigo 2^o, inciso I e artigo 5^o, parágrafo 2^o, da Lei n. 15.413/2011).

Ressalte-se que há condições e limites para a emissão dos CID. O artigo 5^o, da Lei n. 15.413/2011, determina que os Certificados poderão ser emitidos desde que seja observado o limite das dotações orçamentárias consignadas na lei orçamentária do ano da emissão, podendo o valor total do incentivo ser fracionado em diversos certificados, com valor mínimo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) cada um. O artigo 2^o, inciso I, da Lei, limita o incentivo ao valor de até 60% (sessenta por cento) do investimento realizado e ao montante máximo de R\$ 420.000.000,00 (quatrocentos e vinte milhões de reais).

Não há nenhum *periculum in mora*, ou seja, perigo de perecimento do pretense direito em razão da demora do processo. É o que claramente se verifica da mera leitura dos dispositivos legais mencionados.

Ainda, deve-se ressaltar que a concessão de liminar, no caso presente, caracterizaria evidente perigo de demora inverso.

A construção do estádio em Itaquera satisfaz os requisitos legais para a oportuna emissão dos CID, dentre os quais as exigências técnicas impostas pela FIFA para que o estádio seja sede de jogos da Copa do Mundo de 2014.

Assim, a concessão de liminar teria o potencial lesivo de ocasionar embaraços à continuidade das obras de construção do estádio em Itaquera.

Caso houvesse a concessão liminar, implicando eventual suspensão das obras, a legítima expectativa da Cidade de São Paulo de sediar a abertura dos jogos da Copa do Mundo de Futebol - 2014 poderá ser absolutamente frustrada, ocasionando prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, com caráter de irreversibilidade.

Não é preciso muito para enumerar os infindáveis benefícios sociais e econômicos que a abertura da Copa do Mundo de Futebol trará à Cidade de São Paulo.

Nem se olvide, ainda, que esse efeito, da eventual suspensão das obras, redundaria em comoção de milhões de pessoas, na Cidade de São Paulo.

Também não se há de olvidar que as obras de construção do estádio em Itaquera já estão bastante avançadas.

Além disso, as obras já empregam, diretamente, centenas de trabalhadores, e implicam a geração de milhares de empregos indiretos. Muito mais pessoas ainda serão contratadas para as obras do empreendimento.

Independentemente de São Paulo vir a ser confirmada como cidade sede da abertura da Copa do Mundo de Futebol de 2014, o estádio em Itaquera está entre os que, por definição da FIFA, sediarão jogos da Copa do Mundo. Eventual atraso nas obras causaria incomensuráveis prejuízos à Cidade.

Além da falta de preventividade, está presente a hipótese de perigo de demora inverso, pois os danos que a concessão da liminar poderia causar seriam incalculáveis e irreversíveis.

Ausente, assim, o *periculum in mora*, impõe-se seja indeferido o pedido liminar, como medida de Direito e de Justiça.

IV – DO MÉRITO

O autor se insurge indevidamente contra a concessão de incentivos fiscais para a construção de estádio em Itaquera. Alega que o envio, pelo Prefeito do Município de São Paulo, de projeto de lei visando à concessão de incentivos fiscais para a construção de estádio na Zona Leste do Município, a aprovação pela Câmara Municipal de São Paulo e a sanção pelo Prefeito, com a edição da Lei nº 15.413/2011, são atos eivados de nulidades. Diz que a concessão dos incentivos ofende o princípio da impessoalidade, pois está direcionada à Construtora Odebrecht. Alega ser notório que o estádio será do Corinthians e que a obra será efetuada pela Construtora Odebrecht. Diz que a exposição de motivos baseia-se na fantasia de hipotético desenvolvimento a ser trazido à Zona Leste através da renúncia fiscal.

Nenhuma razão lhe assiste.

Diferentemente do que alega o autor, os Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento, objeto da presente ação, estão na conformidade do ordenamento jurídico e têm por escopo o interesse público.

Tais certificados são incentivos fiscais, no campo da extrafiscalidade, ou seja, instrumentos ordinatórios que visam a condicionar comportamentos, fomentar o desenvolvimento, e não precipuamente abastecer de dinheiro os cofres públicos, embora, indiretamente, possam redundar em tais efeitos.

Tais incentivos não são concedidos sem critério nem método, visam ao interesse público, a redução de desigualdades, o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do Município.

Cabe aqui o detalhamento da correta contextualização jurídica da utilização dos referidos certificados, para o que, pedindo-se vênia, hão de ser citados ensinamentos de diversos autores da melhor doutrina, indispensáveis à compreensão do tema.

A evolução do papel do Estado é inegável. A transição do ideal do liberalismo à nova concepção de estado social impõe aos poderes públicos a adoção de medidas para que se alcancem os objetivos sociais assinalados na Constituição.

A Constituição Federal de 1988 preconiza uma nova realidade social, cuja efetivação passa a ser de interesse público.

O artigo 3º, inciso III, da Constituição federal, dispõe:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

...

III – erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Segundo Luís Eduardo Schoueri (Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica, Forense, 2005, p. 2):

“Esta nova realidade se traduz no desenvolvimento econômico, prestigiado pela Constituição de 1988, que inclui, no artigo 3º, entre os objetivos fundamentais da República o da garantia do desenvolvimento nacional, o que, entretanto, não se compreende isoladamente de outros objetivos, como o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde se erradicarão a pobreza e a marginalização e se reduzirão as desigualdades sociais e regionais, promovendo, enfim, o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O artigo 174, *caput*, da Constituição Federal dispõe:

“Art. 174 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Nessa expressão “incentivo” encontram guarida constitucional as normas de intervenção por indução.

Segundo Roque Antônio Carraza (Curso de Direito Constitucional Tributário, 19ª edição, 2003, Malheiros, p. 753, nota 6):

“Por meio de incentivos fiscais, a pessoa política tributante estimula os contribuintes a fazerem algo que a ordem jurídica considera interessante ou oportuno (p. ex., instalar indústrias em região carente do País)”.

Conforme Luís Eduardo Schoueri (ob. cit., p. 3):

“Seguindo a evolução que também se verificou em outros ordenamentos jurídicos, adotam-se as finanças funcionais, que se propõem a intervir no campo socioeconômico, com fins de tutela, redistribuição, equilíbrio etc. Daí que entre os instrumentos de que se vale o Estado para a atuação na ordem econômica e social, modificando-a segundo os desígnios constitucionais, surgem as normas tributárias, já que, nas palavras de Duverger, no ‘Estado moderno, as finanças públicas não são apenas um meio de assegurar a cobertura de suas despesas administrativas, mas também e principalmente um meio de intervir na vida social, de exercer uma pressão sobre os cidadãos para organizar o conjunto da nação’”.

A Constituição Federal, no artigo 170, inciso VII, incluiu, entre os princípios da Ordem Econômica, a redução das desigualdades regionais e setoriais.

Terence Dornelles Trennepohl (Incentivos Fiscais no Direito Ambiental, Saraiva, 2008, p. 77) explica:

“O Estado, portanto, é agente regulador da atividade econômica, fiscalizando, incentivando, planejando, enfim, gerindo a política de intervenção nessa atividade, valendo-se de incentivos fiscais”.

Ainda Terence Dornelles Trennepohl (obra citada, p. 92/93):

“O poder de tributar revela, indiscutivelmente, um caráter político, dentre as inúmeras atividades que tocam ao Estado desenvolver.

A escolha da extrafiscalidade, pela linha dos tributos, induz, no mais das vezes, o próprio percurso que a economia deve seguir, e quais os produtos e serviços mais convenientes ao consumo.

O uso da função extrafiscal dos tributos sempre foi aceito como forma de intervenção legítima do Estado na condução do mercado e da economia.

As considerações sobre o Estado neutro, ou sobre finanças neutras, de cunho meramente fiscal, são amplamente debatidas em obra do professor José Souto Maior Borges.

Diz o autor pernambucano que pela via da extrafiscalidade o Estado provoca modificações deliberadas nas estruturas sociais, sendo um fator importantíssimo na dinâmica socioestrutural.

Estreme de dúvidas, portanto, a importância com que a tributação se apresenta nos cenários jurídico e político atuais para a consecução dos fins sociopolíticos”.

Luís Eduardo Schoueri (obra citada, p. 99) esclarece:

“Ao incluir a redução das desigualdades regionais e setoriais entre os princípios da Ordem Econômica, revelou-se o constituinte ciente de sua existência mas inconformado com tal realidade, propondo à Ordem Econômica sua redução, como forma de alcançar seus fins de justiça social e dignidade humana. A redução das desigualdades sociais e regionais é, nos termos do artigo 3º, do texto constitucional, com a erradicação da pobreza, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Nas palavras de Grau, postula a Constituição o ‘rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprias’.

(...)

Em matéria tributária, assume importância o princípio referido quando, por exemplo, excepcionando o princípio da uniformidade da tributação, de que trata o artigo 151 da Constituição Federal, admite ‘a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre diferentes regiões do País’”.

Terence Dornelles Trennepohl (obra citada, p. 110), ilustra a situação:

“Os incentivos fiscais são tratamentos diferenciados para estimular condutas e nortear diretrizes políticas e econômicas. Representam supressão ou redução da carga tributária”.

José Marcos Domingues de Oliveira (Direito Tributário e Meio Ambiente, 2ª edição, Renovar, 1999, p. 37) também se manifesta na mesma linha doutrinária:

“A denominada tributação extrafiscal é aquela orientada para fins outros que não a captação de dinheiro para o Erário, tais como a redistribuição da renda e da terra, a defesa da indústria nacional, a orientação dos investimentos para setores produtivos ou mais adequados ao interesse público, a promoção do desenvolvimento

regional ou setorial etc. Como instrumento indeclinável de atuação estatal, o direito tributário pode e deve, através da extrafiscalidade, influir no comportamento dos entes econômicos de sorte a incentivar iniciativas positivas, e desestimular as nocivas ao Bem Comum”.

Caem por terra as alegações do autor popular de que a emissão de Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento implica afronta ao princípio da impessoalidade, da moralidade, ou que caracteriza privilégios.

Como asseverou Schoueri, a concessão de incentivos fiscais **excepciona o princípio da uniformidade da tributação**. Isso está na essência da conceituação do instituto do incentivo fiscal.

Como bem explicou Trennepohl, os incentivos fiscais são **tratamentos diferenciados** para estimular condutas e nortear diretrizes políticas e econômicas. Isso também está na essência do conceito de incentivo fiscal.

Tais excepcionamentos encontram justificativa para o *discrimen* nas próprias normas constitucionais.

Se não se admitissem tais excepcionamentos, todo e qualquer incentivo fiscal seria interpretado como inconstitucional. Mas essa não é a maneira adequada de interpretar as normas constitucionais.

Não se pode interpretar uma norma da constituição tomando-a isoladamente do contexto em que se insere.

Os incentivos fiscais são constitucionais e legais.

Como assevera Fernando Aurélio Zilveti (Princípios de Direito Tributário e Capacidade Contributiva, Quartier Latin, 2004, p. 190):

“Por meio da extrafiscalidade, o Estado pratica a justiça social, não necessariamente a justiça fiscal”.

Ainda segundo Zilveti (obra citada, p. 192/193):

“O Estado faz uso da extrafiscalidade, por outro lado, para estimular condutas ou determinadas atividades econômicas, quando considera conveniente do ponto de vista econômico ou social. Assim age quando estabelece isenções para determinados produtos, considerados essenciais, ou, geograficamente, isenta de impostos regiões ou polos de desenvolvimento”.

(...)

“Não há na extrafiscalidade um objetivo único de arrecadação. Às vezes, sequer se vislumbra esse objetivo, como nas isenções ou reduções de alíquotas dos produtos de primeira necessidade. O objetivo é eminentemente social”.

A concessão de incentivos fiscais, no caso, a emissão de Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento, não caracteriza concessão de privilégios.

Muito discutida na doutrina é a relação entre extrafiscalidade e o princípio da capacidade contributiva.

Fernando Aurélio Zilveti analisa o tema com profundidade (obra citada, p. 199):

“Adota-se a melhor doutrina e jurisprudência, no sentido de que a extrafiscalidade não guarda relação com o princípio da capacidade contributiva”.

Ainda o autor (obra citada, p. 387):

“A capacidade contributiva não pode ser identificada nos tributos regulatórios, que visam reprimir ou incentivar determinadas condutas no âmbito do Estado Social de Direito. Os tributos regulatórios ou extrafiscais servem a causa da justiça social e dão ao Estado recursos dos cidadãos ou, ainda, para executar suas políticas sociais assistencialistas”.

Segundo Luís Eduardo Schoueri (obra citada, p. 290):

“Enquanto formas de intervenção sobre o Domínio Econômico, as normas tributárias indutoras não se deixam levar apenas pelo princípio da capacidade contributiva, em seu sentido objetivo. Não serão ponderações de caráter distributivo que determinarão sua incidência. Sujeitam-se, sim aos cânones do Direito Econômico”.

Diversos autores já se debruçaram na análise da questão da extrafiscalidade e o princípio da igualdade tributária ou da capacidade contributiva. Conforme Schoueri (obra citada, p. 277 e ss.):

“... corrente liderada por Klauss Tipke, que entende que suas sozialzwecknormen não se submetem ao princípio da capacidade contributiva, mas ao princípio do Estado Social. Também é o entendimento de Ricardo Lobo Torres, que, segundo a lição de Tipke, afirma que o tema do desenvolvimento econômico tem mais a ver com a vertente dos incentivos fiscais e extrafiscais que com a da tributação segundo a capacidade contributiva, sustentando que ‘as discriminações e os privilégios na concessão de isenções, restituições de imposto, subvenções e subsídios, em nome do desenvolvimento econômico (...) tornaram-se um dos mais importantes e difíceis problemas do intervencionismo estatal, pela inevitabilidade das desigualdades’. Também parece ser esse o entendimento de Fichera, o qual, confrontando o princípio da igualdade com as normas tributárias indutoras, critica aqueles que se baseiam numa análise negativa do princípio, sustentando que a igualdade não implica meramente a possibilidade de tratamentos diferenciados entre desiguais, se esse tratamento faz permanecer a desigualdade, ainda que atenuada; afirma, ao contrário, que a constatação da existência da desigualdade e o conseqüente tratamento diferenciado deve levar à remoção dos obstáculos que se oponham à perseguição da igualdade, isto é, à remoção da causa determinativa, configurada como obstáculo. Noutras palavras, em vez de simplesmente igualar aquilo que é desigual, devem-se remover os obstáculos que determinam as situações de desigualdade. Nesse sentido, a relação entre extrafiscalidade e igualdade não se definiria em termos negativos, isto é, de limite externo à extrafiscalidade, mas em termos positivos, de individualização dos veículos substanciais para o exercício do poder de tributar”.

(...)

“há autores que, embora não negando a natureza tributária das normas indutoras, sustentam que o princípio da capacidade contributiva pode ser excepcionado diante de outros critérios. Assim, Misabel Derzi sustenta: ‘As pessoas favorecidas por

isenções, créditos presumidos, prêmios e alíquotas diminutas, devolução de tributo pago etc. são tratadas de uma forma e uma maneira especial porque não são consideradas da mesma categoria especial do que as demais, em razão de sua aptidão para concretização dos planos governamentais ou por méritos’ (...) É, pois, coerente afirmar que as derrogações ao princípio da capacidade econômica não são ofensas à igualdade, estando dessa forma submetidas às regras de regularidade e igual tratamento para seres da mesma categoria essencial. A mesma autora, noutra oportunidade, afirmou que ‘na extrafiscalidade, em muitos casos, a capacidade contributiva é posta de lado, de forma total ou parcial. Mas isso não representa quebra do princípio da igualdade formal. Trabalha-se, então, com novo critério de comparação (valores distintos) que não a capacidade contributiva. Souto Maior Borges busca na isenção extrafiscal a concordância com ‘outro critério de justiça’, diverso da repartição justa da carga tributária. Também Leila Paiva afirma que a submissão de extrafiscalidade à capacidade contributiva retira sua eficiência. Tratando da tributação ambiental, Gosh entende que ela necessariamente colide com o princípio da capacidade contributiva mas nem por isso é inconstitucional, desde que encontre outro fundamento, como o princípio do poluidor-pagador. Conforme esclarece Ollero, o princípio da capacidade contributiva implica limitações ao legislador, dentre as quais ‘la necesidad de que las desviaciones normativas respecto de la capacidad económica resultem justificadas em virtud de otros valores constitucionales, cuya tutela dispense al legislador de atender en determinados supuestos al criterio establecido com carácter general. Si el artículo 31.1 de la C.E. formula la capacidad económica como criterio de imposición genericamente vinculante para las figuras tributarias de estructura contributiva, las excepciones a esta regla general tendrán que justificarse em virtud de otras exigencias o principios constitucionales que tambien deban ser atendidos com la imposición. Y esto es lo que sucede cuando el tributo se instrumenta com fines extrafiscales”.

Em linhas gerais, o que se demonstra, com a correta contextualização jurídica da utilização dos referidos certificados de incentivo ao desenvolvimento, é que se inserem no âmbito da extrafiscalidade (normas indutoras), sujeitando-se às normas da intervenção do Estado no Domínio Econômico (ordem econômica e social), do qual um dos princípios é perseguir a redução das desigualdades regionais e setoriais. Os critérios para sua utilização são outros que não a capacidade contributiva, ou a uniformidade de tributação, e são hauridos diretamente da Constituição Federal.

A correta contextualização dos fatos também se mostra necessária, para demonstrar sua adequação ao regime jurídico aplicável, como foi acima explicitado.

A Zona Leste do Município de São Paulo, de há muito tempo, encontra-se em situação de desigualdade social notória, o que tem demandado do Poder Público Municipal a adoção de medidas voltadas à promoção do desenvolvimento dessa parte da Cidade. As políticas de fomento encontram seu fundamento na Constituição Federal.

Nesse contexto, foi editada a Lei Municipal n. 13.833, de 2004, substituída e aperfeiçoada pela Lei Municipal n. 14.654, de 20 de dezembro de 2007, e a Lei Municipal nº 14.888, de 19 de janeiro de 2009.

Essas normas estabeleceram o Programa de Incentivos Seletivos para Regiões da Zona Leste do Município, ou seja, as condições gerais para a concessão de

incentivos fiscais aos empreendimentos dos diversos setores que se instalarem na Zona Leste do Município, no prazo definido na lei.

Todo e qualquer empreendimento que se amoldar aos requisitos das normas referidas faz jus aos incentivos fiscais.

Trata-se, pois, de normas municipais indutoras, que visam ao desenvolvimento da Zona Leste do Município, por meio da atração de investimentos, com vistas à geração de renda e criação de empregos.

Grande oportunidade de adoção de medidas para incrementar o fomento ao desenvolvimento da Zona Leste deu-se com a indicação da Cidade de São Paulo como uma das cidades a sediar jogos da Copa do Mundo de Futebol de 2014.

Também há fundada expectativa de que a Cidade de São Paulo possa ser escolhida pela FIFA como sede da abertura da Copa do Mundo de Futebol de 2014. A escolha se dará nos próximos dias.

Inegavelmente, a construção de um estádio de futebol na Zona Leste do Município, apto a sediar jogos da Copa do Mundo de Futebol de 2014, bem como apto a eventualmente sediar a própria cerimônia de abertura do grandioso evento, promoverá a atração de vultosos investimentos para essa região da Cidade.

O Poder Executivo Municipal encaminhou à Câmara Municipal a proposta legislativa, consubstanciada no Projeto de Lei (PL) n. 288/2011. Segue, em anexo, cópia do correspondente processo administrativo, n. 2011-0.112.078-5. Foi, assim, aprovada pelo Legislativo, e sancionada pelo Executivo, a Lei n. 15.413/2011.

A motivação da proposta do PL é bastante clara e realista. O Executivo Municipal considera que a Zona Leste da Cidade é o destino ideal para a implantação de um equipamento esportivo que atenda às exigências da FIFA e que produza um ciclo virtuoso de desenvolvimento regional, não só pelo estádio em si, mas, principalmente, pela infraestrutura necessária a sua implementação, a qual estimulará a realização de outros grandes investimentos na região.

Com a construção do estádio, o Executivo Municipal visa ao advento de outras inúmeras vantagens para a região, como a requalificação urbana, a melhoria da infraestrutura viária e do transporte público, a criação de empregos, seja nas obras, seja na operação do estádio, seja nos demais empreendimentos que serão atraídos para a região, e o incremento da arrecadação tributária, decorrente do desenvolvimento econômico e da valorização imobiliária de toda a região.

O Executivo Municipal considera que, ao longo do tempo, os benefícios econômicos e sociais gerados pela construção e operação do estádio suplantarão em muito os incentivos concedidos.

Na proposta constam ainda os estudos realizados acerca da viabilidade econômica do empreendimento a ser incentivado, apontando resultados altamente favoráveis ao desenvolvimento da Zona Leste e, conseqüentemente, à Cidade como um todo.

Os investimentos globais previstos absorverão valores próximos de um bilhão de reais, sendo estimada a geração de cinco mil empregos diretos e três mil indiretos na região.

Os efeitos multiplicadores desses investimentos gerarão receitas tributárias, pois os incentivos fiscais concedidos serão largamente compensados por acréscimos na arrecadação de IPTU, ISS e das transferências de ICMS advindos da construção do estádio.

Estima-se que, até 2023, os acréscimos na arrecadação tributária do Município de São Paulo, deduzidos os incentivos concedidos, atingirão o valor nominal de R\$ 173,6 milhões. Tais ganhos, trazidos a valor presente, representam ganhos tributários para o Erário Municipal de R\$ 32,4 milhões.

Nos estudos não foram computados os incrementos de receitas de transferências federais de Fundos de Participação dos Municípios – FPM, nem os de IPVA, nem o aumento de arrecadação de ITBI resultantes da operação do estádio na Zona Leste.

Também não foram considerados, no setor de turismo, os ganhos indiretos de receitas tributárias sobre hotéis, restaurantes, comércio varejista e outros serviços prestados aos que visitarem a Cidade de São Paulo durante a Copa do Mundo de Futebol de 2014.

Outro estudo, realizado por renomada empresa de consultoria, confirmou as conclusões acima relatadas, e aduziu que os investimentos no estádio para sediar jogos da Copa de 2014 podem beneficiar enormemente os projetos de desenvolvimento para a região da Zona Leste e para toda a Cidade de São Paulo, e que os impactos na arrecadação para o Estado e para o Município de São Paulo são positivos vis-a-vis o investimento necessário para a eventual abertura da Copa do Mundo no novo estádio.

Na proposta consta que análise de eventos semelhantes em outras cidades do mundo (Chicago, Munique, Barcelona, Atlanta, Sidney, Paris, Moscou, Johannesburgo, Seul, dentre outras) atesta a importância de tais eventos na requalificação urbana de áreas degradadas, demonstrando que o estádio será capaz de tornar-se um novo vetor de desenvolvimento local e regional na Zona Leste de São Paulo.

Anote-se que, em recente notícia, divulgou-se que o exemplo de Londres será paradigmático para a recuperação dos bairros da Zona Leste de São Paulo.

O caso londrino em questão refere-se ao Vale do Baixo Lea, afluente do Rio Tâmisa, local relativamente parecido com a Zona Leste paulistana, e que será palco dos próximos Jogos Olímpicos, em Londres. O sucesso londrino da recuperação da área, que já foi uma das mais pobres do Reino Unido, mostra-se valioso como paradigma para a recuperação da Zona Leste de São Paulo.

O Poder Executivo também asseverou na proposta que a confirmação da imagem de São Paulo como cidade global, o fortalecimento da vocação da Cidade como centro de realização de grandes eventos e destino de turismo de negócios, e a autoestima dos cidadãos paulistanos são objetivos permanentes e encontram-se reforçados no projeto de lei.

A proposta do Poder Executivo estabelece, como instrumento destinado a atrair investimentos para a construção do estádio, a devolução, aos investidores, de parte dos recursos investidos, por meio da emissão de Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento – CID, que poderão ser utilizados pelos investidores ou por terceiros, para o pagamento de ISS e IPTU.

Como se verifica na minuta de justificativa da proposta, a Zona Leste do Município de São Paulo é uma área que, apesar de bastante populosa, ainda apresenta diversas deficiências, notadamente em infraestrutura. Por isso, a Municipalidade de São Paulo tem, ao longo dos anos, buscado soluções para promover o seu desenvolvimento.

Exemplo disso é a Operação Urbana Rio Verde Jacu, que prevê a renovação urbana da região, e a possibilidade de emissão de Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento, nos termos da Lei n. 14.654/2007, alterada pela Lei n. 14.888/2009.

Ressalte-se que o instrumento de incentivo em questão, os Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento, não são novidade da Lei n. 15.413/2011, contra a qual se insurge o autor popular.

A emissão de CID já foi prevista, por exemplo, na Lei n. 14.096/2005, que trata do programa de incentivos seletivos para a região da Luz.

A Lei n. 14.654/2007, a seu turno, prevê a emissão de CID no programa de incentivos seletivos para a região da Zona Leste.

A Lei n. 15.413/2011, sancionada pelo Prefeito em razão da aprovação, pelo Poder Legislativo, do PL n. 288/2011, é apenas uma especificidade da Lei n. 14.654/2007, para a concessão dos referidos incentivos a quem se dispuser a construir um estádio, na Zona Leste, que atenda às exigências técnicas impostas pela FIFA para um estádio sediar jogos da Copa do Mundo de 2014.

O autor alega que a emissão dos CID – Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento – visa à construção de um estádio de futebol que será propriedade do Sport Club Corinthians Paulista.

Nenhuma das leis que preveem a concessão de incentivos para empreendimentos na Zona Leste da Cidade (Lei n. 15.413/2011, Lei n. 14.888/2009, Lei n. 14.654/2007) identifica o(s) beneficiário(s).

A Lei n. 15.413/2011 estabelece os objetivos da legislação (autoriza o Poder Executivo a conceder incentivos fiscais para a construção de estádio, que venha a ser aprovado pela FIFA como apto a sediar jogos da Copa do Mundo de 2014) mas não menciona possíveis beneficiários. A Lei não faz nenhuma menção a clubes de futebol ou empresas de construção civil. Quem satisfizer os requisitos legais pode habilitar-se, apresentando oportunamente, ao Comitê de Construção do Estádio da Copa do Mundo de Futebol de 2014, a que se refere o artigo 3º, seus projetos, para análise e eventual aprovação.

É certo que, independentemente de ser indicado como sede de jogos da Copa do Mundo, o estádio em Itaquera já tinha previsão de ser construído, como antigo anseio do Sport Club Corinthians. Tal empreendimento, mesmo se não tivesse sido indicado como sede de jogos da Copa do Mundo, já faria jus a incentivos fiscais destinados à Zona Leste, nos termos das leis anteriores.

Estando o estádio em Itaquera na conformidade da situação prevista na Lei n. 15.413/2011, nada impede que o investidor receba os incentivos legais previstos na norma indutora.

Assevera-se que o desiderato da Lei é induzir o fomento ao desenvolvimento da Zona Leste, reduzir as desigualdades sociais.

O autor popular equivocou-se em outra alegação. Diz ele que o estádio de futebol em Itaquera será propriedade do Sport Club Corinthians Paulista.

A Lei n. 10.622, de 09 de setembro de 1988, foi a que autorizou a concessão de direito real de uso de área municipal em Itaquera, ao Sport Club Corinthians Paulista.

Conforme o artigo 1º da referida Lei, a cessão de uso se deu pelo prazo de 90 (noventa) anos, com a destinação da área para a construção de estádio de futebol.

O artigo 5º da referida Lei dispõe que, findo o prazo da concessão, a área reverterá à disponibilidade do Município, passando ao patrimônio municipal as edificações e as benfeitorias nela construídas, ainda que necessárias, independentemente de qualquer pagamento ou indenização.

Também descabe a alegação do autor popular de que os incentivos fiscais, consubstanciados na emissão dos Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento, servirão exclusivamente para atender a fins particulares.

Já está suficientemente demonstrado que a finalidade da Lei n. 15.413/2011 é a indução do desenvolvimento econômico e social da Zona Leste da Cidade de São Paulo, fomentando a atração de investimentos, empreendimentos, geração de empregos e renda. A inegável finalidade da norma é o atendimento do interesse público.

Descabe a alegação de ofensa a vetores constitucionais, como o da moralidade administrativa.

Não se demonstra a menor lesividade dos atos impugnados pelo autor popular.

A conformidade dos incentivos fiscais com as normas constitucionais está devidamente demonstrada, considerando o contexto jurídico em que se inserem.

Não há ofensa à moralidade ou à impessoalidade. A Lei n. 15.413/2011 não confere privilégios a ninguém. Insere-se no contexto da extrafiscalidade das normas indutoras, sujeitas aos cometimentos constitucionais da Ordem Econômica e Social, notadamente com o escopo de redução das desigualdades regionais no âmbito do Município de São Paulo.

As anteriores leis 13.833/2004 e 14.654/2007 já previam a concessão de incentivos fiscais a empreendimentos na Zona Leste, assim como a Lei n. 14.096/2005 os prevê para a região da Luz e a Lei n. 13.496/2003 os prevê para a região central da Cidade.

Anote-se, por exemplo, que, segundo informações da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico, já houve, para a Zona Leste, emissão de Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento – CID, para as seguintes pessoas:

- Grampofix Indústria e Comércio Ltda.; Hesiten Indústria e Comércio de Facas e Ferramentas Ltda.; Macroforma Industrial e Comércio Ltda.; Moinho Romariz Indústria e Comércio Ltda.; Rubbercity Artefatos de Borracha Ltda.; São Gabriel Administração, Participação e Representação Ltda.; Sociedade de Armazenamento e Representação São Lourenço Ltda.

Anote-se, também, como exemplo, que para o Programa de Incentivos Seletivos para a Região Adjacente à Estação da Luz, já houve emissão de Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento para diversas pessoas:

- IBM Brasil Indústria de Máquinas e Serviços Ltda.; BRProperties S/A; Instituto Moreira Salles; Mercado Eletrônico S/A; E-Safetransfer S/A; Digisign S/A; Meta Serviços em Informática Ltda.; Fess Kobi Assessoria de Marketing e Comunicação Ltda.; Klar Indústria de Com. de Elétrico Eletrônicos Ltda.; TMS Call Center Ltda.; Partifib Projeto Imob.; DMF Construtora Incorporadora Ltda.; BRQ Soluções em Informática S/A; Pyxisinfo Tecnologia Ltda.; Audatex Brasil Serviços Ltda.; Magma Sistemas Consultoria S/A; Microsoft Informática Ltda.; Bravo Telecomunicações Ltda.; Atento Brasil S/A; TNL CONTAX S/A; BRC XVI Empreendimentos Imobiliários Ltda.

É descabida a alegação do autor de que poderia ser gasto o dinheiro para construir hospitais, escolas, e poderia ser melhorado o trânsito da Cidade.

Não há dinheiro nenhum. O que há são os incentivos fiscais, para cuja fruição devem ser satisfeitos vários requisitos legais. Com os incentivos fiscais, há indução ao desenvolvimento da região da Zona Leste, não o contrário. Os estudos realizados demonstram os benefícios dos incentivos fiscais para a região e para toda a Cidade.

Diferentemente do que alega o autor, a construção do estádio em Itaquera trará melhoria da qualidade de vida na Zona Leste, atraindo investimentos, emprego e renda para as pessoas, melhorias de infraestrutura, transportes e requalificação urbana.

Além do próprio estádio, com atendimento aos padrões da FIFA, estão previstos importantes investimentos em infraestrutura na Zona Leste da Cidade, consoante as informações da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico:

- ampliação e revisão de todo o sistema viário do entorno do estádio, compreendendo viadutos interligando a Avenida Itaquera à Avenida Tiquatira, sentido bairro; viadutos interligando a Avenida Tiquatira à Avenida Itaquera, sentido centro; viaduto interligando a Rua Miguel Inácio Cury ao viaduto da Avenida Itaquera; viaduto interligando a Avenida Itaquera à Avenida Radial Leste, sentido bairro; alargamento e recapeamento da Avenida Radial Leste;

- adequação do sistema de transporte coletivo, com as seguintes realizações: construção da estação rodoviária, próxima ao estádio; remodelação da linha ferroviária com a adoção de novos trens, com vagões que conferem maior conforto aos usuários, com ar-condicionado, e que deverão circular com intervalos de apenas quatro minutos; reestruturação das operações do metrô, com a diminuição do intervalo entre uma composição e outra para apenas 90 (noventa) segundos.

Ressalte-se que notícias veiculadas na Imprensa recentemente já dão conta de que, desde o início das obras de construção do estádio em Itaquera, surgiram centenas de microempreendedores cadastrados na região do entorno. Também se tem divulgado a abertura de inúmeras vagas de qualificação e de empregos para as obras do estádio.

Os incentivos fiscais existem exatamente como instrumentos de intervenção, pelo Estado, na ordem econômica e social. Existem para o fomento de atividades, e, obviamente, dirigem-se aos particulares que se encontrem na mesma situação jurídica, dispostos a atuar na conformidade da norma indutora, com o objetivo de reduzir os desequilíbrios e desigualdades sociais.

Não há nenhuma ilegalidade ou lesividade na concessão dos incentivos fiscais, não havendo razão para expungir do ordenamento jurídico a Lei Municipal n. 15.413/2011. Os Certificados de Incentivo ao Desenvolvimento, como restou demonstrado, são absolutamente legais e constitucionais, e têm por escopo o interesse público.

Por outro lado, o autor popular alega que a concessão de uso da área pública para construção de estádio em Itaquera é ilegal. Alega que a concessão de uso está automaticamente revogada. Noticia que em 2001 houve o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público e que, de forma carecedora de legitimidade e legalidade, as partes, Ministério Público, Municipalidade de São Paulo e Corinthians, transigiram nos autos. Diz que o acordo firmado é nulo, por falta de legitimidade das partes. Afirma que, segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, a repristinação automática e não expressa praticada pelo Promotor de Justiça não existe no mundo jurídico. Afirma que se impõe a revogação da concessão de uso, e a necessidade de licitação e avaliação prévia para uma nova concessão.

As alegações do autor são completamente infundadas.

Não há como considerar automaticamente revogada uma concessão de direito real de uso, como tem decidido o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (MS n. 148.408-0/2-00, acórdão registrado sob n. 01888442):

“Curial, pois, que na hipótese de a administração pública apurar eventual situação que enseje a rescisão unilateral deve ser assegurada, ao particular, a oportunidade de tomar completo conhecimento da imputação que lhe é feita, por meio de prévia notificação, assim como de apresentar razões, de produzir provas em sua defesa, de esclarecer fatos e prestar informações, e isso durante todo o procedimento administrativo”.

No mesmo sentido, no MS nº 130.592-0/4-00, acórdão registrado sob nº 01106061, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

“Se realmente o impetrante estava descumprindo condições estabelecidas na escritura, impunha-se a abertura de novo procedimento, com clara indicação das falhas cometidas e facultando-se ao interessado a produção das provas pertinentes”.

Desde logo se vê, como mostram os referidos precedentes do Tribunal de Justiça, que se afasta completamente a possibilidade de revogação automática de uma concessão de direito real de uso, prestigiando-se o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

No último acórdão, é citada, entre outras, a lição de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª edição, p. 604):

“A rescisão do contrato exige estrito cumprimento ao princípio do contraditório e observância ao devido procedimento administrativo. Em termos práticos, isso significa que a rescisão deverá ser precedida de um procedimento administrativo, ao qual o particular tenha amplo acesso e no qual possa deduzir sua defesa e produzir suas provas. A instauração de procedimento administrativo deverá ocorrer formalmente, inclusive com a definição dos fatos que se pretendem apreciar. Deve-se dar oportunidade ao particular para produzir uma defesa prévia e especificar as provas de que disponha. Em seguimento, deverão produzir-se as provas, sempre com

participação do particular. Não se admite a realização de uma perícia sem que o particular possa indicar um representante e o vício não será suprido através de posterior comunicação ao interessado do conteúdo da perícia. Após encerrada a instrução, deverá ser proferida a decisão, da qual caberá recurso para a autoridade superior. Após exaurido o procedimento, será proferido o ato administrativo de rescisão”.

Demonstra-se, dessa forma, que a alegação do autor, de que a concessão de uso está automaticamente revogada, não encontra a menor sustentação jurídica.

O autor alude ao ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público, em 2001, alegando que, de forma carecedora de legitimidade e legalidade, as partes, Ministério Público, Municipalidade de São Paulo e Corinthians, transigiram nos autos. Diz que o acordo firmado é nulo, por falta de legitimidade das partes. Alega que a repristinação automática e não expressa praticada pelo Promotor de Justiça não existe no mundo jurídico.

As alegações do autor não têm fundamento.

Não existe a tal repristinação.

Como já se demonstrou, não existe revogação automática de concessão de direito real de uso, em homenagem aos princípios do devido processo legal, à observação da ampla defesa e do contraditório, em regular processo administrativo.

Além disso, repristinação é instituto (não existente em nosso ordenamento jurídico) de **reativação de uma lei revogada**, em virtude da superveniência de lei que revoga a lei revogadora.

O acordo celebrado pelas partes na ação civil pública não promove a repristinação de nenhuma norma.

O autor também alega que as partes que entabularam o acordo na ação civil pública careceriam de legitimidade. Tal alegação é absurda.

As partes que poderiam entabular um ajustamento na ação civil pública não poderiam ser outras que não as que integram a relação processual: o Ministério Público, a Municipalidade de São Paulo e o Sport Club Corinthians Paulista.

A Municipalidade de São Paulo, nos termos do artigo 12, inciso II, do Código de Processo Civil, é representada, ativa e passivamente, por seu Prefeito ou procurador.

O Procurador do Município, por expressa previsão legal, é o representante judicial da Municipalidade de São Paulo.

Pela Municipalidade de São Paulo, a possibilidade de celebrar ajustes em ações judiciais é atribuída ao Procurador-Geral do Município, que pode delegar essa atribuição, ou seja, pode autorizar a celebração de acordos aos procuradores oficiantes nos processos.

A possibilidade de o Promotor de Justiça oficiante celebrar ajustamentos antes ou no curso de ações civis públicas goza de expressa previsão legal.

Não há, assim, cabimento na alegação de ilegitimidade das partes para a celebração de ajustamento na ação civil pública.

Nem esse tipo de ajuste constitui novidade.

Por exemplo, na ação civil pública de autos nº 053.02.026617-3, perante a 8ª Vara da Fazenda Pública, em que o Ministério Público do Estado de São Paulo pleiteava o desfazimento da concessão de uso de imóvel, houve a celebração de acordo entre o Ministério Público do Estado de São Paulo, a Municipalidade de São Paulo e a Fundação Instituto de Moléstias do Aparelho Digestivo e da Nutrição, que foi homologado por sentença, pondo fim à controvérsia.

Também descabe qualquer alegação de ilegalidade no acordo celebrado.

O Ministério Público requereu, em 02/09/2010, na ação civil pública, em curso perante a 14ª Vara da Fazenda Pública, a intimação dos réus, tendo em conta a publicação de matérias jornalísticas divulgando a implantação de um estádio de futebol em área de Itaquera.

O Juízo convocou as partes para audiência, designada para 23/02/2011.

Na audiência, foi proposta a conciliação.

Elaborada uma minuta de acordo, a Procuradoria-Geral do Município autorizou a celebração da avença, nos termos formulados.

O acordo foi celebrado em 04/05/2011, e levado a Juízo, para homologação.

O Juízo equivocou-se, ao inferir que o acordo celebrado encerraria ou esgotaria a concessão de direito real de uso. Acolheu, por isso, os embargos de declaração opostos conjuntamente pela Municipalidade de São Paulo e pelo Ministério Público.

Dessa forma, do mesmo modo que no caso da ação civil pública da concessão de uso de bem público à Fundação Instituto de Moléstias do Aparelho Digestivo e da Nutrição, o acordo homologado põe fim à controvérsia.

O acordo foi devidamente homologado em Juízo, tendo-se operado o trânsito em julgado da decisão judicial.

Tendo a questão já sido resolvida no âmbito do Poder Judiciário, não cabe sua rediscussão em sede de ação popular. Como já se afirmou, descabe o uso de ação popular para modificar decisão judicial com força de coisa julgada.

Não há nenhuma ilegalidade no acordo firmado. Constituíram primados para a celebração da avença o atendimento do interesse público e dos princípios da Administração Pública.

O acordo celebrado intentou também estabelecer novo paradigma, no que se refere a contrapartidas a serem exigidas nas concessões de uso de bem público, de acordo com as atuais normas de regência. Com esse desiderato é que as partes, Ministério Público, Municipalidade de São Paulo e Sport Club Corinthians, dispuseram-se a entabular o ajuste.

É descabida a alegação de que as partes se compuseram para reduzir pretensa indenização devida pelo clube. Ao contrário, a avença passou a estabelecer a onerosidade da concessão de uso.

Entre outras obrigações, o clube comprometeu-se a construir o estádio no prazo máximo de 3 anos a partir das aprovações e licenças; comprometeu-se a cumprir

contrapartidas sociais nas áreas de educação, saúde e assistência social, equivalentes a R\$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais), independentemente das contrapartidas que a Municipalidade vier a ajustar doravante com o clube. Entre a data de assinatura do acordo e 31 de dezembro de 2014, o clube deverá cumprir contrapartidas no valor de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), e contrapartidas no valor de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais) de 01 de janeiro de 2015 a 31 de dezembro de 2019, nos termos do acordo.

A concessão de uso restou mantida, com o estabelecimento de obrigações na conformidade da legislação de regência. Foi assim assegurado o interesse público, com pleno atendimento do ordenamento jurídico.

É de ser esclarecido que a concessão de direito real de uso para construção do estádio em Itaquera sequer poderia ser impugnada, em razão da prescrição.

A escritura de outorga da concessão de uso foi lavrada em 20 de dezembro de 1988.

Efetivamente, qualquer pretensão de anular a concessão de uso, outorgada em 1988, está atingida pela prescrição.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o prazo prescricional da ação civil pública e da ação popular, em casos como o presente, é de cinco anos, contados do ato:

“... a ação civil pública e a ação popular compõem um microsistema de tutela de direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à minguada de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositivo. Precedentes do STJ: Resp. nº 1084916, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, voto-vista vencedor, julgado em 21/05/2009; Resp. 911961, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 04/12/2008” (REsp 1089206/RS, Relator Min. Luiz Fux, j. 23.06.2009).

Vale mencionar, ainda, outro julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Tem razão o recurso, no entanto, quanto ao tema da prescrição. Não há, na Lei 7.347, de 1985, previsão de prazo prescricional para a ação civil pública destinada a tutelar os direitos e interesses nela disciplinados. Na ausência de norma específica, a prescrição deve ser determinada pelas normas previstas no Código Civil ou em leis especiais. Há disposições normativas de leis especiais que merecem atenção por que se aplicam, no que couberem, à ação civil pública, todas elas estabelecendo como regra o prazo prescricional de cinco anos” (REsp. nº 764.278/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 22/04/08).

E, no mesmo sentido, assim já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso semelhante:

“... é de se acolher também o argumento expendido nas razões recursais diante da circunstância de que o caso em tela feneceu com o transcurso do tempo, porquanto verificada a prescrição, que ocorrera em 25/05/98, uma vez que a

publicação da Lei Municipal 11.371 deu-se em 26/05/93..." (Apelação n. 994.05.093052-9, acórdão registrado sob n. 02983145).

Nesse mesmo julgado, o Tribunal de Justiça assim considerou:

"É curial que a vigência da Lei Municipal 11.371/93, que autorizou a concessão de direito real de uso dispensando a licitação, encontra-se em perfeita consonância com o disposto na Lei Orgânica do Município de São Paulo".

Não há nenhuma ilegalidade ou lesividade na concessão de direito real de uso da área para construção do estádio em Itaquera, nem no acordo celebrado na ação civil pública, na conformidade da lei, tendo por escopo o interesse público.

O autor popular, demonstrando desconhecimento dos fatos, alega que foram iniciadas as obras do estádio sem as necessárias aprovações dos órgãos competentes.

O pedido de alvará de aprovação e execução de obra nova, relativo ao projeto do estádio em Itaquera, foi regularmente analisado e deferido no processo administrativo nº 2011-0.033.416-1. A decisão foi publicada no Diário Oficial da Cidade em 31/05/2011.

Não há, para o empreendimento das obras de construção de estádio, exigibilidade de licenciamento ambiental. Não se considera que estádio para prática de atividades esportivas seja atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental.

Tal tipo de empreendimento não se enquadra na exigibilidade de licenciamento ambiental prevista no artigo 1º da Resolução 61/CADES/2001, de 05/10/2001, tendo em conta que a atividade (estádio para a prática de atividades esportivas) não é considerada fonte de poluição e nem utilizadora de recursos ambientais, muito menos potencialmente causadora de significativa degradação ambiental.

A Resolução 61/CADES/2001 está em perfeita consonância com a Constituição Federal. Assim dispõe o artigo 1º:

"Art. 1º - A implantação, ampliação ou reforma de empreendimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou degradadoras do meio ambiente, e que ocasionem impactos ambientais locais, tais como os relacionados no Anexo I a esta resolução, estão sujeitos a prévio licenciamento ambiental pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente - SMMA, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis".

Não há que se falar em apresentação de Estudos de Impacto Ambiental para a construção do estádio em Itaquera.

O local do estádio está fora das zonas de proteção ambiental definidas pelo Plano Diretor do Município.

O local em questão constitui área urbanizada, consolidada na Cidade, sendo tal uso considerado conforme pela Lei de Zoneamento.

Não se há de confundir licenciamento ambiental com os alvarás relativos às obras e a questão dos impactos de vizinhança.

As normas para emissão dos referidos alvarás estão previstas no Código de Obras, Lei Municipal nº 11.228/1992, observadas no processo administrativo referido acima.

A necessidade de Relatório de Impacto de Vizinhança (RIVI), para instalação, reforma ou ampliação de determinado empreendimento, é regida pelos decretos nº 34.713/1994, nº 36.613/1996 e 47.442/2006.

O processo de análise do RIVI relativo ao estádio em Itaquera foi protocolado pelo empreendedor perante a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente (SVMA) em 15/02/2011, e o despacho de deferimento do RIVI foi proferido em 13/05/2011.

Descabida, como as demais, a alegação do autor de que as obras do estádio em Itaquera não foram objeto das autorizações cabíveis, das autoridades competentes.

Resta, assim, demonstrado que as alegações do autor não se sustentam, são completamente descabidas, devendo levar à total improcedência dos pedidos formulados.

IV – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a Municipalidade de São Paulo requer seja o feito extinto sem julgamento do mérito, ou, no mérito, seja julgado totalmente improcedente, como medida de Direito e de Justiça.

Manifesta seu protesto geral pela produção de provas, caso haja necessidade, por todos os meios em direito admitidos.

Termos em que

pede deferimento.

São Paulo, 17 de outubro de 2011

Luís Ordás Lorigo

Procurador do Município – DEMAP 21

OAB/SP 134.727

Contestação, Ação Popular, Estádio do Corinthians.

Luís Ordás Lorigo

Procurador do Município em DEMAP, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PARECER APRESENTADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 1993-0.035.826-0

Fábio Lopes Azevedo Filho

Procurador do Município de São Paulo

Departamento de Desapropriações – DESAP

DESAP G – ASSISTÊNCIA JURÍDICA.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Como paradigma, toma-se o processo administrativo n. 1993-0.035.826-0, mas existem mais cento e quarenta e cinco casos semelhantes, que aguardam há muitos anos solução.

Tais processos administrativos tramitam, em sua maioria, há duas décadas pela Prefeitura.

PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 1993-0.035.826-0 – CASO PARADIGMA.

Esse processo administrativo, como tantos outros, foi iniciado por comunicação da SABESP ao antigo Departamento Patrimonial (ofício n. ADP/015/92/0 – SABESP), através da qual a empresa pública noticiou a necessidade de ocupar área municipal, para a realização de obra de interesse social, bem como solicitou a liberação antecipada da área, sem prejuízo de posterior formalização.

No caso em estudo, trata-se de “uma faixa em gleba de domínio público municipal (praça em urbanização), localizada na confluência da Avenida Prof. Luiz Inácio Anhaia Melo com a Avenida Salim Farah Maluf”, perfazendo 678,06m² (fl. 01/02), conforme descrição de fl. 04, e necessária para a implantação de rede coletora de esgotos, integrante do sistema de esgotos sanitários – bacia 39 – Córrego Mooca.

Constatou-se, por vistoria, que a SABESP implantou a rede coletora de esgotos mesmo sem a autorização do Departamento Patrimonial (fl. 17-v.).

Considerando-se que a questão deveria ser resolvida nos termos da Portaria n. 331/86 do Sr. Prefeito Municipal, iniciou-se as tratativas com a SABESP, a quem incumbiria instituir servidão de passagem sobre a área visada ou desapropriá-la, indenizando o

Município. Foram expedidos os ofícios n. 377/94/PATR-G (fl. 34) e 114/95/PATR.G (fl. 38), que também informou à SABESP a existência de outros processos administrativos na mesma situação.

Assim determina o item 2 da referida portaria (fl. 113/114):

“2. A aprovação dos projetos mencionados no item 1, quando interferirem com próprio municipal que não seja via pública, dependerá da prévia audiência do Departamento Patrimonial e do pronunciamento da Secretaria de Negócios Jurídicos, cuidando-se para que a SABESP proceda à desapropriação da área atingida pelo projeto, ou à instituição de servidão administrativa sobre ela, mediante o pagamento, à Municipalidade, da indenização devida, aplicando-se a alternativa que melhor se acomode ao caso concreto.” (fl. 113/114).

As tratativas não surtiram efeito, pois a SABESP não respondeu aos contatos iniciais buscados pelo Departamento Patrimonial (fl. 40).

Por isso, encaminhou-se a questão ao Departamento de Desapropriações (fl. 41).

Por não ter recebido resposta do Departamento Patrimonial, a SABESP oficiou-lhe novamente, pedindo ainda a liberação da área (fl. 43 – ofício FJPR/031/96-0 - SABESP), recebendo como resposta apenas que o caso estava sendo tratado no presente processo administrativo (fl. 50 – ofício n. 50/96/PATR.G).

Em razão dessa segunda comunicação entre SABESP e PATR, o processo administrativo foi devolvido ao Departamento Patrimonial para que fossem retomadas as tratativas, nos termos da portaria 331/86 (fl. 53).

Os primeiros ofícios expedidos pelo Departamento Patrimonial foram reiterados (ofício n. 107/96/Patr.G – fl. 58), buscando-se, assim, reiniciar as tratativas com a SABESP.

Por outro lado, em outro caso (processo administrativo n. 1984-0.003.189-0) a SABESP solicitou a documentação imobiliária da respectiva área por ela ocupada, a fim de que pudesse avançar nas tratativas de acordo (fl. 62 – ofício n. FJPR/85/96-0).

A esse ofício, o Departamento Patrimonial, ao invés de enviar a documentação imobiliária solicitada, aproveitou para responder ao ofício PJJ/D-001/96-SABESP (fl. 64), que pedia para o Município correlacionar os processos administrativos indicados e os ofícios expedidos pela SABESP. Assim, encaminhou para a SABESP o ofício n. 141/96/PATR.G. Através desse ofício, questionou-se mais uma vez a SABESP se havia a intenção de conferir tratamento uniforme a todos os processos administrativos semelhantes.

A SABESP reiterou sua posição de que, para continuar as tratativas, o Município deveria adotar “iguais providências” em relação aos demais processos. Ou seja, deveria

apresentar documentação imobiliária de cada uma das áreas (ofício PJJ/D-003/96-0 – fl. 72 e 75).

Por considerar esgotadas as tentativas de composição amigável entre os interesses da SABESP e do Município, PATR novamente devolveu o processo administrativo para DESAP (fl. 79).

Entendendo viável a propositura de ação judicial, DESAP22 pediu o encaminhamento do processo administrativo novamente para PATR, juntamente com os demais que tratavam de questões análogas, a fim de que esse Departamento instrísse cada um deles com matrícula imobiliária e com indicação das áreas ocupadas e reclamadas pela SABESP (fl. 86/89). O processo voltou, então, para PATR (fl. 91).

Através do ofício CJJJ-104/98-0 – SABESP, foi informada ao Município alteração na área ocupada pela rede coletora de esgotos (fl. 93/97) e sua redução para 547,60m². Também se pediu o desenvolvimento de “procedimentos administrativos necessários, para a regularização da faixa efetivamente ocupada”.

PATR devolveu os processos administrativos para DESAP (fl. 101), entendendo desnecessária a apresentação de documentação imobiliária das áreas, até mesmo por que a própria SABESP as reconhecia como municipais. Também não descreveu as áreas ocupadas, entendendo bastar a área indicada pela SABESP.

Nas fl. 108/109, menciona-se não ser possível ter certeza de que os equipamentos da SABESP encontram-se instalados, sem que se efetue levantamento topográfico. Também se encaminha o processo administrativo ao Departamento Patrimonial, para que informe se existe alguma ação judicial sobre a questão.

PATR instruiu o processo com pertinente parecer da Assessoria Técnica e Jurídica de SNJ, do qual se destacam os seguintes pontos: 1) possibilidade de permissão de uso para a implantação de equipamento de infraestrutura urbana; 2) impossibilidade dos demais entes públicos contrariarem as diretrizes do plano diretor e necessitarem de autorização do município para suas obras; 3) instalações e equipamentos de infraestrutura e serviços urbanos dependem de análise da Comissão de Análise Integrada de Projetos de Edificações e de Parcelamento do Solo – CAIEPS – e parecer técnico da Câmara Técnica de Legislação Urbanística – CTLU (art. 251 da Lei Municipal n. 13885/04).

Além disso, devolveu o processo administrativo para DESAP, salientando a competência de SEMPLA/DGPI para analisar questões pertinentes ao uso de imóveis públicos.

Como último ato, Desap.G encaminhou o processo administrativo para estudo de uma solução uniforme para este e todos os demais processos administrativo em situação similar.

ANÁLISE DO CASO.

A questão que se coloca é: como melhor se resguardar o interesse do município, face à ocupação de área pública pela SABESP, com a finalidade de implantar equipamento de infraestrutura para a prestação de serviço de público de fornecimento de água ou esgotamento sanitário?

1. PORTARIA 331/86-PREF.

Essa portaria (fl. 113/114) indica duas soluções para a situação posta: instituição de servidão administrativa ou a desapropriação da área. As duas soluções seriam da iniciativa da SABESP.

A escolha entre uma e outra parece levar em conta o comprometimento ao exercício do direito de propriedade sobre o bem público. Se a implantação do equipamento de infraestrutura pela SABESP restringir de forma parcial o exercício dos poderes da propriedade pelo Município, a solução mais adequada seria a instituição da servidão administrativa. Caso restrinja gravemente o exercício de tais poderes, esvaziando o conteúdo do direito de propriedade, deveria ocorrer a desapropriação do bem.

Nos casos urgentes, o Município poderia permitir temporariamente o uso do bem municipal pela empresa pública.

Trata-se de orientação bastante antiga e que aborda a questão de forma absolutamente singela.

O fato é que a SABESP, possivelmente com base nessa portaria, oficiou mais de uma centena de vezes ao Município para informar a necessidade de ocupação de área municipal. E posicionou-se de forma a aguardar uma definição do Município.

Por seu turno, o Município, através de seu Departamento Patrimonial cobrava ação da SABESP.

E, assim, as tratativas não evoluíram. Em nenhum momento foi estipulado valores devidos pelas ocupações, o que seria imprescindível para que se chegasse à instituição consensual da servidão administrativa ou à desapropriação do bem municipal. E isso deveria ser feito de forma individualizada, isto é, em relação a cada um dos imóveis ocupados, e nunca em bloco, como a questão foi tratada pelo Departamento Patrimonial.

Com valores postos e consequentes aceitações ou negativas delas, o Município poderia requerer judicialmente o que entendesse de direito.

O fato é que a Portaria deve ser considerada como ineficaz para reger a matéria. Isso por dois motivos absolutamente simples e que dispensam maiores comentários: 1) por ser da lavra do Prefeito não poderia obrigar a SABESP, que não compõe a administração pública municipal; 2) a atual lei orgânica municipal veda a permissão temporária de uso de bem público (art. 114, § 4º, LOMSP¹).

2. OUTORGA ONEROSA DO USO DE BEM PÚBLICO.

Na legislação municipal, o tema é objeto do Decreto n. 52.201/11.

Dispõe o art. 2º desta norma:

“Art. 2º. A concessão administrativa e a permissão de uso poderão ser deferidas a pessoas jurídicas nas seguintes condições:

[...]

II - que a área seja destinada a um dos seguintes fins, quando os pedidos forem formulados pela União ou pelo Estado de São Paulo:

a) uso no serviço público estadual ou federal, inclusive para entidades da Administração Pública Indireta, bem como para empresas públicas e sociedades de economia mista”.

Mais à frente, exige que se analise a compatibilidade com o plano diretor e com a legislação disciplinadora do uso e ocupação do solo.

“Art. 6º. Relativamente ao imóvel objeto do pedido, o interessado deverá instruir o requerimento com a indicação precisa do local em que se situa e de suas características, por meio de peça gráfica, assinalando, além do logradouro público para o qual faz frente, outros três do seu entorno.

§ 1º. Quando se tratar de pedido de concessão administrativa ou de permissão de uso, deverá conter ainda:

[...]

II - planta de implantação do projeto, que permita a análise preliminar de conformidade com o Plano Diretor e a Legislação de Uso e Ocupação do Solo.”

E a deliberação sobre a outorga de uso do bem é do Secretário de Planejamento, auxiliado pelo Diretor do Departamento de Gestão do Patrimônio Imobiliário, conforme art. 7º e 8º do regulamento:

¹ Art. 114 – Os bens municipais poderão ser utilizados por terceiros, mediante concessão, permissão, autorização e locação social, conforme o caso e o interesse público ou social, devidamente justificado, o exigir.

§ 4º - A permissão de uso, que poderá incidir sobre qualquer bem público independe de licitação e será sempre por tempo indeterminado e formalizada por termo administrativo.

“Art. 7º. Os pedidos de aquisição, permuta, concessão administrativa e permissão de uso serão indeferidos:

I - pelo Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão, quando devidamente demonstrado pelos órgãos competentes que:

a) não se enquadram nos casos previstos neste decreto;

b) ocorre impossibilidade material de atendimento;

c) não tem amparo legal;

II - pelo Diretor de Departamento de Gestão do Patrimônio Imobiliário - DGPI, quando:

a) o interessado não informar com precisão a destinação a ser dada ao imóvel;

b) o pedido não estiver devidamente instruído com a documentação discriminada nos artigos 3º e 6º deste decreto.

Parágrafo único. O pedido indeferido nos termos do inciso II deste artigo poderá, a qualquer tempo, ser novamente formulado, após sanadas as irregularidades ou supridas as omissões.

Art. 8º. Os pedidos deverão ser apresentados por meio de formulário próprio e protocolados no Departamento de Gestão do Patrimônio Imobiliário da Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão, mediante pagamento do preço público correspondente.”

O próprio decreto regulamenta a sorte de pedidos antigos de outorga de uso de bem público e que ainda não tenham sido decididos pela autoridade competente. Diz o art. 10:

“Art. 10. Os processos e expedientes relativos aos pedidos de permuta, aquisição, concessão administrativa e permissão de uso ainda sem despacho decisório, que foram recebidos até a data da publicação do Decreto nº 47.146, de 29 de março de 2006, deverão ser arquivados, com fundamento neste artigo, por despacho do Diretor do Departamento de Gestão do Patrimônio Imobiliário, da Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão, salvo quando formulados pela Administração Pública.”

Em relação aos pleitos deduzidos pela SABESP, empresa pública estadual, integrante, portanto, da Administração Pública, deve-se considerar que os processos administrativos iniciados com o requerimento de uso de bem público, mesmo antigos, isto é bem anteriores ao ano de 2006, precisam de solução, isto é: decisão que negue ou autorize o uso do bem pela requerente.

E isso, por absoluta deficiência nas tratativas entre o Município e a empresa pública, não ocorreu. Reitere-se: em nenhum dos processos as tratativas com a SABESP foram mantidas de forma individualizada; nunca se avaliou qualquer dos bens de modo a levar ao conhecimento da empresa pública qual a contrapartida que o Município esperava pela desapropriação ou pela instituição da servidão administrativa; nem a SABESP apontou valores para subsidiar a desapropriação ou a instituição de servidão administrativa amigável, até mesmo por que não se obrigava a cumprir ordem do Prefeito Municipal.

Assim, entende-se que a decisão acerca da viabilidade de se outorgar o uso dos bens públicos à SABESP não foi tomada, seja pela negativa ou pelo deferimento. Seria, portanto, inviável, nesse estágio, a propositura das ações judiciais.

A solução de alguns desses casos através desses instrumentos de outorga de uso de bem público trará benefícios ao Município, na medida em que evitará o ajuizamento de mais de uma centena de ações judiciais, com a dispensa dos gastos e riscos consequentes. Além disso, a outorga poderá ser feita de forma onerosa, o que permitiria a entrada de recursos públicos ao erário. Também poderá prever-se o ressarcimento pelo período de ocupação anterior à outorga, desde que respeitado o prazo prescricional dos cinco anos anteriores². O Município ainda teria a possibilidade de verificar a compatibilidade da ocupação da SABESP com o Plano Diretor e com a Legislação de Uso e Ocupação do Solo, contribuindo para a ordenação do espaço urbano. E, finalmente, o Município manteria a propriedade plena do bem e, na hipótese de necessitar utilizar a área ocupada, poderia pleitear alteração na infraestrutura implantada pela SABESP e, caso não fosse atendido, valer-se do Judiciário para buscar, aí sim, a compensação pela restrição ao direito de propriedade ou outra medida que entenda cabível.

Cabe observar, ainda, que a implantação de infraestrutura de saneamento básico deve ser encarada como atividade que contribui para a melhoria dos aspectos sociais da Cidade, podendo ser considerada, por isso, como interesse público primário. Confira-se o que estabelece o Plano Diretor Estratégico (L. n. 13430/02):

“Art. 64 - São objetivos para os Serviços de Saneamento:

I - assegurar a qualidade e a regularidade plena no abastecimento de água para consumo humano e outros fins, capaz de atender as demandas geradas em seu território;

III - completar as redes de coleta e afastamento dos esgotos, encaminhando-os para tratamento nas atuais

estações;

IV - incentivar a implantação de novos sistemas de tratamento de esgotos e de abastecimento de água;

Art. 65 - São diretrizes para Serviços de Saneamento:

I - o estabelecimento de metas progressivas de regularidade e qualidade no sistema de abastecimento de água e no sistema de tratamento de esgotos mediante entendimentos com a concessionária;

II - a redução da vulnerabilidade de contaminação da água potável por infiltração de esgotos e demais poluentes nas redes de abastecimento;

² “Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado.

[...]

Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes da relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos ou anuláveis”.

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 20ª edição. Pág. 993 e 995. Malheiros editores: São Paulo, 2005).

VI - o estabelecimento de metas progressivas de ampliação da rede de coleta de esgotos, para toda a Macrozona de Estruturação Urbana, mediante entendimentos com a concessionária;

VII - o estabelecimento de programa de implantação de sistemas alternativos de coleta, afastamento e tratamento de esgotos, principalmente em assentamentos isolados periféricos, mediante entendimentos com a concessionária;

VIII - a formulação de política de controle de cargas difusas, particularmente daquela originada do lançamento de resíduos sólidos e de esgotos clandestinos domésticos e industriais.”

Também, por esse aspecto, deveria ser buscada a composição entre o interesse do Município e o da SABESP, independentemente do ajuizamento de ações judiciais.

3. PLEITEAR INDENIZAÇÃO PELA RESTRIÇÃO AO USO DO BEM PÚBLICO.

Nesse caso, inviável a outorga do uso do bem público, o Município pleitearia em Juízo indenização pela restrição ao seu direito de propriedade.

A contrapartida à indenização seria o estabelecimento do direito de a SABESP utilizar-se da área para a prestação do serviço público que desempenha. Ou seja, seria reconhecida à empresa pública a servidão administrativa sobre a área municipal.

É o que se denomina desapropriação indireta ou apossamento administrativo, que, nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo, caracteriza-se “pela utilização da propriedade particular (não por requisição nem por ocupação temporária), com caráter definitivo, sem qualquer justo título.”³

Sobre a viabilidade de a desapropriação recair sobre bem público, confira-se o ensinamento de LETÍCIA QUEIROZ DE ANDRADE:

“[...] não é difícil imaginar que mesmo entre os interesses públicos possa se configurar essa desigualdade jurídica que constitui pressuposto para o desencadeamento da força expropriatória: basta que, entre os dois interesses públicos em conflito, um seja capaz de oferecer maior benefício social do que outro, para que o primeiro deva prevalecer sobre o segundo.”⁴

³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8ª edição. Pág. 343. Malheiros Editores: São Paulo, 2006.

⁴ QUEIROZ DE ANDRADE, Letícia. Desapropriação de Bens Públicos (à luz do princípio federativo). Pág. 94. Malheiros editores: São Paulo, 2006.

Quanto ao conceito de servidão administrativa, cabe trazer aquele delineado por Sílvio de Salvo Venosa, no sentido de que ela “*é ônus real incidente sobre o uso da propriedade particular, a fim de assegurar a realização de obras e serviços públicos*”.⁵

Aceitando-se que a desapropriação incida sobre bens públicos, também o instituto da servidão administrativa poderia dela decorrer de forma a gravar tal espécie de coisas.

Adotada essa solução (pedido de indenização pela restrição ao uso de imóvel municipal decorrente do apossamento administrativo pela SABESP), o Município receberia um valor que lhe indenizaria justamente a restrição ao exercício pleno de seu direito de propriedade. Nada mais lhe restaria a não ser suportar o ônus imposto pela servidão administrativa.

O maior inconveniente dessa solução é justamente esse: reconhecida a existência da servidão, o Município deverá a ela submeter-se, enquanto interessar à SABESP. Além disso, se adotada como regra, ensejará a propositura de mais de cem ações judiciais, com os gastos pertinentes e riscos próprios.

Mesmo com o passar de longos anos desde a ocupação das áreas, não se pode reconhecer prescrita essa via de solução, pois, vedado o usucapião de área pública pela Constituição da República de 1988 (art. 183, § 3º, e art. 191, par. Único), permanece exercitável o direito de pleitear indenização em tais moldes. Entendimento de forma diversa seria reconhecer, por via transversa, a aquisição da propriedade pela posse combinada com o decurso do tempo, ou seja, pelo vedado instituto da prescrição aquisitiva de bens públicos.

4. AJUIZAMENTO DE OUTRAS AÇÕES JUDICIAIS.

Não se deve descartar a possibilidade de que, com a atualização das vistorias, apareçam situações peculiares que demandem solução diferenciada.

Isso pode ocorrer na hipótese de se constatar absoluta incompatibilidade entre a obra de infraestrutura realizada pela SABESP e a legislação de uso e ocupação do solo, por exemplo.

Nesse caso, sopesando-se os bens jurídicos envolvidos e considerando-se que deva prevalecer a ordenação do espaço público, poderão ser ajuizadas ações pedindo a condenação da SABESP na obrigação de readequar a obra realizada (obrigação de fazer) e na indenização pelo tempo de ocupação ilícita.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Direitos Reais – v. 5. 8ª edição. Pág. 265. Editora Atlas: São Paulo, 2008.

Em verdade, no conflito entre os interesses públicos de entidades federativas diversas, eles devem ser harmonizados ou, se impossível, deve prevalecer aquele que demonstrar maior abrangência.

Nesse sentido é o ensinamento de LETÍCIA QUEIROZ DE ANDRADE:

“[...] se a função já desempenhada pelo bem estiver diretamente relacionada com a utilidade pública à qual está afetado, a desapropriação só será possível se a função que esse bem vier a desempenhar, após a desapropriação e a realização das obras que eventualmente se façam necessárias, estiver diretamente relacionada a uma utilidade pública de maior abrangência do que a outra à qual estava atrelado, lembrando-se que a maior abrangência de uma utilidade pública com relação à outra refere-se ao número de beneficiários que o oferecimento dessas utilidades públicas contrapostas pode alcançar.”⁶

Quanto à indenização, ressalta-se o prazo prescricional de cinco anos, que deve ser contado retroativamente, a partir do ajuizamento da demanda.

Como dito, a necessidade da adoção de outros caminhos decorrerá da verificação individualizada de cada ocupação. Em casos pontuais, portanto, a solução poderá ser diversa.

5. INSTRUÇÃO INDIVIDUALIZADA DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.

Em qualquer das vias escolhidas, os processos administrativos deverão ser devidamente instruídos. Serão necessárias novas vistorias, pois, em sua maioria, os imóveis foram vistoriados nos anos de 1993 e 1994. Também deverá ser coligida a documentação imobiliária pertinente.

No caso de se buscar o estabelecimento da outorga de uso do bem público, deverão ser realizadas novas tratativas individualizadas entre a SABESP e DGPI, inclusive com a indicação do preço público pertinente.

Caso se conclua pela propositura de ações indenizatórias, deverão ser elaborados elementos descritivos das áreas ocupadas, bem como deverão ser avaliadas cada uma delas.

6. PRESCRIÇÃO – NECESSIDADE DE CONFERIR ANDAMENTO URGENTE AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.

⁶ QUEIROZ DE ANDRADE, Letícia. Desapropriação de Bens Públicos (à luz do princípio federativo). Pág. 123. Malheiros editores: São Paulo, 2006.

Conforme se observou acima, nas hipóteses de outorga de uso do bem público e de solução diferenciada (condenação da SABESP em obrigação de fazer – readequação do bem), há prazo prescricional em curso.

Nesses casos, o que se poderá pleitear é a indenização pelo tempo em que o bem foi utilizado indevidamente, restrito ao período de cinco anos anteriores à outorga ou ao ajuizamento da ação judicial.

Assim, cada mês que se passa sem deslinde de cada um dos casos é um mês que a SABESP utiliza-se de espaço público sem contraprestação.

Por isso, o caso deve ser analisado com presteza.

CONCLUSÃO.

S. m. j., entendo que as soluções (outorga do uso de bem público ou ajuizamento de ações judiciais) não se excluem em tese, mas devem ser adotadas conforme as peculiaridades de cada caso. Proponho a seguinte forma de conduzir os processos:

1- por considerar deficientes as tratativas já realizadas, por entender que os pedidos formulados pela SABESP não foram objeto de deliberação (deferimento ou indeferimento) e por considerar que os interesses públicos envolvidos podem e devem harmonizar-se, o encaminhamento para SEMPLA/DGPI, para que vistorie os imóveis, retome as tratativas de forma individualizada para cada processo e, ao final, delibere sobre o pleito deduzido pela SABESP, indeferindo-o, outorgando-lhe o uso do bem público (permissão ou concessão) ou estabelecendo consensualmente servidão administrativa sobre o bem.

2- na hipótese de se mostrar inviável o equacionamento da questão por SEMPLA/DGPI, DESAP deverá complementar a instrução de cada um dos processos administrativos, manifestar individualmente sobre a viabilidade do pleito indenizatório e, em caso de parecer positivo, minutar a inicial e encaminhá-la à PGM e SNJ para autorização de ajuizamento.

3- se constatada a existência de casos diferenciados que demandem atuação diversa, com base nas vistorias que deverão ser realizadas e nas conclusões de DGPI, DESAP poderá sugerir pontualmente à PGM a condução de forma diferenciada com relação a determinada ocupação.

Tendo em vista tratar-se de mais de uma centena de casos cujos processos administrativos, em sua maioria, tramitam há quase duas décadas sem solução, penso também ser aconselhável levar as ponderações supra ao conhecimento da Procuradoria Geral do Município, para que se manifeste sobre a melhor forma de condução desses casos.

Para consulta de quem possa interessar, segue, anexo na contracapa do processo administrativo, CD com planilha em que foram analisados individualizadamente cada processo administrativo.

Seguem como acompanhantes:

1984-0.003.189-0	1993-0.036.015-9	1993-0.035.808-1	1993-0.035.946-0
1993-0.035.752-2	1993-0.035.914-2	1993-0.035.869-3	1993-0.035.901-0
1993-0.035.771-9	1993-0.035.853-7	1993-0.035.732-8	1993-0.035.908-8
1993-0.035.785-9	1993-0.035.720-4	1993-0.035.799-9	1993-0.035.905-3
1993-0.035.733-6	1993-0.035.945-2	1993-0.035.864-2	1993-0.035.789-1
2008-0.058.305-8	1993-0.035.866-9	1996-0.035.797-2	1993-0.035.811-1
1993-0.035.802-2	1993-0.035.947-9	1993-0.035.770-0	1993-0.035.894-4
1993-0.035.767-0	1993-0.035.867-7	1993-0.036.151-1	1993-0.035.782-4
1993-0.035.780-8	1993-0.035.842-1	1993-0.035.850-2	1993-0.035.812-0
1993-0.035.764-6	1993-0.035.749-2	1993-0.035.788-6	1993-0.035.739-5
1993-0.035.723-9	1993-0.035.779-4	1993-0.035.750-6	1993-0.035.892-8
1993-0.035.805-7	1993-0.035.747-6	1993-0.035.979-7	1993-0.035.753-0
1993-0.035.790-5	1993-0.035.900-2	1993-0.035.843-0	1993-0.035.847-2
1993-0.035.852-9	1993-0.035.949-5	1993-0.035.906-1	1993-0.035.796-4
1993-0.035.734-4	1993-0.035.898-7	1993-0.035.778-6	1993-0.035.868-5
1993-0.035.737-9	1993-0.035.721-2	1993-0.035.742-5	1993-0.065.865-8
1993-0.035.765-4	1993-0.035.849-9	1993-0.035.762-0	1993-0.035.870-7
1993-0.035.735-2	1993-0.035.730-1	1993-0.035.807-3	1995-0.065.991-3
1993-0.035.736-0	1993-0.035.951-7	1993-0.035.865-0	1997-0.127.621-3
1993-0.035.801-4	1999-0.152.533-0	1993-0.035.851-0	1997-0.135.839-6
1993-0.035.803-0	1998-0.223.706-0	1993-0.035.751-4	1997-0.257.295-9
1993-0.035.786-7	1998-0.028.102-9	1993-0.035.791-3	1997-0.140.599-4
1993-0.035.893-6	2001-0.100.186-6	1993-0.035.862-6	1997-0.132.851-5
1993-0.035.806-5	1993-0.035.896-0	1993-0.035.895-2	1997-0.225.885-5
1993-0.035.809-0	1993-0.035.988-6	1994-0.038.676-1	1996-0.110.068-7
1993-0.035.759-0	1993-0.035.746-0	1994-0.038.665-6	1996-0.110.711-8
1993-0.035.897-9	1993-0.035.912-6	1994-0.035.756-3	1996-0.110.551-4
1993-0.035.719-0	1993-0.035.911-8	1994-0.038.611-7	1996-0.110.718-5
1993-0.035.784-0	1993-0.035.910-0	1994-0.038.421-1	1992-0.030.693-4
1993-0.035.804-9	1993-0.035.909-6	1994-0.038.666-4	1986-0.002.485-4
1993-0.035.863-4	1993-0.035.761-1	1994-0.038.613-3	2011-0.196.320-0
1993-0.035.954-1	1993-0.035.844-8	1994-0.038.709-1	
1993-0.035.913-4	1993-0.035.731-0	1993-0.035.718-2	

1993-0.035.783-2	1993-0.035.845-6 1994-0.038.777-6	1993-0.035.738-7 1993-0.035.978-9	
------------------	--------------------------------------	--------------------------------------	--

São Paulo, 20/07/2011.

FABIO LOPES AZEVEDO FILHO

Procurador do Município

OAB/SP n° 177.994

do Processo Administrativo n. 2010-0.045.191-3

fl.

ass.

Memorando **09/2010 - Fisc.12**

Ref.: **Protesto.**
 Argumentos. Jurisprudências Estrutura. Rotinas. Propostas.

À Ilma. Sra. **Diretora do Departamento Fiscal**
Dra. **Loredania Kfourri de Vilhena Nunes**

1. Do cabimento do protesto de débitos inscritos em Dívida Ativa

A ideia de protesto foi lançada no Processo Administrativo n. 2002-0.265.407-5, que atualmente está na AJC da PGM (tela do Simproc anexa).

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 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 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 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.

2. Sobre a conveniência do protesto extrajudicial das CDA's

2.1. A Eficiência

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 2.191.151 execuções fiscais para cobrança judicial de débitos tributários (informação extraída do Cubos). 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 - Inmetro¹, 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.

Outros dados que apontam pela eficiência dos protestos é que, segundo o Presidente do Instituto de Estudos de Protestos de Títulos e Documentos e Tabelião do 1º Cartório de São Paulo, Dr. José Carlos Alves, cerca de 75% dos contribuintes protestados em 20/01/2010 não tinham, ainda, nenhum protesto em seu nome, o que nos reforça expectativa de pagamento. Informou, também, que cerca de 40% dos débitos em geral (como um todo) levados a protesto acabam sendo pagos pelo devedor.

2.2. A interrupção da prescrição

Outro aspecto é que o Código Civil, Lei 10.406/02, prevê no artigo 202, inciso II que o protesto é causa interruptiva da prescrição. Vejamos:

SEÇÃO III - Das Causas que Interrompem a Prescrição

Art. 202. *A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:*

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. *A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.*

¹ Jornal *Valor Econômico*, edição de 27 de janeiro de 2009.

Haverá quem defenda que a prescrição no Direito Tributário está regulada exclusivamente pelo Código Tributário Nacional (CTN), Lei 5.172/66 (inciso II do artigo 174), com força de Lei Complementar, *verbis*:

Art. 174. *A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.*

Parágrafo único. *A prescrição se interrompe:*

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Como o Código Civil é Lei Ordinária, hierarquicamente inferior à Lei Complementar, e o CTN previu apenas o protesto judicial e não o extrajudicial o Código Civil não poderia estabelecer regras sobre prescrição na seara fiscal.

Porém há de se convir que o CTN foi norma editada em 1966 e que, depois disso, a Lei 9.492/97 passou a prever em seu artigo 1º o protesto extrajudicial das Certidões de Dívida Ativa. Ora, se o protesto (inclusive o da CDA) é válido pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos (artigo 27 da Lei 9.492/97) será forçoso concluir que o débito não prescreverá, ao menos durante esse período.

2.3. Efeitos indiretos do protesto

Além disso, vale destacar aquilo que podemos chamar *efeitos positivos indiretos* do protesto: esperamos uma significativa melhora na adimplência dos contribuintes ao se tornar público através da mídia que a Procuradoria Geral do Município de São Paulo 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.

3. Sobre o posicionamento dos tribunais

3.1. Da pesquisa jurisprudencial

Realizamos pesquisa de jurisprudência a respeito do tema, que pode ser consultada em pasta pública cujo endereço é "\\snjfiscc297\Edgard Padula".

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

3.1.1. Os argumentos dos magistrados que repudiam essa prática são:

1] 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).

2] 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).

3] 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. A função do protesto é caracterizar a imponibilidade 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).

3.1.2. Os argumentos dos juízes que aceitam o protesto extrajudicial das Certidões da Dívida Ativa são, basicamente, os abaixo citados:

1] 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.

2] 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.

Esse julgado reconheceu expressamente a competência do Município para regular as formas extrajudiciais para satisfação do crédito. **Alertamos, porém que a base legal para protesto da Dívida Ativa em São Paulo deriva do parágrafo 1º do artigo 28 do Decreto 50.512/09. Ou seja: não há, em São Paulo, Lei que embase esse mecanismo de cobrança em São Paulo, como há em 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, dispendo 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

do Processo Administrativo n. 2010-0.045.191-3

fl.

ass.

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. Juntamos anexo esse acórdão (doc. 4) e o Parecer referente ao Processo CGJ n. 1.522/99 (doc. 5).

3] Julgado com os mesmos bons fundamentos do n. 2

Agravo de instrumento. Ação declaratória. Pedido de antecipação parcial da tutela para suspensão dos efeitos do protesto da Certidão de Dívida Ativa. 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.

Agravo improvido.

Agravo de Instrumento n. 826.681 -5/8-00, da comarca de Guarulhos.

4] Apelação cível com revisão n. 438.735-5/1-00, da comarca de Araraquara. 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.

5] Apelação cível n. 447.497-5/5-00, da comarca de Araraquara

Ementa semelhante ao n. 2, mas sobre ISS. Julgado favorável ao protesto por maioria: o voto vencido, do desembargador relator, citou quatro arestos desfavoráveis ao protesto.

6] Agravo de instrumento n. 7.078.718-7, da comarca de São Paulo

Também reconhecendo a legalidade do protesto das CDA's, mas impondo seu cancelamento no caso de parcelamento do débito.

7] Agravo de instrumento n. 444.651-5/7-00, da comarca de São Paulo

Reconhece a regularidade do protesto das CDA's, mas impondo a sustação de seus efeitos caso haja depósito judicial integral do valor protestado.

do Processo Administrativo n. 2010-0.045.191-3

fl.

ass.

Pela negativa de sustação dos efeitos do protesto caso não haja depósito: agravo de instrumento n. 516.805.5/0-00, da comarca de São Paulo.

3.1.3. 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.

3.2. Do mandado de segurança da FIESP contra a FESP

Há alguns anos atrás a Fazenda do Estado de São Paulo iniciou o procedimento de protesto de sua Dívida Ativa.

Esse projeto, porém, foi interrompido em razão de um mandado de segurança impetrado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) em que se atacou a legalidade do protesto de CDA por já haver previsão legal de cobrança dos débitos tributários, no caso a Lei de Execuções Fiscais (LEF), n. 6.830/80.

Esse *writ* foi distribuído para a décima Vara da Fazenda Pública e recebeu o número 994.07.072.863-6. Em primeira instância a ação foi julgada procedente, concedendo-se a ordem para inibir a prática de protestos das Certidões de Dívida Ativa da Fazenda Estadual.

Recorreu a Fazenda do Estado de São Paulo e a apelação foi distribuída à Décima Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, número 671.328-5/4-00, o qual extinguiu o feito sem exame do mérito sob o fundamento de que o mandado de segurança era via inadequada para combater norma de caráter genérico. Acórdão anexo, doc. 1.

Lembrando que, conforme pesquisa de jurisprudência que realizamos a respeito do tema, disponível em pasta pública em "\\snjfiscc297\Edgard Padula", verificamos que a jurisprudência do TJSP ainda é vacilante com relação à possibilidade de protesto de Certidão de Dívida Ativa.

3.3. Do Parecer Normativo 76/05 da Corregedoria Geral do TJSP; do Provimento 31/09 da Corregedoria do TJRJ; da legislação em outros estados e do Pedido de Providências ao Conselho Nacional de Justiça

Identificamos o Parecer Normativo n. 76/2005-E, da Corregedoria Geral de Justiça do T. J. de São Paulo (publicado na p. 3 do Diário da Justiça do Estado (DJE) de 02/06/2005 e localizado em <http://gecon.tj.sp.gov.br/gcnPtl/legislacaoConsultar>)

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.

[...]

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, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro 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 (numerações únicas 0004537-54.2009.2.00.0000 e 0007390-36.2009.2.00.0000, documentação anexa, doc. 3), sendo relatora a conselheira Morgana de Almeida Richa. Esse pedido teve sua deliberação adiada na 98ª sessão ordinária, de 11/02/2010 com ampla possibilidade de ser julgado procedente.

do Processo Administrativo n. 2010-0.045.191-3

fl.

ass.

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 todo o trabalho que estamos realizando com o objetivo de estruturação do protesto da Dívida Ativa não será em vão. Porém ousamos sugerir seja alinhavado projeto de lei para fins de previsão de protesto das CDA's.

4. Da sustação dos efeitos do protesto a pedido do credor

Há a possibilidade de, protestado o débito, o contribuinte pretender o parcelamento deste. Nesse caso, a rotina atual é a do cancelamento do protesto, com a obrigação do devedor (contribuinte) de recolher os encargos do Cartório de Protestos.

Parcelado o débito protestado, de rigor o cancelamento deste. Vejamos julgado nesse sentido (pinçamos os trechos que aqui nos interessa):

[...] Contudo, após o comparecimento do requerente junto à Prefeitura de São Vicente para renegociação da dívida, com o seu parcelamento em 30 vezes mensais (fls. 17) restou descabida a manutenção das restrições de crédito, devendo, por isso, ser cancelado o protesto realizado, bem como ser excluído o nome e C.P.F. do autor, dos registros do Serviço de Proteção ao Crédito e do SERASA.

[...]

Por isso, conclui-se que a pretensão do autor é procedente apenas no tocante ao cancelamento do protesto e das inscrições junto aos sistemas de proteção ao crédito (SPC e SERASA) [...].

Apelação cível 750.4 94-5/6-00, da comarca de São Vicente.

Também pela obrigatoriedade de cancelamento do protesto na hipótese de parcelamento do débito: agravo de instrumento 7.078.718-7, da comarca de São Paulo.

Ocorre que, parcelado o débito e cancelado o protesto, o acordo pode ser rompido. Nesse caso, não poderá mais ser protestada a Certidão de Dívida Ativa, pois ela já foi objeto do protesto anterior.

A única opção é o protesto do termo de acordo, mas essa opção não se revela viável. Primeiro, porque nem sempre se lavra Termo de Acordo, pois conforme a Portaria n. 2/2008-PGM apenas para débitos acima de R\$25.000,00 se autua a Solicitação de Acordo Especial (SAE). Além disso, o protesto do Termo de Acordo seria feito por rotina diversa da adotada para a CDA, atualmente eleita, sendo impossível sua mecanização eletrônica para protesto em larga escala.

A solução que propomos é que seja feita uma consulta à Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto à possibilidade de suspensão administrativa dos efeitos do protesto extrajudicial, nos mesmos moldes da suspensão dos efeitos do protesto por determinação judicial.

A suspensão dos efeitos do protesto por comando judicial é construção da jurisprudência e doutrina. O mesmo pode se dar com a suspensão por pedido do credor.

O que importa é que os Cartórios de Protesto possuem mecanismos para, **sem cancelar o protesto**, suspender seus efeitos até que o acordo seja satisfeito.

A lógica da nossa proposta é que a suspensão dos efeitos do protesto é uma consequência, é um reflexo da suspensão da exigibilidade do débito. Ora, vezes o efeito do protesto é suspenso por determinação judicial. Outras vezes ele é suspenso por força de depósito em garantia - e a suspensão se formaliza por ordem judicial.

Essas, porém, são apenas duas hipóteses de suspensão da exigibilidade do débito, cuja consequência é a suspensão dos efeitos do protesto.

Ora, por quê o parcelamento junto ao credor, outra hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito, não poderia ensejar a suspensão dos efeitos do protesto, ao invés de gerar seu cancelamento, como vem ocorrendo (vide jurisprudência colacionada)? E por que o depósito em garantia e a liminar - que são o mais - ensejam a suspensão do protesto, enquanto que o parcelamento - que pode ser rompido - deve ensejar seu cancelamento definitivo?

E por quê o efeito do protesto não poderia ser suspenso a pedido do próprio credor, visto estar em jogo um direito dispositivo seu (o crédito)?

Não há na Lei nenhum óbice à suspensão dos efeitos do protesto no caso de parcelamento do débito, nem tampouco que tal ocorra a pedido do credor, dispensando assim a tutela do Judiciário.

do Processo Administrativo n. 2010-0.045.191-3

fl.

ass.

Em direito tributário (e para fins de protesto das Certidões de Dívida Ativa), as hipóteses de suspensão da exigibilidade estão declinadas no artigo 151 do Código Tributário Nacional - CTN (negritamos).

Art. 151. *Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:*

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento.

Parágrafo único. [...]

Nesse passo, vale mencionar os artigos 111, inciso I e 141 do CTN:

Art. 111. *Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

[...]

Art. 141. *O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.*

Destarte, por analogia a suspensão dos efeitos do protesto por depósito ou liminar, poder-se-ia suspender os efeitos do protesto na hipótese de parcelamento a pedido do credor, eis que suspensa a exigibilidade da exação (art. 151, VI).

Não obstante o argumento acima, que se funda na analogia a duas hipóteses que ensejam a suspensão dos efeitos do protesto (ordem judicial e depósito), ensejando seja também suspenso seus efeitos em razão de parcelamento, a pedido do credor, eis que essa também é causa suspensiva da exigibilidade do tributo, temos outros argumentos, abaixo expostos.

Uma das vantagens da nossa proposta é a economia, pois a suspensão dos efeitos do protesto 'limpa' o nome do devedor tanto quanto seu cancelamento. Porém essa é medida mais econômica tanto ao credor como ao devedor pois, se rompido o parcelamento, um novo protesto irá acarretar mais trabalho ao credor para um novo protesto e, depois, gerar novas custas de cancelamento ao devedor.

Também o Poder Judiciário irá beneficiar-se com a economia, caso haja a aceitação do mecanismo de suspensão dos efeitos do protesto a pedido do credor (nas demais hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito).

Isso porque o Judiciário poderá deixar de ser acionado com pedidos de sustação dos efeitos do protesto nas mais diversas situações, que passarão a ser solucionadas entre as partes interessadas. Até porque um dos objetivos atuais do Judiciário é reduzir a judicialização dos conflitos, que devem, sempre que possível, ser resolvidos evitando-se o caminho do contencioso.

O mecanismo da suspensão dos efeitos do protesto sem que se faça necessária a ação e a autorização do Poder Judiciário se revela, também, medida mais ágil, fomentando maior celeridade na solução dos conflitos.

Destarte, postulamos que a Procuradoria Geral do Município (PGM) realize uma consulta à Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto à possibilidade de suspensão administrativa dos efeitos do protesto extrajudicial, nos mesmos moldes da suspensão dos efeitos do protesto por determinação judicial.

5. A proposta de protesto eletrônico e em larga escala

Temos cerca de 1.852.814 débitos em fase amigável (informação extraída do Cubos), boa parte com valor abaixo de R\$ 610,00, os quais não é permitido o ajuizamento de execução fiscal, nos termos dos artigos 1º e 2º da Lei 14.800/08 por serem de valor antieconômico, mas potencialmente passíveis de protesto. Vejamos o texto da Lei:

Art. 1º. *Fica a Procuradoria Geral do Município autorizada a não ajuizar ações ou execuções fiscais de débitos tributários e não tributários de valores consolidados iguais ou inferiores a R\$ 610,00 (seiscentos e dez reais).*

§ 1º. *O valor consolidado a que se refere o "caput" é o resultante da atualização do respectivo débito originário, mais os encargos e os acréscimos legais ou contratuais vencidos até a data da apuração.*

§ 2º. *Na hipótese de existência de vários débitos de um mesmo devedor inferiores ao limite fixado no "caput" que, consolidados por identificação de inscrição cadastral na Dívida Ativa, superarem o referido limite, deverá ser ajuizada uma única execução fiscal.*

do Processo Administrativo n. 2010-0.045.191-3

fl.

ass.

§ 3º. *Fica ressalvada a possibilidade de propositura de ação judicial cabível nas hipóteses de valores consolidados inferiores ao limite estabelecido no "caput" deste artigo, a critério do Procurador Geral do Município.*

§ 4º. *O valor previsto no "caput" poderá ser atualizado monetariamente, a critério do Executivo, mediante ato do Procurador Geral do Município, ouvida a Secretaria Municipal de Finanças, sempre no mês de janeiro de cada ano, de acordo com a variação, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores, do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou outro índice que venha a substituí-lo.*

Art. 2º. *Fica autorizada a desistência das execuções fiscais relativas aos débitos abrangidos pelo art. 1º desta lei, independentemente do pagamento de honorários advocatícios pelo devedor.*

Parágrafo único. *Na hipótese de os débitos referidos no "caput", relativos ao mesmo devedor, superarem, somados, o limite fixado no art. 1º desta lei, será ajuizada nova execução fiscal, observado o prazo prescricional.*

[...]

Sem contar com a possibilidade de protesto das dívidas com valor abaixo de R\$ 610,00 elas irão ficar sem mecanismo efetivo de cobrança, num vácuo coercitivo.

Por esta razão propomos que o mecanismo do protesto extrajudicial das CDA's seja utilizado para cobrança desses débitos. Ousamos sugerir que se dê preferência aos débitos de natureza mobiliária (ISS, TLIF, TFA, TFE e multas) pois os imobiliários encontram óbice na desatualização do cadastro da Secretaria de Finanças.

O protesto das CDA's é rotina complexa e eivada de detalhes e, conseqüentemente, onera a Municipalidade em recursos materiais e, especialmente, humanos. Além disso o protesto, se realizado manualmente como vem sendo, sempre gera a possibilidade de falha humana e, assim, o risco de responsabilização da Municipalidade.

Como forma de otimizar, baratear, agilizar, reduzir o risco de equívoco, e até de primar pela impessoalidade (afastando a decisão de protestar um desafeto, como a de não levar a protesto um amigo), ousamos sugerir que, sempre que possível, as filtragens e obtenção dos dados sejam realizados eletronicamente, pelo SDA.

A obtenção de dados e as filtragens seriam feitas, basicamente, por um mecanismo semelhante ao que hoje se procede com o ajuizamento mensal das execuções.

Com base em critérios previamente estabelecidos pela Administração (tipo de tributo, em determinada faixa de valores e etc.) a Prodam geraria mensalmente um rol de débitos tributários inscritos em Dívida Ativa e passíveis de protesto.

Isso implicaria filtrar débitos não prescritos, não parcelados (pelo SDA, PPI, Refis, Super Simples), sem documento DAMSP recentemente emitido, que não esti-

vessem com a exigibilidade suspensa por depósito, liminar ou tutela antecipatória, sem constar embargos ou exceção de pré executividade, sem penhora (inclusive *on line*), depósito em execução ou leilão designado, que já não tenha sido objeto de protesto, que não conste SIF ou SAE e outras.

A análise (e programação) da prescrição será especialmente detalhada.

Talvez seja prudente excluir os devedores com crédito em DAT, os falidos e os extintos por incorporação ou fusão, entre outros filtros. Além desses filtros a SDA poderia colher dados como endereço do Sistema PPI, do cadastro do CCM e de outras fontes.

Com essas filtragens seria gerado mensalmente um rol provisório de débitos que, entregues a Fisc.1, passaria a colher as informações não captáveis pelo SDA. Bem assim sua análise manual, gerando um rol definitivo a ser repassado à Prodam.

A colheita e o estudo dos dados que não forem possíveis de serem realizadas eletronicamente, **excepcionalmente** o seriam pela via manual. Essas informações, como endereço, telefone, e-mail e outras, seriam provenientes da Receita Federal (Serpro), Jucesp, internet e outras fontes. A escolha das informações mais confiáveis, caso conflitantes, também seria feita manualmente - sempre com base em critérios.

De posse do rol definitivo a Prodam encaminharia por via magnética ao Distribuidor (Serviço Central de Protesto de Títulos - SCPT) os dados necessários ao protesto eletrônico. As informações devem ser as correspondentes à Certidão de Dívida Ativa (no caso, o título executivo protestável): valor originário, valor atualizado, planilha de atualização, o amparo legal, informações do devedor, dados da dívida, o apresentante responsável e seus dados pessoais (daí valendo-se de assinatura digital, como já é feito pelo Tribunal Regional do Trabalho - TRT da 2ª Região) e outras.

O TRT protesta eletronicamente débitos oriundos de condenações trabalhistas. Mas o faz apenas individualmente. No nosso caso haveria a diferença que seria realizado em massa, podendo cada assinatura digital validar lotes de débitos a protestar.

Destarte, para viabilizar o protesto eletrônico de débitos em fase inscrita (extrajudicial) serão necessárias algumas adequações no Sistema da Dívida Ativa (SDA).

Damos como exemplo, entre outras adequações, a comunicação entre o SDA e o Sistema do Serviço Central de Protesto de Títulos. Além desse acerto talvez seja necessário atribuir ao débito em fase inscrita um número de Dívida Ativa.

Isso porque, hoje, estando o débito em fase inscrita, é possível a emissão da Certidão de Dívida Ativa. Mas essa CDA, emitida para débito em fase inscrita (extrajudicial), não possui o número da Dívida Ativa nem a data de emissão (da inscrição em D. A.), elementos indispensáveis ao protesto.

Caso concretizada a presente proposta de protesto em massa dos débitos tributários inscritos possivelmente será necessária a criação de unidade específica para cuidar desse assunto. Inclusive para subsidiar Fisc.4 para as defesas nas possíveis ações cautelares de sustação de protesto.

Além disso, importante frisar que o protesto das CDA's, seja manual ou eletrônico, precisa sempre ser realizada necessariamente no início de cada mês, para evitarmos o pagamento do débito no mês posterior, mas com valor desatualizado.

Tal porque, oportuno explicar, após a distribuição do protesto o devedor é notificado para pagar no prazo de três dias, sob pena de ter seu nome protestado. Se o contribuinte pagar a dívida dentro desse tríduo legal (artigo 12 da Lei 9.492/97) esse pagamento deve necessariamente ser feito no Cartório e pelo valor exato protestado. Daí, o Cartório repassa a Servidor da Prefeitura um cheque seu, nominal à Municipalidade de São Paulo, no valor exato que fora protestado.

Se for feito protesto no final do mês e havendo a incidência de juros e correção pela virada do mês, ou se houver acréscimo de despesas por qualquer razão, gerando aumento do débito, o pagamento em Cartório dentro do tríduo será a menor.

Caso isso ocorra uma possibilidade será, após captar os cheques dos pagamentos realizados no prazo, adotar o procedimento da emissão de documento DAMSP para quitação total do débito com o valor recolhido (código 94), mesmo a menor.

Com o protesto no início do mês o risco de pagamento dentro do tríduo mas no mês subsequente é mínimo. E mesmo que ocorra a diferença de valor, considerando juros de 1% e correção pelo IPCA/IBGE não será superior a 1,5%.

Não ocorrendo o pagamento no prazo nem havendo qualquer irregularidade ou sustação judicial dos efeitos do protesto, o débito é protestado e servidor da MSP deve, hoje, comparecer pessoalmente no Distribuidor a fim de receber o instrumento do protesto de cada caso, arquivando em pasta própria.

Procedimento esse que, se possível, deve ser também mecanizado eletronicamente para evitar acúmulo de documentos físicos e minimizar ação humana, proporcionando economia à Administração, agilizando a rotina e minimizando o risco de erro.

O ato do protesto, o n. de protocolo, o Cartório distribuído, a data, o pagamento ou parcelamento, a sustação, o cancelamento e todas as demais informações seriam transmitidas eletronicamente ao *Controle dos Feitos* (se houver execução) ou tela *Observação da Dívida* (se não houver).

No âmbito do tabelionato de protesto, as ocorrências possíveis do pedido de protesto de uma CDA são: a) pagamento do débito no tríduo; b) protestado (em virtude do não pagamento em cartório dentro do prazo legal); c) protesto sustado judicialmente; d) desistência do pedido de protesto feita pelo Município (irregularidade identificada *antes* de lavrado o protesto); e e) protesto cancelado (irregularidade identificada *após* a lavratura do protesto ou em decorrência de pagamento posterior ao protesto feito).

Atualmente, assim que protestado o débito, alimentamos no *Controle dos Feitos* a fase/subfase 11.6/24.8, o que inibe a emissão de DAMSP em qualquer outro local que não por alguns Servidores lotados na Praça de Atendimento de Fisc. Isso para compelir o contribuinte protestado a, querendo pagar, comparecer ao Departamento Fiscal e ser orientado quanto ao que fazer. Quando o PPI voltar a vigorar o mesmo procedimento feito no SDA deverá ser adotado para o PPI.

Hoje se um débito é pago após o protesto (não fora pago no tríduo legal) esse pagamento é realizado nesse Departamento, através da emissão de guia DAMSP, fornecida ao devedor. Após quitada, alimentamos no SDA o cancelamento do protesto (fase/sf. 11-6/38-8) e fornecemos ofício e termo de compromisso ao contribuinte.

O ofício, após reconhecida firma do Procurador, é levado ao Cartório e, após recolhidos os emolumentos do Tabelião, o protesto é liberado.

Todo esse procedimento, tanto quanto possível, deve ser mecanizado eletronicamente. Para fins de controle interno dos Cartórios de Protesto já recebemos um *Código de Portador* (885), o que permite mais eficiência no controle interno dos Tabeliões de Protesto.

Protocolado eletronicamente o pedido de protesto a alimentação do *Controle dos Feitos* com a fase/subfase 11-6/24-8 seria automática. De outra banda, cancelado o protesto por pagamento, parcelamento, irregularidade, ou até se sustado judicialmente, deve-se alimentar o Controle dos Feitos com a fase/sf. 11-6/38-8. De preferência de forma automática.

6. Resumo das nossas propostas

A] Seja proposto projeto de lei que preveja e autorize o protesto dos débitos tributários e não-tributários inscritos em Dívida Ativa.

B] Que a Procuradoria Geral do Município realize consulta à Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto à possibilidade de suspensão administrativa dos efeitos do protesto extrajudicial, nos mesmos moldes da suspensão dos efeitos do protesto por determinação judicial.

C] Concretizadas as propostas 1 e 2, seja dado início aos trabalhos junto à Prodam para o protesto eletrônico em massa dos débitos inscritos em Dívida Ativa.

D] Contato com a Secretaria de Finanças a fim de, **antes que seja revigorado o Programa de Parcelamento Incentivado**, providenciar o bloqueio da emissão de guia ou ao menos emitir aviso de alerta e orientação quanto a existência de protesto, caso seja entabulado novo PPI incluindo débito objeto de protesto.

7. Documentos que instruem o presente

1. Acórdão n. 671.328-5/4-00 do Mandado de Segurança da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo x Fazenda do Estado de São Paulo.

2. Parecer e Provimento CGJ n. 31/2009, da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

3. Pedido de Providências ao Conselho Nacional de Justiça, números 0004537-54.2009.2.00.0000 e 0007390-36.2009.2.00.0000.

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

5. Parecer referente ao Processo CGJ n. 1.522/99.

Edgard Padula Procurador do Município
RF 731.259.8.00 OAB/SP 206.141

“Ação rescisória, Anistia, Condomínio Plaza Iguatemi” (Trabalho Relevante do Ano – Departamento Judicial),

Glauca Savin – Procuradora Municipal, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP; Especialista em Gestão Ambiental pela Faculdade de Saúde Pública da USP

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – SP:

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por seu procurador, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, propor com fulcro no artigo 475, inciso V do CPC, propor

ACÃO RESCISÓRIA, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

em face **Condomínio Plaza Iguatemi**, inscrito perante o CNPJ sob o nº 07.095.402/0001-66, com endereço na Avenida Faria Lima, 2.255/2.277, com fundamento na norma do art. 485, V, do Código de Processo Civil.

1 - RELATO DOS FATOS

Por meio de ação ajuizada em face desta Municipalidade (autos nº 011869-96.2006.8.26.0053, da 7ª Vara da Fazenda Pública), postulou o Réu a regularização da edificação localizada na Av. Brigadeiro Faria Lima, 2255/2277. (doc. nº 01)

O pedido formulado pelo Condomínio compreendeu a **declaração** da “*invalidade do art. 18 do Decreto nº 42.324/08*” e do “*direito do Autor à regularização prevista na Lei Municipal nº 13.876/04, das áreas excedentes do Edifício Plaza Iguatemi – até o limite total de 20% da área construída...*”.

Requeru, ainda, a condenação da Municipalidade à expedição de guia para o recolhimento da outorga onerosa e, uma vez realizado o pagamento, a expedição de auto de regularidade, declarando-se a nulidade da decisão que indeferiu o pedido de regularização, “*determinando à Prefeitura que requisite novo parecer de SEHAB a respeito do caso específico do Edifício Plaza Iguatemi, bem como a reapreciação do processo administrativo nº 2004-1.015.938-3, à luz do novo parecer elaborado*”.

Foi requerida pelo Condomínio a produção de prova pericial. Após o deferimento da realização da prova, indicação de perito, assistentes técnicos e quesitos, os trabalhos foram, subitamente, interrompidos pelo magistrado que proferiu sentença de mérito, julgando o feito antecipadamente.

Sobreveio sentença (doc. nº 02) que julgou procedente a pretensão do Condomínio, nos seguintes termos:

Vistos etc 1.Trata-se de ação declaratória, de rito ordinário, ajuizada por CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PLAZA IGUATEMI em face da MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, objetivando, com fundamento no artigo 12, § 8º, da Lei Municipal nº 13.558/03, alterada pela Lei nº 13.876/04, a declaração da regularização da edificação localizada na Avenida Brigadeiro Faria Lima nºs 2255/2277, onde foi apurado acréscimo irregular de 7.158,35 m2 de área, inferior a 20% do inicialmente aprovado (35.908,25 m2), mediante pagamento da denominada “outorga onerosa”, calculada em aproximadamente R\$ 8.200.000,00. Sustenta, em resumo, que depois da solicitação do “habite-se” da edificação, procedeu-se a um remanejamento das áreas internas do prédio, sem afetar a parte externa da construção. Requereu junto ao órgão competente da Municipalidade a regularização do excesso de área computável, mas sua pretensão foi desacolhida, sob alegação de que o Decreto Municipal n. 45.324, de 24.9.2004, limitou qualquer regularização àquelas edificações que não tivessem ultrapassado o coeficiente de aproveitamento 4,0. Em abono de sua pretensão, o autor fez juntar aos autos três pareceres subscritos por administrativistas, concluindo pela inexistência de qualquer violação ao Plano Diretor. Pede a invalidade do artigo 18 do Decreto nº 45.324/04; a declaração do direito do autor à regularização prevista na Lei Municipal nº 13.558/03, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 13.876/04, por meio da anistia, impondo à Municipalidade a expedição de guia de recolhimento da outorga onerosa, sob pena de multa; após o pagamento do valor da outorga onerosa, seja declarada a regularidade da construção do edifício autor no tocante às áreas excedentes até o limite de 20% da área total construída constante no alvará de execução do projeto, com a consequente expedição do auto de regularidade; seja declarada a nulidade da decisão que indeferiu o pedido de regularização formulado pelo autor; condenação da Municipalidade no ônus da sucumbência. Atribuindo à causa o valor de R\$ 100.000,00, instruiu a petição inicial de fls. 2/22 com o instrumento procuratório de fl. 25 e documentos de fls. 26/504. Citada a municipalidade (certidão de fl.509), foi oferecida a contestação de fls. 515/532, instruída com os documentos de fls. 534/559, aduzindo, em suma, que a falta de referência do coeficiente de aproveitamento máximo na Lei Municipal nº 13.876/04 não pode ser considerada como desvinculação do Plano Diretor Estratégico (Lei Municipal nº 13.430, de 13 de setembro de 2002), o qual estabeleceu o coeficiente máximo de aproveitamento 4,0. Culmina requerendo a improcedência da ação, com os consectários legais. Réplica as fls. 562/571. Instados a se manifestarem, o autor requereu fosse determinada a realização de prova pericial destinada a calcular o valor da outorga onerosa a ser pago (fls. 575/576), enquanto a Municipalidade requereu o julgamento antecipado da lide (fl. 573). Foi proferido despacho saneador (fl. 578), irrecorrido, por meio do qual foi determinada a realização de prova pericial. As partes indicaram assistentes técnicos e formularam quesitos (fls. 579/580 e 582/584). Pela decisão de fls. 643/644, foi concedida liminar incidental para suspender os efeitos da decisão administrativa que indeferiu o pedido de regularização da edificação e em razão de impugnação formulada pelo autor, foram indeferidos os quesitos de nºs 4, 5, 6, 7 e 9 formulados pela municipalidade. A fl. 654 a Municipalidade comunica a interposição do recurso de Agravo de Instrumento nº 607.709-5/0-00 (fls. 655/686), contra essa decisão. As fls. 688/690 o autor requereu fosse recomendado à perita judicial que se limitasse às respostas dos quesitos formulados e deferidos pelo Juízo, merecendo o despacho de indeferimento lançado a fl. 694. A perita judicial requereu, justificadamente (fl. 698), levantamento parcial de seus honorários, o que foi deferido. Agora, as fls. 700/711, a perita judicial apresenta relatório das atividades periciais realizadas aduzindo a necessidade de etapas complementares não previstas quando da estimativa de honorários. Em apenso ao 4º volume encontram-se os autos do incidente de impugnação ao valor atribuído à causa argüido pela Municipalidade, que após regular processamento, foi acolhido para fixá-lo em R\$ 8.200.000,00, sendo que o autor providenciou o recolhido da respectiva taxa judiciária (doc. de fls. 13/14 dos autos em apenso), e contra essa decisão o autor interpôs o recurso de Agravo de Instrumento nº 574.527-5/5-00 (fls. 17/25 dos autos em apenso). É o relatório do essencial. Passo à fundamentação e à decisão. 2.Assumi a Vara em data de 18 de dezembro de 2006, tendo recebido os autos para apreciar o pedido formulado pela perita judicial. 3.E, cabe ao Juiz apreciar e decidir de acordo com seu convencimento motivado, atendendo, dentre outros, o princípio da economia processual. 4.Diversamente do entendimento

da ilustre Juíza de Direito Auxiliar, prolatora do r. despacho saneador (fl. 578), a matéria posta em discussão é de direito, comportando o julgamento antecipado. 5.No caso, o antecipado julgamento da lide não importará em cerceio de exercício de direito processual, certo que os temas a enfrentar, de compreensão e interpretação jurídico-normativa, não demandam produção de prova. 6.Com efeito, a discussão na presente ação cinge-se na verificação de um único aspecto fundamental: se é cabível a limitação de qualquer regularização àquelas edificações que não tivessem ultrapassado o coeficiente de aproveitamento 4,0, pelo Decreto Municipal n. 45.324, de 24.9.2004. 7.E, a conclusão é uma só. 8.Como costumeiramente é de seu mister, o douto Professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, subscritor dos pareceres reproduzidos as fls. 121/148 e 149/162, bem demonstrou que o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração Pública às leis, valendo destacar o seguinte trecho aplicável ao caso presente: ?8. A lei municipal paulistana que disciplina a regularização de edificações que estejam em descompasso com as pertinentes normas é a de nº 13.588, de 14.04.2003, com as alterações que lhe advieram da lei nº 13.876, de 23.07.2004. Segundo dispõe seu artigo 12 a regularização de imóveis com área construída superior a 500 metros quadrados será onerosa, obedecidas fórmulas de cálculo ali dispostas, sendo que tais ônus incidirão apenas sobre o excedente da área construída computável a ser regularizada que ultrapassar o coeficiente máximo de aproveitamento para a respectiva zona, limitado a 4,0. O parágrafo 8º deste artigo, entretanto, excepcionou os imóveis beneficiados pelas disposições das ?Operações Urbanas? deste limite de 4,0 e determinou que a onerosidade seria calculada por critérios estabelecidos nas letras “a” e “b”, distintos dos supostos na cabeça do artigo. Sem embargo, o decreto regulamentador, decreto nº 45.324, de 24.08.2004 entendeu de dar, no art. 18, sua contribuição ao legislador, alterando o que constava do mencionado no § 8º do art. 12 da lei, pois, estabeleceu para os imóveis sítos em área de ?Operação Urbana? uma condição que dele não constava, isto é, a de que o excesso a ser regularizado estivesse limitado ao coeficiente 4,0. Ora, este limite, que se encontra mencionado na cabeça do art. 12 da lei, é precisamente o que, para os edifícios compreendidos em zona de ?Operação Urbana?, foi liberado pelo seu § 8º, o qual, de par com isto, veio aportar critérios específicos para cálculo do pagamento da onerosidade. Estas foram exatamente as disposições que excepcionaram ditos imóveis do regramento genérico do art. 12. Donde, o artigo 18 do decreto 45.324, de 24.08.2004, ao instruir dita restrição à regularização de certos imóveis veio a contrariar frontalmente o que da lei constava e a criar uma limitação para os administrados desfrutarem da sobredita regularização. Eis, pois, que incidiu em grosseira invalidade: a de afrontar a lei que deveria tão só regulamentar e de modo ?fiel?, como quer o Texto Constitucional do País.? 9.Com efeito, o projeto de construção do prédio do autor foi regularmente aprovado, nos termos e condições estabelecidas pela denominada Operação Urbana Faria Lima e, quando de seu término, foi expedido o respectivo Certificado de Conclusão (Habite-se). 10.O pedido de Habite-se foi protocolizado no mês de agosto de 2002 e foi expedido em outubro de 2002. 11.Portanto, o prédio já estava pronto em agosto de 2002 (as obras deveriam estar concluídas até 13 de setembro de 2002 para se beneficiarem da anistia), atendendo ao requisito estabelecido pelo artigo 1º da Lei Municipal nº 13.876, de 23 de julho de 2004, que alterou o caput do artigo 1º da Lei nº 13.558, de 14 de abril de 2003. 12.Ocorre que, esse Certificado de Conclusão se refere à uma área menor do que efetivamente construída, conforme confessado pelo próprio autor na petição inicial, pois durante a construção foram alteradas áreas consideradas não computáveis para áreas computáveis, resultando no acréscimo de 7.158,35 m². 13.Também oportuna a transcrição do seguinte trecho do parecer do ilustre Professor ADILSON ABREU DALLARI, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (fl. 197 dos presentes autos): ?Salta os olhos, pela simples comparação entre um e outro, que no texto do Decreto foi inserido como limite o coeficiente de aproveitamento 4,0 (quatro), que não figura nem na Lei instituidora da Operação Urbana Consorciada Faria Lima, nem no dispositivo legal que disciplina a regularização de edificações localizadas em áreas de operações urbanas? ... ?Não se pode presumir uma restrição de direito que estaria implícita num texto legal, pois qualquer norma restritiva de direito não comporta interpretação ampliativa. Também foi visto que essa interpretação ampliativa da restrição se choca com as finalidades e objetivos da operação urbana especificamente afetada?. 14.No mesmo diapasão foi o substancial parecer do Doutor TOSHIO MUKAI, acostado às fls. 223/280: O art. 18 do Decreto regulamentar, portanto, no ponto em que acresce a limitação do índice de aproveitamento máximo de 4,0 (quatro), mesmo nos casos beneficiados por operações urbanas, além de ser contraditório, é ilegal e inconstitucional, devendo assim ser considerado pelos aplicadores da norma, sejam estes pertencentes à Administração e/ou ao Judiciário. (fl. 262) 15.?Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamento há abuso do poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo? (PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1946?, vol. II, p. 137). 16. É certo que, em momento algum, a Municipalidade acenou neste processo com a pretensão de alcançar a medida extrema da demolição do imóvel do autor, tanto é que não ofereceu reconvenção. 17.Por outro lado, foi consignado expressamente na manifestação da Procuradora Municipal subscritora de fls. 539/557, a adoção de providências objetivando a demolição dos acréscimos irregulares?. 18.Absolutamente desarrazoado, despropósito e desproporcional

às circunstâncias do fato, pois a manutenção da construção existente é viável, sem que se aniquile o direito de propriedade e a posse. 19.O crivo da razoabilidade e da proporcionalidade deve permear todas as idéias jurídicas. Não se derrubam prédios, que a ninguém prejudicam, e que embelezam o cenário arquitetônico da metrópole. Principalmente, como é o caso do edifício retratado nos presentes autos, eis que solidamente bem construído. 20.A obra já está acabada, havendo, inclusive, informação nos autos que o edifício já está ocupado (cfr. fls. 608/641). Se ao proprietário não é lícito desconhecer o Código de Obras e respectivas normas edilícias, também não é lícito à Municipalidade, que se descurou das providências impeditivas de seu descumprimento, negar a regularização da obra depois de concluída. 21.Além disso, deveria a Municipalidade ter se utilizado do seu poder de polícia, e providenciado o embargo da obra durante a construção. Não o fazendo, restou evidente sua displicência no exercício do seu poder de polícia. 22.Bem por isso, constatada a incuria do administrador, de modo a onerar substancialmente o erário público, essa circunstância constitui, em tese, ato de improbidade administrativa de responsabilidade pessoal dos administradores. 23.Enfim, o autor faz jus ao reconhecimento do seu direito de ver regularizadas as áreas excedentes da construção do Edifício Plaza Iguatemi, com fundamento nas disposições da Lei Municipal nº 13.558/03, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Municipal nº 13.876/04, mediante o pagamento da outorga onerosa a ser calculada pela requerida, sobre a área de 7.158,35 m² (fl. 516). 24.Aliás, inexistente impugnação específica da Municipalidade sobre essa metragem (7.158,35 m² - fl. 516) e nem sobre a área total de 35.908,25 m² (fl. 369) constante do alvará de execução, devendo a requerida expedir a respectiva guia de recolhimento da outorga onerosa, e a final declarada a regularidade da totalidade da construção. 25.A suspensão definitiva dos efeitos da decisão administrativa reproduzida a fl. 434 (indeferimento do pedido de regularização) é resultado da conclusão lógica do raciocínio ora exposto. 26.Não é o caso de nesta fase cognitiva fixar multa no caso de eventual inadimplência por parte da requerida. 27.Considerando-se que a perícia judicial não foi concluída, mas a operosa perita oficial nomeada chegou a executar parte dos trabalhos (fls. 700/711), serão arbitrados seus salários definitivos, de modo a remunerá-la de forma justa, os quais serão descontados do depósito existente nos presentes autos (fl. 650). 28.POSTO ISSO, julgo procedente a presente ação ajuizada por CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PLAZA IGUATEMI em face da MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, para os fins acima especificados, tornando definitiva a suspensão dos efeitos da decisão administrativa reproduzida a fl. 434, arcando a requerida com as custas e despesas processuais, sendo que os honorários definitivos da perita judicial são fixados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Arcará, ainda, a requerida com a verba honorária, fixada em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a teor do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. 29.Comunique-se o teor desta sentença ao eminente Desembargador ANTONIO CARLOS MALHEIROS, da Colenda 3ª Câmara de Direito Público, para conhecimento nos autos do Agravo de Instrumento nº 607.709-5/0-00. 30.Após o processamento de eventuais recursos voluntários, os presentes autos subirão à Superior Instância, para reexame obrigatório. P. R. I. C.

Irresignadas, recorreram as partes: a Municipalidade interpôs recurso visando a reforma da Sentença e o Condomínio pretendeu a majoração da verba honorária relativa à sucumbência.

Por meio de acórdão proferido no âmbito da Apelação nº 671.846-5/8-00 (doc. nº 03), a 3ª. Câmara de Direito Público deu provimento ao recurso do Condomínio para majorar a condenação às verbas de sucumbência de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para 10% do valor da causa. Além disto, negou-se provimento ao recurso da Municipalidade.

O V. Acórdão julgou “inválido” o art. 18 do Decreto Municipal nº 45.324/03, que regulamentou a Lei Municipal nº 13.876/04, permitindo, desta maneira, a regularização de área construída em coeficiente superior a “4.0”.

Foram opostos embargos de declaração, aos quais foram rejeitados (doc. nº 04).

Contra o V. Acórdão foram interpostos Recurso Especial e Extraordinário, que tiveram seu seguimento indeferidos, motivando a interposição de Agravos.

A ambos os agravos negou-se provimento, o que motivou o trânsito em julgado da decisão, o que se deu em 15 de outubro de 2009. (doc. nº 05)

2 - O CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

O artigo 485 do Código de Processo Civil consigna os requisitos para o ajuizamento da ação rescisória:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
 (...)
 V - violar literal disposição de lei;

Assim, a princípio, cabível a ação rescisória para os casos de sentenças de mérito transitadas em julgado, desde que presente alguma das hipóteses elencadas nos incisos de I a IX do artigo referido.

O V. Acórdão atacado ao julgar “inválida” a norma do art. 18 do Decreto nº 42.324/08, que regulamentou a Lei Municipal nº 13.876/04, violou o Plano Diretor do Município de São Paulo (artigos 3º e 32, § 2º, ambos da Lei Municipal nº 10.676/88), cujos parâmetros foram adotados pela legislação superveniente, em especial, a disciplinadora das Operações Urbanas (v.g. art. 5º, inciso VI, da Lei Municipal nº 11.732/97, que instituiu a Operação Urbana Faria Lima).

Assim, claro está o atendimento aos requisitos necessários ao ajuizamento da ação rescisória.

3 - O TERMO A QUO DO PRAZO DECADENCIAL E A DECISÃO A SER RESCINDIDA

Dispõe o art. 495 do CPC que *o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.*

No caso em voga, referido prazo se iniciou com o trânsito em julgado da r. decisão que negou provimento ao agravo regimental que negou seguimento ao recurso extraordinário, publicada em 16 de setembro de 2009. O respectivo trânsito em julgado ocorreu em 15 de outubro de 2009 (doc. 05).

Portanto, sendo o termo *ad quem* para interposição desta ação rescisória o dia 16 de outubro de 2011, vislumbra-se a sua tempestividade.

4 - DA COMPETÊNCIA DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Apresenta-se inequívoca a competência deste E. Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento desta ação rescisória, vez que a decisão que se pretende rescindir é o acórdão proferido por este mesmo órgão do Poder Judiciário, proferido em sede da Apelação nº 671.846-5/0-1

Em justificação, nos valem os do magistério do notável José Carlos Barbosa Moreira, *op. cit.*, pág. 201 à 203:

“No que respeita aos tribunais dos Estados, onde exista um só, nenhuma dúvida surge quanto à sua competência para as ações rescisórias dos acórdãos que profira e das sentenças de juízos estaduais de primeiro grau .

Um ponto é oportuno lembrar aqui, porque relevante ao ângulo da competência. Quando o órgão ‘ad quem’ não conhece de algum recurso interposto, por entendê-lo inadmissível, sendo originária a causa da inadmissibilidade, isso significa que, se nenhum outro óbice exista, a decisão recorrida transitou em julgado, a despeito da interposição: recurso inadmissível é recurso a que não estava sujeita a decisão, e portanto não tinha força para impedir o trânsito em julgado ...

Afere-se a competência à luz daquilo que o autor diz na inicial. Se aí se aponta como rescindenda a decisão do tribunal x, a este competirá a causa, nada importando que porventura se devesse ter pleiteado a rescisão de acórdão do tribunal y ...”

Neste sentido, a Jurisprudência do STF:

“Agravamento regimental. Ação rescisória. Pedidos independentes. Provimento de apenas um deles pelo acórdão rescindendo. Conhecimento da rescisória nesta corte quanto aos outros pedidos. Impossibilidade. Efeito substitutivo. Art. 512, do CPC. Capítulos da sentença. Súmula 249. Inaplicabilidade.

1. O provimento, pelo acórdão rescindendo, de um dos pedidos da ação principal não é suficiente para atrair a competência desta Corte para o julgamento de outros pedidos independentes, que sequer foram conhecidos.

2. A decisão rescindenda substitui o acórdão prolatado pelo tribunal de origem somente quando o recurso é conhecido e provido. O efeito substitutivo previsto no art. 512 do CPC não incide sobre os pedidos não conhecidos pelo acórdão rescindendo. Precedente (RE nº 194.382, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ. 25.04.2003).

3. A decisão rescindenda, no capítulo em que não conhece do recurso extraordinário, não opera o efeito substitutivo do art. 512 do CPC. A questão de mérito a ser impugnada por meio de ação rescisória não se encontra na decisão proferida por esta Corte – que é meramente processual no ponto pertinente -, mas no acórdão prolatado pelo tribunal de origem. Não há falar-se, pois, na aplicação da súmula n. 249. Precedente (AC. N. 112, Rel. min. Cesar Peluso, DJ. 04.02.2005)” (Ag. Reg. Na Ação Rescisória 1.800-1 – São Paulo – Rel. Min. Eros Grau).

Portanto, entende-se ser este E. Tribunal de Justiça paulista o competente para o processamento e julgamento desta rescisória, destacando-se que a decisão materialmente rescindível é o acórdão proferido em sede de Apelação nº 671.846-5/0-1.

5. A LEGISLAÇÃO DISCIPLINADORA DA ANISTIA

A Lei Municipal nº 13.558/03 foi elaborada visando à regularização das edificações concluídas até 13 de setembro de 2002 – data do início da vigência do Plano Diretor - que estivessem em desacordo com a legislação de uso e ocupação do solo, no que concerne aos recuos, taxa de ocupação do lote e coeficiente de aproveitamento, mas que abrigassem usos permitidos na zona onde se encontravam situados.

Opondo-se à referida norma, o Ministério Público do Estado de São Paulo promoveu uma ação civil pública (autos nº 053.03.025.922-6) objetivando, em síntese, a suspensão da aplicação da Lei Municipal nº 13.558/03 e, por via de consequência, dos Decretos nº 43.383/03 e 43.849/03, por reputar que tais textos legais afrontavam a Constituição da República, o Código Civil, o Estatuto da Cidade, Lei Orgânica do Município e a própria Lei Municipal nº 13.340/02 que instituiu o Plano Diretor Estratégico e o Sistema de Planejamento e Gestão do Desenvolvimento Urbano do Município de São Paulo, diante dos critérios estabelecidos para anistiar edificações irregulares.

Diante da impossibilidade de deferir inúmeros pedidos de regularização de edificação, com fundamento na lei nº 13.558/03, por força da liminar concedida no bojo da citada ação civil pública (autos nº 2539/053.03.025922-6 da 10^a V.F.P.), gerando incerteza e insegurança dos munícipes quanto à solução dos seus requerimentos, a Municipalidade de São Paulo, por meio do Secretário Municipal da Habitação e Desenvolvimento Urbano, entrou em tratativas com o Ministério Público, com vistas a tentar dirimir eventuais dúvidas sobre a aplicação da mencionada lei e, assim, superar o impasse existente.

A Administração Municipal concluiu, ao final, que para evitar distorções na aplicação da lei de anistia, evitando interpretações que ampliassem o excepcional objeto de anistiar edificações irregulares, bem como visando solucionar a lide discutida naqueles autos, alguns de seus dispositivos deveriam ter a redação alterada.

Nesse contexto, foi elaborado e encaminhado à Câmara Municipal projeto de lei contemplando as sugestões apresentadas, o qual, após regular aprovação, ensejou a promulgação da Lei Municipal nº 13.876 de 23/07/04.

A ação civil pública foi então extinta, restando reconhecida a perda superveniente do objeto.

Em cumprimento à legislação municipal, para viabilizar a aplicação da Lei nº 13.876/04, foi editado o Decreto Municipal nº 45.324/04, restando respeitada a perfeita consonância com o sistema urbanístico vigente, consagrado no Estado da Cidade e no Plano Diretor do Município de São Paulo.

6. A LEGALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO

Insurgiu-se o Condomínio contra a regulamentação conferida pelo Decreto Municipal n.º 45.324, de 24 de setembro de 2004 à Lei Municipal n.º 13.876, de 23 de agosto de 2004. Alegou, em síntese que o Decreto teria efeito restritivo em relação às disposições legais.

As afirmações do Condomínio, a despeito de encontram-se divorciadas da análise dos outros diplomas legais que integram o ordenamento urbanístico, em especial a Lei Federal n.º 10.257/01 (Estatuto da Cidade) e o Plano Diretor Estratégico, encontraram eco na R. Sentença.

O entendimento adotado não pode prevalecer, como passaremos a demonstrar.

6.1 PREMISSAS CONCEITUAIS

O conceito de plano diretor está definido no artigo 2º da Lei Municipal nº 13.430/02, que assim dispõe:

“Art. 2º O Plano Diretor Estratégico é instrumento global e estratégico da política de desenvolvimento urbano, determinante para todos os agentes públicos e privados que atuam no Município.”

Na lição do Prof. José Afonso da Silva¹, é um plano porque estabelece os objetivos a serem atingidos. É diretor, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano municipal.

Em outros termos, cabe ao Plano Diretor definir, no âmbito municipal, os limites, as faculdades e as obrigações envolvendo a propriedade urbana, partindo de um amplo processo de leitura da realidade local, que envolve os mais variados setores da sociedade, notadamente a população excluída das áreas nobres da Cidade.

De acordo com a norma do art. 182, §1º, da Constituição da República, "*o Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana*".

Nessa esteira, a Lei Orgânica do Município de São Paulo dispõe:

Art. 150 - O Plano Diretor é o instrumento global e estratégico da política de desenvolvimento urbano e de orientação de todos os agentes públicos e privados que atuam na cidade.

§ 1º - O Plano Diretor deve abranger a totalidade do território do Município, **definindo as diretrizes para o uso do solo** e para os sistemas de circulação, condicionados às potencialidades do meio físico e ao interesse social, cultural e ambiental.

§ 2º - *omissis*

¹ Direito urbanístico Brasileiro, 3ª ed., Malheiros, 2000, p.133/143

Art. 151 - A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de legislação urbanística dele decorrente.

§1º - Para assegurar o cumprimento da função social da propriedade o Município deverá:

I - **prevenir distorções e abusos no desfrute econômico da propriedade urbana e coibir o uso da terra como reserva de valor;**

II - **assegurar o adequado aproveitamento, pela atividade imobiliária, do potencial dos terrenos urbanos**, respeitados os limites da capacidade instalada de serviços públicos;

III - assegurar a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços de infra-estrutura urbana e recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público;

§2º - **O direito de construir será exercido segundo os princípios previstos neste Capítulo e critérios estabelecidos em lei municipal.**

Portanto, as diretrizes de aproveitamento do solo urbano são fixadas pelo Plano Diretor. Toda a legislação correlata deve observar os princípios, diretrizes e instrumentos adotados pelo Plano Diretor do Município.

Desta maneira, a legislação que concede anistia às edificações deve, sem sombra de dúvida, subsumir-se às diretrizes do Plano Diretor Estratégico.

Cumprido destacar, outrossim, que as Operações Urbanas Consorciadas, previstas em lei municipal específica, baseada no plano diretor (artigo 32 do Estatuto da Cidade), podem autorizar, dentre outras medidas, a modificação de índices urbanísticos, concedendo benefícios que constituem exceções às normas da legislação municipal de zoneamento urbano.

Fixados, portanto, os parâmetros norteadores da disciplina urbanística no Município de São Paulo, referentes às normas de concessão de anistia de edificações que tenham sido objeto de aprovação de Operações Urbanas.

6.2 A LIMITAÇÃO DO COEFICIENTE DE APROVEITAMENTO MÁXIMO

A R. Decisão recorrida entende ser passível de derrogação a aplicação do coeficiente de aproveitamento (CA) 4,0 (quatro) para as edificações objeto de Operações Urbanas com área superior a 500,00m².

Ora, entende-se por **coeficiente de aproveitamento (CA)** a relação numérica entre a área edificada, excluída a não computável, e a área do lote. Vale dizer, o coeficiente de aproveitamento é um índice que, multiplicado à área do lote, permite verificar-se, em cada caso, qual poderá ser a área edificada sobre o terreno.

Com vistas a disciplinar o adequado uso da propriedade, de forma a evitar as deseconomias do processo de urbanização, a legislação estabelece limites máximos e mínimos ao aproveitamento do lote. Têm-se, com isto, a definição do **coeficiente de**

aproveitamento mínimo, destinado a garantir que a propriedade urbana não seja subutilizada; o **coeficiente de aproveitamento básico**, gratuito por ser resultante do aproveitamento inerente ao direito de propriedade e, por último, o **coeficiente de aproveitamento máximo**, correspondente ao teto de aproveitamento do solo urbano.

Todo aproveitamento acima do coeficiente básico é objeto de outorga, devendo ser cobrado e o valor revertido em favor da cidade.

O **Coeficiente de Aproveitamento Máximo (CA)** equivalente a 4,0 (quatro) foi fixado pelo anterior Plano Diretor do Município de São Paulo (artigos 3º e 32, § 2º, ambos da Lei Municipal n.º 10.676/88) e adotado pela legislação superveniente, em especial, a disciplinadora das Operações Urbanas (v.g. art. 5º, inciso VI, da Lei Municipal n.º 11.732/97, que instituiu a Operação Urbana Faria Lima).

O coeficiente de aproveitamento máximo igual a 4,0 (quatro) foi mantido pelo atual Plano Diretor Estratégico (Lei 13.430, de 13 de setembro de 2002), inclusive para as operações urbanas:

Art. 226 - Nas áreas de Operações Urbanas Consorciadas, a serem definidas por lei específica, ficam estabelecidos os seguintes coeficientes de aproveitamento:

I - mínimo: 0,2 (dois décimos)

II - básico: correspondente ao definido nesta lei para a zona em que se situam os lotes;

III - máximo: 4,0 (quatro)

Consoante as claras diretrizes do Plano Diretor Estratégico, o aproveitamento máximo permitido no Município de São Paulo é igual a 4,0 (quatro) vezes a área do terreno.

De outra parte, o Plano Diretor Estratégico (PDE) não permitiu ao legislador municipal o estabelecimento de exceções à regra estabelecida quanto ao aproveitamento dos imóveis. Ao contrário, a norma do art. 189 da Lei Municipal n.º 13.430/02 (PDE) estabeleceu que a legislação de uso e ocupação do solo poderia estabelecer índices de aproveitamento "mínimos superiores e máximos inferiores aos estabelecidos". Vale dizer, deixou-se ao legislador a possibilidade de modificar, em determinados casos, os índices mínimo e máximo, respeitados os limites fixados pelo Plano Diretor (aproveitamento mínimo = 0,4 e aproveitamento máximo = 4,0).

Tais valores, conquanto idênticos àqueles já disciplinados pela legislação anterior, entraram em vigor em 02 de janeiro de 2003 (art. 300 do PDE). Portanto, quando da edição da legislação instituidora da anistia, os valores ora explicitados eram os vigentes.

Não poderia, portanto, a legislação mencionada (Lei Municipal n.º 13.876/04) pretender derogar, ainda que por via indireta, os limites estabelecidos no Plano Diretor Estratégico, sob pena de ilegalidade da lei instituidora da anistia.

Com efeito, a análise atenta da Lei Municipal n.º 13.876/04 conduz o intérprete a conclusão diversa daquela apontada pelo V. Acórdão rescindendo.

A Lei Municipal n.º 13.876/04 ao distinguir, nas normas do *caput* e § 8º, ambos do artigo 12, situações diversas para os imóveis passíveis de anistia, beneficiados ou não por operações urbanas, não pretendeu dispensar as edificações beneficiadas por Operações Urbanas dos limites de aproveitamento máximo fixados para toda a cidade. Este entendimento, aliás, implicaria ofensa ao Princípio da Isonomia, por poder permitir que imóveis já beneficiados com o acréscimo do coeficiente de aproveitamento em decorrência de operação urbana, viessem a beneficiar-se novamente, do mesmo benefício já usufruído, em razão da anistia.

O estabelecimento de regras diversas para as hipóteses previstas no *caput* e no §8º, ambos do artigo 12, visou, ao contrário do que sustenta o Condomínio, agravar financeiramente o munícipe que já é beneficiário da ampliação do coeficiente de aproveitamento do terreno em virtude de operação urbana e, mesmo assim, excedeu os limites de construção no lote.

Tal é o sentido da distinção criada pelo legislador. Não se pretendeu, em nenhum momento, permitir a anistia da edificação acima do coeficiente de aproveitamento máximo estabelecido pelo Plano Diretor Estratégico.

A menção à observância ao coeficiente de aproveitamento máximo, ao nosso ver, é despicienda, dada o caráter cogente e vinculante da norma para o legislador, consoante a clara dicção do art. 189 do Plano Diretor Estratégico.

Portanto, a falta de referência do coeficiente de aproveitamento máximo na norma do §8º do artigo 12 não pode ser considerada como desvinculação dos limites estabelecidos pelo Plano Diretor.

A título de ilustração, apresentamos histórico da legislação relativa ao uso e ocupação do solo urbano, por meio do qual é possível constatar-se que o coeficiente de aproveitamento (CA) sempre foi limitado a 4,0 desde que concebido o zoneamento na cidade de São Paulo. Este limite obedeceu, deste modo, uma coerência intrínseca na evolução da legislação urbanística de São Paulo, consoante se pode verificar do quadro a seguir, elaborado pela D. Procuradora Liliana Marçal:

HISTORICO DO COEFICIENTE DE APROVEITAMENTO MÁXIMO	
Lei n° 7.688/71	Dispõe sobre a instituição do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado PDDI-SP
Art. 22	Define as características de cada zona de uso Z1 a Z8 e o CA para cada zona, sendo p/a Z5 CA Max. 4,0
Lei n° 7.805/72	Dispõe sobre o parcelamento, uso e ocupação do solo no Município de São Paulo.
Art.19 - § 1º Art.24.	Estabelece que os índices das zonas de uso Z1 aZ8 são os constantes nos Quadros 2 e 5 anexos, com a possibilidade de alcançar o CA 4,0 com a aplicação da formula, reduzindo a taxa de ocupação para as zonas de uso Z3,Z4 e Z5

Lei n° 8.001/73	Altera e complementa a Lei n° 7.805/72, substitui os Quadros 2 e 5 pelos Quadros 2A e 5A
Leis de Incentivo	Estabelecem CA maiores para as zonas de uso: Z3, Z4 e Z5 até 6,0
Turismo Lei n° 8.006/74 - Hotéis de Lei n° 8.076/74 – Hospitais Lei n° 8.211/75 – Escolas	
Lei n° 8.328/75	Cria as zonas Z8 e Zonas Z9 a Z12
Art.7°	Aprova os planos de urbanização, perímetros: Santana, Jabaquara e Liberdade, admitindo para estas áreas o CA 4,0
Art.25	Admite para as zonas Z10 e Z12 aumentar o CA até 4,0 com a redução da taxa de ocupação.
Lei n° 8.769/78	Institui as zonas Z13 a Z16 e outras Z8
Lei n° 8.848/78	
Art. 7°	Altera a formula do calculo do CA para atingir 4,0 nas zonas Z10 e Z12
Lei n° 9.049/80	Cria as zonas Z17 e Z18
Lei n° 9.094/80	Da diretrizes para urbanização da zona metro leste, trechos Brás – Bresser com CA Max.4,0 (Posteriormente revogado pela Lei n° 11.158/91 Passando a integrar a Z2, Z3 e Z19)
Lei n° 10.209/86	Operações interligadas, revogada pela Lei n° 11.773/95
Lei n° 10.676/88	Plano Diretor
Art.30	Limita a 4,0 o CA máx. por lote no Município de São Paulo.
Lei n° 11.090/91	Operação Urbana Anhangabaú
Art.3° e 6°	Prevê a modificação de índices e admite o potencial construtivo igual a 6,0 (Posteriormente alterada pela lei n° 12.349/97)
Lei n° 12.349/97	Operação Urbana Centro
Art.3°	Mantém o índice 6,0 Os art. 6° e 7° são declarados inconstitucionais, que dispõe sobre a transferência de potencial fora da área da OP.
Lei n° 11.732/95	Operação Urbana Faria Lima
Art. 14	Observa o limite de 4,0
Lei n° 11.773/95	Operações interligadas Observa o limite de 4,0
Lei n° 11.774/95	Operação Urbana Água Branca Não explicita qualquer limitação do CA
Lei n° 13.430/02	Plano Diretor Estratégico – PDE
Art.165	Fixa o CA max. para as ZM 4,0 Quadro 18 CA max. 4,0
Art. 226	Fixa o limite do CA max. de 4,0 nas Operações Urbanas Consorciadas.
Lei n° 13.885/03	Disciplina e Ordena o Parcelamento, Uso e

	Ocupação do Solo- LUOS
Art.188	Os índices de aproveitamento são os constantes nos Quadros 4 dos livros anexos dos Planos Regionais.

6.3 O CONCEITO LEGAL DE ÁREA TOTAL CONSTRUÍDA

A norma do art. 4º da Lei Municipal n.º 13.876/04 regulou as hipóteses em que não se admite a anistia das edificações. Dentre as situações descritas, previu-se o seguinte:

Art. 4º - Não serão passíveis de regularização para os efeitos desta lei as edificações que:

(...)

IV - tenham sido objeto de Operações Urbanas definidas por lei em vigor na data da publicação desta lei, nas seguintes situações:

(...)

e) quando ultrapassarem os 20% (vinte por cento) da área total construída constante no Alvará de Execução do projeto aprovado que vinculou a certidão de SEMPLA.

No exercício do poder regulamentar fez-se constar do Decreto Municipal a explicitação do conceito adotado pelo legislador, por meio de remissão às áreas computáveis e não computáveis.

O esclarecimento da norma, ao contrário do que pretende crer o Apelante, não teve caráter restritivo de seu conteúdo, como se verá.

A Lei n.º 13.876/04, ao utilizar-se do conceito de "área total construída", considera-a como "a soma das áreas cobertas de todos os pavimentos de uma edificação", considerada como a somatória entre a "área construída computável" e a "área construída não computável".

Tais conceitos encontram-se explicitados no texto da norma do art. 146, incisos I a III do Plano Diretor Estratégico:

Art. 146 - Para os efeitos desta lei, as seguintes expressões ficam assim definidas:

I- Área Construída Computável é a soma das áreas cobertas de todos os pavimentos de uma edificação, que são consideradas para o cálculo do coeficiente de aproveitamento;

II- Área Construída Total é a soma das áreas cobertas de todos os pavimentos de uma edificação;

III- Área Construída Não Computável é a soma das áreas cobertas de uma edificação, não consideradas para o cálculo do coeficiente de aproveitamento, nos termos do disposto na legislação pertinente."

Portanto, o Decreto n.º 45.324/04, ao regulamentar a norma do art. 4º, inciso IV, alínea "e" da Lei Municipal n.º 12.876/04 em nada inovou. Ao contrário, socorreu-se das definições constantes do Plano Diretor Estratégico para aclarar o conceito utilizado pelo legislador.

Acrescente-se que, a despeito de se tratar de conceito trazido pelo Plano Diretor Estratégico, a referência à "Área Construída Total", como somatória das áreas computáveis e não computáveis não é nova.

O Decreto n.º 15.980/79 e a Portaria SEHAB 61/80, que disciplinavam, enquanto vigentes, a forma de apresentação de projetos arquitetônicos, com vistas à instrução do respectivo processo de aprovação, já continham como anexo, o formulário para a formatação do "Quadro Demonstrativo de Áreas".

O referido quadro, ao contemplar a denominada "área construída", considera-a como a exata somatória entre as áreas "computável" e "não computável".

Trata-se de uma praxe hoje mantida, segundo a qual, quando o projeto arquitetônico é submetido à aprovação, o respectivo Alvará deve considerar o quadro de áreas constante das representações gráficas apresentadas pelo interessado.

Destarte, no próprio Alvará de Aprovação e Execução irão constar, discriminadas, as áreas computáveis e não computáveis. A partir da aprovação e da expedição deste Alvará, tais dados passam a ter caráter oficial e serão balisadores de todos os demais atos relacionados ao processo de aprovação.

Por este motivo, quando da incidência de anistia, são estes os parâmetros que deverão ser levados em consideração quando da análise do pedido.

Não houve, portanto, inovação quer quanto ao conteúdo do texto legal, quer em relação aos conceitos em vigor e já incorporados à praxe.

7. A NORMA JULGADA INEFICAZ APESAR DA DECLARAÇÃO DE SUA CONSTITUCIONALIDADE EM ADIN

A Lei 9.868/99 atribui às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

No âmbito da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 118.470.0/0, o Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo (SECOVI), pleiteou a obtenção de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 7º, inciso IV, letra "d" e 18 do Decreto Municipal n.º 45.324/04, sob alegação de pretensa e não demonstrada violação à Constituição Estadual. Trata-se da mesma discussão travada neste processo.(doc. n.º 06)

Para tanto, sustentou-se que os indigitados dispositivos teriam restringido o benefício de regularização de edificações erigidas em dissonância com o projeto aprovado, referente a Operações Urbanas, isto é, que já tivessem obtido possibilidade de excepcionar a legislação de uso e ocupação do solo por força de Operações Urbanas.

O E. Tribunal de Justiça, julgou improcedente a pretensão deduzida pelo Sindicato, sob os seguintes fundamentos:

Conforme se pode verificar, discute-se aqui o confrontamento do Decreto nº 45.324/2004 com a Lei Municipal nº 13.558, de 14 de abril de 2003, chamada de "Lei da Anistia", complementada pela Lei Municipal nº 13.876, de 23 de julho de 2004.

Ora, pretende-se, assim, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, Decreto, mediante o exame de outra norma infraconstitucional, Leis Municipais, o que não é admitido por meio desta ação direta.

O Decreto impugnado, nº 45.324/2004, não é norma de efeitos temporários, porque fixava prazo para o protocolamento, do pedido de regularização de imóvel (anistia), este sim, já vencido, mas continua a produzir efeitos para a avaliação dos pedidos formulados, tempestivamente.

Afirmou-se que o Decreto nº 45.324/2004 afrontou os artigos 111, 144, 180, incisos I e V, 180, incisos I e V, 181 e 182 da Constituição do Estado de São Paulo.

Tal não ocorre, inclusive em relação ao artigo 5º da Carta Paulista.

A simples leitura dos artigos constitucionais Paulista demonstra que os mesmos não se aplicam ao caso vertente.

Ademais, acolhe-se como razão de decidir os doutos fundamentos de fls. 166/173, para que não se incorra em vício tautológico processual.

Quer-se, sem sombras de dúvidas, o enfrentamento dos artigos, já citados, do Decreto Regulamentador nº 45.324/2004, com as Leis Municipais de anistia, nº 13.558 e nº 13.876/2004.

Pelo exposto, julgam a ação improcedente.

Com efeito, o Regimento Interno do E. Tribunal, com fundamento na norma do parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/99, assegura às ações diretas de inconstitucionalidade o efeito vinculante do seguinte modo:

Art. 658. Proclamada a constitucionalidade do texto legal ou do ato normativo questionado, ou não alcançada a maioria prevista no dispositivo constitucional, a argüição será julgada improcedente.

(...)

§ 2º A decisão declaratória ou denegatória da inconstitucionalidade, se for unânime, constituirá, para o futuro, decisão vinculativa para os casos análogos, salvo se o órgão julgante, por motivo relevante, considerar necessário provocar nova manifestação do Órgão Especial sobre a matéria.

A questão ora posta nos autos evidencia um aspecto fundamental: houve vulneração do efeito vinculante da decisão proferida nos autos da referida ADIN 118.470.0/0 pela C. Câmara e, ao assim decidir, o V. Acórdão ofendeu, de forma direta o comando do parágrafo único do art. 28 de Lei Federal nº 9.868/99.

Vale notar que a tese analisada no âmbito da ADIN guarda completa identidade em relação ao caso ora discutido, motivo pelo qual a eficácia vinculante é de aplicação obrigatória.

Contudo, ainda que assim não se entendesse, é se ver que o alcance do efeito vinculante das decisões não está limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados **fundamentos determinantes**.

Nesse passo, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta*.

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de asseverar, na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, **que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão.** Confira-se, a respeito, STF, RCL 2.363/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/04/2005, bem assim todas as reclamações propostas no STF por força de descumprimento do que decidido nos autos da ADI 1.662/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/09/2003.

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.

Portanto, sob qualquer fundamento que se analise a questão, é evidente o caráter vinculante da Decisão proferida no âmbito da ADIN 118.470.0/0 em relação ao presente feito, que discute a mesma tese, qual seja, a aplicabilidade da norma do art. 18 do Decreto nº 45.324/04.

8. A SITUAÇÃO DO IMÓVEL DO CONDOMÍNIO:

A edificação em análise está localizada na Av. Brigadeiro Faria Lima, classificada no zoneamento como Zona Mista, integrante do antigo corredor denominado Z8-CR3, para o qual o Plano Diretor define:

“Art. 165 – Na Zona Mista – ZM, ficam estabelecidos os seguintes coeficientes de aproveitamento:

.....

c) máximo igual a 1,0 (um) nas atuais zonas Z9, igual a 2,0 (dois) nas atuais zonas Z11, Z13, Z17 e Z18, igual a 2,5 (dois e meio) nas atuais zonas Z2 e Z 8-060 01 e 03, e igual a 4,0 (quatro) nas atuais zonas Z3, Z4, Z5, Z8-007 04, 05, 08, 10, 11, 12 e 13, Z10, Z12, Z19 e corredor Z8-CR3”.

O Plano Diretor Estratégico define que para o local onde se encontra a edificação o coeficiente máximo de aproveitamento é 4,0 (quatro), não cabendo a regularização de área que implique no desrespeito a este índice, sob pena de se tornar inócuo o mais importante instrumento de planejamento do uso e ocupação do solo urbano.

O pedido de regularização feito pelo Condomínio foi realizado após o advento da Lei 13.876/04, já regulamentada pelo Decreto 45.324/04, que determina o atendimento ao coeficiente máximo de aproveitamento de 4,0 (quatro) previsto pelo Plano Diretor Estratégico.

A norma do art. 12 da Lei 13.558/03 foi alterada pela Lei 13.876/04 para que se afastasse qualquer impugnação de ilegalidade da lei de anistia por desrespeito ao Plano Diretor, determinando-se expressamente o coeficiente máximo de aproveitamento em 4,0 (quatro). Tal alteração compatibilizou o coeficiente máximo de aproveitamento previsto no Plano Diretor com os requisitos de regularização das edificações constantes da Lei nº 13.558/03.

O art. 12, *caput*, da Lei nº 13.558/03 prevê que para edificações com mais de 500,00 m² de área construída computável, será paga outorga onerosa sobre o excedente, observando-se o coeficiente de aproveitamento máximo de cada zona, limitado a 4,00 (quatro). O parágrafo 8º do art. 12 determina que se a edificação for oriunda de Operação Urbana e tiver área construída total superior a 500,00 m², sempre será devida a outorga onerosa, ainda que respeitado o coeficiente máximo de aproveitamento. Tal parágrafo tão somente determinou a forma de cálculo da outorga onerosa em casos de Operações Urbanas, respeitando-se os limites e coeficientes impostos pelo *caput* do art. 12, ou seja, índice máximo de aproveitamento de 4,00 (quatro).

Tal situação é necessária, já que os imóveis oriundos de operações urbanas já gozaram de um benefício urbanístico anterior, não podendo gozar de um novo benefício, ou seja, não aplicação de coeficiente máximo de aproveitamento de 4,00, imposto pelo Plano Diretor Estratégico. Entendimento em sentido contrário afronta o princípio da isonomia e da razoabilidade, já que haveria munícipes beneficiados duplamente em prejuízo daqueles que devem seguir o Plano Diretor.

A prevalecer o entendimento exposto pelo V. Acórdão atacado, as edificações beneficiadas por operações urbanas poderiam regularizar acréscimos irrestritos, não se aplicando a estes casos o Plano Diretor.

Ademais, a Lei de Anistia é norma de exceção e, portanto, deve ser interpretada restritivamente.

As regras impostas pela Lei 13.558/03, alterada pela Lei nº 13.876/04, foram tão somente regulamentadas pelo Decreto nº 45.324/04, não criando qualquer restrição nova ao direito de regularização das edificações.

Sendo assim, não há que se falar em inexistência de fundamento para o ato administrativo impugnado. Ao contrário, decorreu da legítima aplicação da Lei de Anistia e do Plano Diretor Estratégico. A esse respeito, pedimos vênias para nos reportar ao parecer da lavra da Sra. Procuradora Liliana de Almeida Marçal, já anexado a estes autos.

De tais fatos, comprovados pelos documentos ora encartados, deflui a correção e a legalidade dos atos praticados pela Municipalidade em relação ao Condomínio.

9 - DO PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

9.1 A TUTELA ANTECIPADA

O advento da assim denominada “reforma processual de dezembro de 1994” trouxe ao ordenamento jurídico nacional o instituto da antecipação de tutela por meio da modificação do artigo 273 do C. P. C. que na dicção dada pelo artigo 1º da Lei 8.952/94 passou a vigorar com a seguinte redação:

" Artigo 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verosimilhança da alegação e :

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu."

Em sua obra consagrada, Luis Guilherme Marinoni ²“ ressalta a importância da criação do instituto:

“A tutela antecipada, agora expressamente prevista no Código de Processo Civil (art. 273), é fruto da visão da doutrina processual moderníssima, que foi capaz de enxergar o equívoco de um procedimento destituído de uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. A tutela antecipatória constitui instrumento da mais alta importância para a efetividade do processo, não só porque abre oportunidade para a realização urgente dos direitos em casos de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação como, também, porque permite a antecipação da realização dos direitos no caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.”

A providência irá tomar a mesma função de liminar, com a diferença fundamental de que terá, desde logo, eficácia definitiva, e não de referibilidade a “processo principal” de cognição plena exauriente que se lhe diga.

O insigne Professor Cândido Rangel Dinamarco³, destaca, com percuciência as vantagens advindas com a adoção, por nosso regime processual civil, do instituto da tutela antecipatória:

“A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder – lhe – á o exercício do próprio direito afirmado pela autora. Na prática a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equiivale, mutatis mutandis, à diferença fundamental representada pela provisoriedade. ”

“A lei fala em antecipar os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, no pressuposto conceitual de que a tutela seja o próprio provimento a ser emitido pelo juiz. Antecipar os efeitos da tutela seria antecipar os efeitos do provimento, ou da sentença que no futuro se espera. Na realidade, tutela jurisdicional é a proteção em si mesma e consiste nos resultados que o processo projeta para fora de si e sobre a vida dos sujeitos que litigam. Ela coincide com os efeitos dos provimentos emitidos pelo juiz.

² A antecipação da tutela na reforma do Processo Civil, São Paulo, Malheiros, 1.995, pág. 19.

³ A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Malheiros Editores, 3ª edição, revista ampliada e atualizada, 1996, págs. 141/142.

Beneficiar – se dos efeitos antecipados, como está na letra do art. 273, é precisamente beneficiar – se da tutela antecipada. ”

9.2 O CABIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES RESCISÓRIAS

É perfeitamente cabível a tutela antecipada no rito da ação rescisória. Neste sentido, a lição de Eduardo Arruda Alvim:

“Para nós, mesmo diante da redação anterior do art. 489, não havia qualquer dúvida quanto à plena compatibilidade entre o instituto da antecipação de tutela e a ação rescisória. Se é correto afirmar que a Constituição Federal garante a proteção contra ameaça de direito, e se, no caso concreto, chegamos à conclusão da provável procedência da rescisória, havendo ainda o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, a antecipação de tutela é perfeitamente cabível.” (“Antecipação de tutela” Juruá, 1ª edição, fls. 369)

No mesmo sentido o magistério de outros ilustres estudiosos:

“Em hipóteses excepcionais a tutela antecipatória pode obstar a execução do julgado rescindendo” (Nelson Nery Júnior – “Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante”, 8ª Ed. São Paulo, fls. 923)

“Vênia permitida, afigura-se perfeitamente viável, legal e produtivo a utilização de tutela antecipada nas ações rescisórias, posto que agora expressamente prevista no ordenamento jurídico processual e perfeitamente delimitado o seu raio de atividade. O argumento da intangibilidade da coisa julgada, perde seu vigor, ante à possibilidade legal manifesta do manuseio da ação rescisória (demanda de natureza cognitiva – processo de conhecimento), com possibilidade, portanto, da concessão, da tutela antecipada” (Cf. Lopes, Renan Kfuri. A tutela jurisdicional antecipada na ação rescisória. Seleções jurídicas da adv. Coad, p. 30, dez. 1995).

“Em caso de gravidade acentuada e de manifesta relevância da pretensão de rescindir a sentença contaminada por ilegalidade, a jurisprudência tem admitido, com acerto, medida cautelar com fito de suspender, liminarmente, a exequibilidade do julgado rescindendo. A partir, porém, da Lei 8.952/94, a medida adequada para se obter dita suspensão, quando presentes os requisitos do art. 273 do CPC, é a antecipação de tutela. Tornou-se, enfim, pacífico que a sentença, por se revestir da autoridade da coisa julgada, não gera efeitos imunes às medidas preventivas manejáveis em torno da ação rescisória.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 41ª ed., vol. I, p. 627).

Também, neste sentido é a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

“Ação rescisória. CPC, art. 489. Suspensão da decisão rescindenda. Tutela antecipada. Excepcionalidade. Pressupostos autorizadores. CPC, art. 273. Decisão deferitória. Verossimilhança da alegação. Existência. Agravo desprovido. 1 – Não obstante o disposto no art. 489 do Código de Processo Civil – ‘A ação rescisória não suspende a execução da sentença rescindenda’- o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser cabível, excepcionalmente, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em ação rescisória com o fito de suspender a execução da decisão rescindenda, desde que

presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil” (STJ – 3ª seção – Ag. Reg na Ar 2995/RS – Rel. Min Gilson Dipp)

“Agravo regimental. Ação rescisória. Suspensão da execução da decisão rescindenda. Verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável” (STJ – Agrg na AR 2130/SP – Rel. Min Paulo Gallotti)

“Processo Civil. Ação rescisória. Tutela antecipatória para conferir efeito suspensivo à sentença rescindenda. Cabimento. “Fungibilidade” das medidas urgentes. Fumus boni iuris. Inocorrência. Violação a literal disposição de lei. Interpretação controvertida nos Tribunais. Cabe medida cautelar em ação rescisória para atribuição de efeito suspensivo à sentença rescindenda. Se o autor, a título de antecipação de tutela requer providência de natureza cautelar, pode o juiz, presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado, em atendimento ao princípio da economia processual. Não há fumus boni iuris, requisito da suspensão da execução da sentença rescindenda, se a ação rescisória se funda em ofensa a literal disposição de lei e a sentença se baseou em texto legal de interpretação controvertida nos Tribunais” (STJ – Resp. 351766/SP, rel Min. Nancy Andrighi)

No mesmo sentido: STJ – 1ª Seção, AR. 1291 – Ag Reg., Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.08.04; STJ – 3ª T, Resp. 184.311, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 8.04.03.

9.3 O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Como já se disse, dispõe o artigo 273 do CPC:

“Art. 273. O Juiz poderá a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.”

No presente caso há, de forma inequívoca, a verossimilhança, dado o teor do Acórdão preferido pelo Plenário desse E. Tribunal, no bojo da ADIN nº 118.470.0/0, por meio da qual o Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo (SECOVI), pleiteou a obtenção de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 7º, inciso IV, letra “d” e 18 do Decreto Municipal nº 45.324/04.

Ao analisar a questão, esse Tribunal julgou válidos os dispositivos atacados. Trata-se da mesma discussão travada neste processo.

Portanto, está suficientemente demonstrada verossimilhança da alegação.

O perigo de dano, ou, melhor dizendo, o *periculum in mora*, apresenta-se diante da irreversibilidade da providência. Com o trânsito em julgado da decisão, os autos foram remetidos à vara de origem para prosseguimento e o Condomínio já deu início à execução, pretendendo, mediante o pagamento da outorga onerosa, a regularização da edificação. (doc. nº 07)

Sendo assim, requer-se a concessão da antecipação dos efeitos da tutela nesta ação rescisória, para a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda até o final julgamento do feito.

10 - DOS PEDIDOS

Diante do exposto, requer a **antecipação dos efeitos da tutela**, nos termos do artigo 273 do CPC, para a **suspensão do cumprimento do acórdão rescindendo**, proferido em sede da Apelação nº 671.846.5/8. Requer ainda o recebimento e o regular processamento do presente, e, no mérito, com fulcro na fundamentação jurídica acima utilizada, com arrimo no permissivo legal existente no art. 485, V, do CPC, a rescisão do acórdão guerreado, em razão de a decisão haver sido proferida contra literal disposição de lei.

Requer-se, ainda:

1. A citação do Réu, nas pessoas de seu representante legal ou de quem possua poderes para tanto, para, querendo, responder aos termos da presente, no prazo legal, sob pena de revelia, acompanhando-a até a final decisão;

2. A condenação do Réu ao pagamento de custas, honorários advocatícios, despesas processuais e demais cominações legais.

Protesta-se pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas.

A autora requer, por fim, sejam conferidos ao Sr. Oficial de Justiça os benefícios a que alude o artigo 172 do Código de Processo Civil para o cumprimento das diligências.

Dá-se à causa, para fins de alçada, o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Nestes termos.

Pede procedimento.

São Paulo, 14 de setembro de 2011.

GLAUCIA SAVIN
Procuradora Municipal JUD. 11
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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

**INDICIADA: SILVANA PETRICCIONE DA CONCEIÇÃO, RF 695.751.0-vínculos 1 e 2
ASSUNTO: INQUÉRITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. Apropriação de recursos públicos destinados à Associação de Pais e Mestres da EMEI Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Emissão de cheques, sem provisão de fundos, da referida associação para pagamento de despesas particulares. Apropriação de recursos arrecadados junto aos alunos da unidade escolar para pagamento de excursão a parque infantil. Emissão de cheques da EMEI, com assinaturas contrafeitas, objetivando a devolução à APM de valores indevidamente apropriados. Indução dos membros do Conselho de Escola e da APM a erro. Procedimento irregular de natureza grave e lesão ao patrimônio público caracterizados. Proposta de aplicação da pena de demissão a bem do serviço público.**

PROCED 111

Senhores comissários

Em cumprimento ao despacho de fl. 1000, instaurou-se **INQUÉRITO ADMINISTRATIVO ESPECIAL** (fls. 1203/1207), contra a servidora pública municipal **SILVANA PETRICCIONE DA CONCEIÇÃO, RF 695.751.0-vínculos 1 e 2**, 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:

I – Em dezembro de 2006, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, de posse do cheque n. 000050 do Banco Bradesco da conta corrente da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de R\$ 800,00 (oitocentos reais), apropriou-se do referido recurso público ao realizar o desconto do título (fls.747/748);

II - Em abril de 2007, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, de posse do cheque n. 000059 do Banco Bradesco da conta corrente da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de R\$ 1.450,00 (um mil e quatrocentos e cinquenta reais), apropriou-se do referido recurso público ao realizar o depósito do título em sua conta bancária (fls.745/746);

III – Em agosto de 2007, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, emitiu (no sentido de fazer circular) o cheque de n. 8500101 do Banco do Brasil da conta corrente da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de R\$ 110,00 (cento e dez reais), para pagamento da Auto Escola Cruzado, relativo ao serviço de remarcação do exame prático de habilitação do seu filho, Bruno Petriccione Sousa, sendo o referido título devolvido (fls.811/812 e 891/894);

IV - Em setembro de 2008, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, emitiu (no sentido de fazer circular) o cheque de n. 810605 do Banco Banespa da conta corrente inativa da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), aproveitando-se da posse do documento, para pagamento de consulta médica particular, de que foi beneficiária, prestada pelo Dr. Roberto Cláudio Prota, sendo o referido título devolvido (fls. 827, 895 e 898/899);

V – Em julho de 2008, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE



**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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

HOLANDA FERREIRA, emitiu (no sentido de fazer circular) o cheque de n. 810604 do Banco Banespa da conta corrente inativa da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de R\$ 9.699,67 (nove mil e seiscentos e noventa e nove reais e sessenta e sete centavos), aproveitando-se da posse do documento, para pagamento do débito do seu filho, Bruno Petriccione Sousa, junto à Universidade de Santo Amaro – OSEC, sendo o referido título devolvido (fls. 826 e 928);

VI – No final de 2007, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, a indiciada apropriou-se dos valores arrecadados dos alunos para realização de excursão ao Parque da Xuxa, entregando, para pagamento da empresa, três cheques do Banco do Brasil, cada um no montante de R\$ 2.106,00 (dois mil e cento e seis reais), os quais foram devolvidos por insuficiência de fundos (fls. 804 e 817/819);

VII – Em abril de 2008, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, responsável pelo adiantamento bancário, a indiciada emitiu (no sentido de fazer circular) o cheque de n. 810607 do Banco Banespa da conta corrente inativa da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de R\$ 675,10 (seiscentos e setenta e cinco reais e dez centavos), aproveitando-se da posse do documento, para pagamento de Jorge Alberto Jesus Damaceno – Porão das Tintas, sendo o referido título devolvido, apropriando-se do cheque da escola de n. 000010 do Banco Itaú e da quantia nele expressa de R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais); no entanto, declarou, em prestação de contas, que o cheque da escola de n. 000010 foi emitido no valor de R\$ 675,10 (seiscentos e setenta e cinco reais e dez centavos) para custeio daquela despesa (fls. 807, 828, 941/943, 1160 e 1186);

VIII – Em março de 2008, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, responsável pelo adiantamento bancário, a indiciada usou cheques contrafeitos de titularidade da referida unidade escolar, em nome de Débora C. R. Teixeira, para depositá-los na conta da APM no Banco Bradesco, objetivando a devolução de valores; os cheques mencionados de R\$ 1.055,26 (um mil e cinqüenta e cinco reais e vinte e seis centavos) e de R\$ 3.166,77 (três mil e cento e sessenta e seis reais e setenta e sete centavos) foram devolvidos pelo Banco Itaú, em razão da divergência entre as assinaturas (fls. 10/11, 15, 32/33 e 35/45);

IX – De maio de 2006 a 2008, a indiciada, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, assumindo funções pertinentes à diretoria e ao conselho fiscal da APM, realizou pagamentos, em nome daquela associação, com cheques sem provisão de fundos, a que deu causa, em razão de desvios de valores e má administração de recursos, em sua maioria, públicos (PTRF);

X – De maio de 2006 a 2008, a indiciada, nas reuniões dos colegiados da APM e do Conselho de Escola da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, omitia e falseava informações aos membros dos colegiados, induzindo-os a erro, já que as prestações de contas não eram fidedignas e não havia apresentação de balacentes e livro-caixa.

Procedimento de apuração preliminar encontra-se às fls. 01/984, destacando-se: relatório de ocorrência (fls. 02/03); boletim de ocorrência (fls. 08/09); cópias dos cheques da unidade escolar em que as assinaturas são contrafeitas (fls. 10/11); cópias dos extratos de conta da APM no Banco do Brasil (fls. 50/75); cópia da microfilmagem dos cheques da APM (fls. 78/86); Ata de assembléia para eleição da diretoria da APM em 2006



**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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

(fls. 185/186); depoimentos: Talita Anália Neiva – presidente da APM em 2007 (fls. 380/382); Eliene de Souza Silva (fls. 394/396); Márcia Cristina Montesanti (fls. 397/399); Helena Shigemi Magara (fls. 400/402); Rosa Lúcia Zupo Ferreira Couto (fls. 405/408); Jocélia da Silva Souza (fls. 444/446); Rosana Pessini (fls. 459/460); Eduardo Tadeu de Jesus (fls. 461/462); Cláudia Aparecida de Toledo (fls. 463/466); Débora de Castro Rodrigues Pereira (fls. 469/474); Alexandre da Silva Cordeiro (fls. 487/488); Darli Rosa da Silva (fls. 489/490); recibos da excursão ao Parque da Xuxa (fls. 508/511); depoimento: Leonardo Bispo dos Santos (fls. 524/525); declarações da indiciada (fls. 563/566, 568/572, 574/576); extratos da conta da APM no Bradesco (fls. 664/679); cópias de microfilmagens de cheques da APM descontados pela indiciada (fls. 745/748); memorando 53/2009 (fls. 803/809); cópias das microfilmagens de cheques emitidos sem provisão de fundos (fls. 811/829); termos de trabalho e declarações de credores (fls. 887/910 e 921/930); boletim de ocorrência pela emissão de cheques sem provisão de fundos para quitação de despesas particulares (fls. 915/916); relatório (fls. 944/971).

Encartaram-se aos autos cópias dos inquéritos policiais n. 491/2009 (fls. 1028/1073 e 1108/1144) e n. 505/2009 (fls. 1076/1106 e 1188/1201).

Juntaram-se cópias de peças extraídas do processo administrativo n. 2008-0.068.073-8 (fls. 1147/1160).

Cópia da microfilmagem do cheque 000010, solicitada a DRE – Capela do Socorro, foi entranhada à fl. 1186.

Após formalização do indiciamento, nos termos retro transcritos, promoveu-se a citação (fl. 1211).

A indiciada foi interrogada, sendo nomeado defensor dativo para representá-la no presente processo administrativo disciplinar (fls. 1218/1224).

As testemunhas da comissão depuseram: Rosa Lúcia Zupo Ferreira Couto (fls. 1225/1228); Débora de Castro Rodrigues Teixeira (fls. 1231/1234); Helena Shigemi Magara (fls. 1235/1237); Madalena dos Santos Pereira (fls. 1238/1240); Talita Amália Neiva Oliveira (fls. 1241/1242); Rosana Pessini (fls. 1246/1248).

Na fase do tríduo probatório, a defesa requereu a produção de prova testemunhal e documental (fls. 1251/1263).

Prestou depoimento a seguinte testemunha de defesa: Alexandre da Silva Cordeiro (fls. 1266/1267).

Cumpriu-se a Ordem Interna n. 01/2005, de Proced – Gab (fls. 426/438).

O prazo para conclusão deste inquérito administrativo especial foi prorrogado por Sua Excelência o Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos.

A defesa apresentou razões finais, acompanhadas de documentos, sustentando, em preliminar, a impossibilidade de instauração de processo disciplinar antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e, no mérito, a inocência do indiciada (fls. 1315/1333).

É a síntese do necessário.



**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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

QUESTÃO PROCESSUAL

A defesa afirmou, em razões finais, que não é possível a imputação de conduta criminosa à indiciada, previamente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Acontece que a tese defendida pela defesa é totalmente inaplicável ao presente processo, já que o suporte fático do ilícito administrativo de que a indiciada é acusada não coincide com o cometimento de infração penal.

De forma mais clara: não se imputa, neste inquérito administrativo especial, a prática do ilícito administrativo penal (artigo 189, inciso II, da Lei n. 8.989/79).

A infração descrita, no termo de indiciamento, exsurge da falta de cumprimento dos deveres do servidor público e das proibições de comportamento descritos no Estatuto.

Ainda que assim não fosse, o ilícito administrativo e o ilícito penal têm índoles diversas. Em virtude da tipicidade e de outros princípios próprios, a infração penal detém requisitos mais rígidos para sua configuração.

Nas palavras de José Cretella Júnior: *Com efeito, nota-se extraordinária diferença entre o ilícito administrativo e o ilícito penal: este último tem contornos precisos, disciplinados por um texto legislativo a que se dá interpretação restritiva. Faltando uma só das conotações legais, o ilícito penal não se caracteriza. Em matéria disciplinar, esta precisão não existe deliberadamente: deseja-se larga margem de discricionariedade ao administrador para que possa atingir, pela repressão disciplinar, toda a infração aos deveres e obrigações do funcionário, sejam quais forem, mesmos as faltas cometidas fora do serviço quando repercutem sobre a honra e considerações do agente e são suscetíveis, pela ressonância, de refletir-se nos prestígio da função pública. A infração disciplinar é atípica, ao contrário da infração penal que é típica* (Prática do Processo Administrativo, RT, 4ª edição, p. 110/111).

Da diversidade metodológica, não ontológica, entre os ilícitos administrativo e penal, resulta o princípio da independência entre as instâncias, cujo desrespeito implica em manifesta ofensa ao princípio da separação de poderes, insculpido no artigo 2º, da Constituição da República.

Outrossim, na hipótese de infrações perpetradas no exercício da função pública, o princípio da autonomia entre as instâncias administrativa e judicial acentua-se, detendo a Municipalidade total competência e independência para apurar e valorar o fato, no âmbito administrativo-disciplinar, nos limites estabelecidos pelo Estatuto Funcional, prescindindo, de forma absoluta, da manifestação do Poder Judiciário sobre eventual crime correlato.

Aliás, o entendimento aqui exposto está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: POLICIAL: DEMISSÃO. ILÍCITO ADMINISTRATIVO e ILÍCITO PENAL. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA: AUTONOMIA. I. - Servidor policial demitido por se valer do cargo para



**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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

obter proveito pessoal: recebimento de propina. Improbidade administrativa. O ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: MS 21.294- DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; MS 21.293-DF, Relator Ministro Octavio Gallotti; MMSS 21.545-SP, 21.113-SP e 21.321-DF, Relator Ministro Moreira Alves; MMSS 21.294-DF e 22.477-AL, Relator Ministro Carlos Velloso. III. - Procedimento administrativo regular. Inocorrência de cerceamento de defesa. IV. - Impossibilidade de dilação probatória no mandado de segurança, que pressupõe fatos incontroversos, prova pré- constituída. V. - Mandado de Segurança indeferido (MS 23401 / DF - DISTRITO FEDERAL, MANDADO DE SEGURANÇA, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 18/03/2002, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 12-04-2002, PP-00055).

Logo, superada a discussão acerca da regularidade da instauração do presente inquérito administrativo especial, passo a tratar do mérito.

MÉRITO

No mérito, impõe-se o exame individualizado de cada imputação.

“I – Em dezembro de 2006, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, de posse do cheque n. 000050 do Banco Bradesco da conta corrente da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de R\$ 800,00 (oitocentos reais), apropriou-se do referido recurso público ao realizar o desconto do título (fls. 747/748).”

A indiciada, em seu interrogatório, sustentou:

Que, no período em que esteve lotada na citada EMEI, em nenhum momento ocupou cargo na Associação de Pais e Mestres – APM; (...) que em nenhum momento administrou as contas bancárias da APM, Bradesco (PTRF) e Banco do Brasil (contribuições); que os pagamentos, com utilização das verbas da APM, eram realizados pelas professoras Débora, até 2007, Helena (Presidente da APM) e Madalena (tesoureira da APM); que a contratação de fornecimento de bens e de prestadores de serviço eram feitos pela indiciada, diretora da escola, pois já havia uma lista de fornecedores e prestadores de serviço, sendo a praxe na unidade escolar (fl. 1219).

No entanto, as alegações expendidas em autodefesa e em razões finais não correspondem à realidade.

Conforme se depreende dos autos, a indiciada foi eleita vice-presidente da APM, em 28/03/2006, assumindo a presidência da referida associação, em 21/12/2007 (fls. 156 e 164).

Ademais, além de contratar os fornecedores, assumiu o ônus da realização dos pagamentos custeados com recursos da APM.

Nesse sentido, Helena Shigemi Magara informou:

Que foi presidente da Associação de Pais e Mestres – APM da referida unidade escolar de



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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a) _____

abril de 2006 a abril de 2007; que era a indiciada quem realizava a escrituração contábil da APM; que era também a indiciada quem contratava os prestadores de serviços e os fornecedores de bens com verbas da APM; que os talões de cheque da APM permaneciam em poder da indiciada; (...) que a indiciada assumia a presidência das assembleias da APM e prestava contas apenas verbalmente, sem apresentar notas ou outros documentos; que tudo era feito na base da confiança; que a indiciada levava cheques em branco da APM para a depoente assinar em sala de aula (fl. 1236).

Do mesmo modo, cita-se o depoimento de Talita Amália Neiva Oliveira:

Que foi presidente da Associação de Pais e Mestres - APM da referida unidade escolar, de abril a dezembro de 2007, ocasião em que renunciou ao cargo; que era a indiciada quem tinha a posse dos talões de cheque da APM; que era também a indiciada quem contratava prestadores de serviço e fornecedores de bens contando com verbas da APM (fl. 1242).

As palavras de Madalena dos Santos Pereira confirmam as declarações acima transcritas:

Que integrou a Associação de Pais e Mestres – APM da referida unidade escolar por dois exercícios; que, salvo engano, foi eleita para o cargo de tesoureira; que participou da composição nos anos de 2006 a 2007 e de 2007 a 2008; (...) que, nos exercícios de 2006/2007 e 2007/2008, era a indiciada quem fazia as reuniões da APM; que nem sempre a depoente podia estar presente, porque tinha de ministrar as aulas na EMEI; que era a indiciada quem realizava as compras e a contratação de prestadores de serviço com a verba da APM; que não tinha acesso aos talões de cheque da APM, os quais ficavam com a indiciada, trancados na sala da diretoria (fl. 1239).

Portanto, indubitavelmente, quem administrava de fato as verbas da APM, as quais se constituem também de recursos públicos (PTRF), era a indiciada, a qual deve responder por desvios ou malversação.

Especificamente em relação à irregularidade descrita no item 1 do indiciamento, manifestou-se a indiciada:

Que não se recorda para que fim foi utilizado o dinheiro obtido pelo desconto do cheque de nº 50 do Banco Bradesco; que acredita que o valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais) foi utilizado para custeio da reforma da parte elétrica da unidade escolar; que esclarece que usou recursos próprios para comprar o quadro de disjuntores, já que não era possível adquirir o citado bem com a verba PTRF; que, salvo engano, em razão de uma apuração preliminar anterior, a indiciada espontaneamente efetuou a devolução dos R\$ 800,00 (oitocentos reais); (fls. 1219/1220).

Com efeito, não foi apontada pela DRE – Capela do Socorro pendências relativas à quantia supracitada (fl. 324), inexistindo prova nos autos de que tenha ocorrido sua apropriação indevida pela indiciada, deixando de empregá-la em benefício da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA.

Desse modo, nesse ponto, não subsiste a acusação.

II - Em abril de 2007, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, de posse do cheque n. 000059 do Banco Bradesco da conta corrente da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de



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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

R\$ 1.450,00 (um mil e quatrocentos e cinquenta reais), apropriou-se do referido recurso público ao realizar o depósito do título em sua conta bancária (fls. 745/746).

A indiciada, em interrogatório, disse não se recordar do cheque em questão, tampouco do destino que foi dado ao título (fl. 1220).

Compulsando os autos, verifica-se que não foi apresentada nota fiscal para comprovar a despesa e que o título foi depositado na conta da indiciada (fls. 324 e 745/746).

No entanto, não restou demonstrado que a indiciada se apropriou do referida quantia, já que consta dos autos que houve o cancelamento da despesa e a devolução do valor à conta corrente da APM (fl. 667).

Logo, a irregularidade ora examinada merece ser excluída.

III – Em agosto de 2007, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, emitiu (no sentido de fazer circular) o cheque de n. 8500101 do Banco do Brasil da conta corrente da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de R\$ 110,00 (cento e dez reais), para pagamento da Auto Escola Cruzado, relativo ao serviço de remarcação do exame prático de habilitação do seu filho, Bruno Petriccione Sousa, sendo o referido título devolvido (fls. 811/812 e 891/894);

Em autodefesa, a indiciada alegou:

Que a APM tinha débitos com ela, em razão de ter usado recursos próprios para pagamento de despesas a serem custeadas pela APM a partir das contribuições; que foi a professora Débora quem entregou o cheque da APM ao seu filho Bruno; que não concordava com essa prática da Professora Débora, tanto que houve desentendimento entre elas, já que o pagamento da dívida não deveria ter sido realizado dessa forma; que afirma que o cheque devolvido do Banco do Brasil foi resgatado, mas não soube por quem; que a autoescola acabou sendo paga, mas não sabe por quem (fl. 1220).

A versão apresentada, além de inverossímil, encontra-se em contradição com o conjunto probatório.

Ao contrário do afirmado, quem está em débito com a APM da EMEI é a indiciada. Diferentemente do alegado pela defesa, não se pode afirmar a utilização de recursos próprios para pagamento de despesas da escola, já que verbas da APM e da EMEI foram por ela desviadas, e, por conseguinte, o uso de contas bancárias particulares para quitação e reembolso são irrelevantes, artifícios esses utilizados, muitas vezes, para que fosse ocultada a precariedade das finanças das referidas instituições.

O cheque não se encontra assinado pela professora Débora, mas sim pela professora Madalena dos Santos Pereira, à época, Tesoureira da APM, de modo a suprimir a justificativa apresentada (fls. 811/812)

O cheque da APM foi usado para realização do pagamento de serviço de remarcação de exame prático de habilitação de Bruno Petriccione Souza, filho da indiciada.

Referido título foi devolvido por ausência de provisão de fundos e resgatado pela própria APM, diante do protesto que sofrera (fl. 891).

Convém salientar que a Auto Escola Cruzado esclareceu 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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

manteve contato com a indiciada, para cobrança do serviço, após devolução do cheque, a qual, com descaso, afirmou para que o título fosse protestado (fl. 891).

Isto posto, impõe-se asseverar a procedência do item 3 do termo de indiciamento, incorrendo a indiciada nos artigos 188, inciso III, e 189, inciso V, por violação aos artigos 178, XII, e 179, caput e inciso III, todos da Lei n. 8.989/79.

Convém esclarecer que a lesão ao erário restou configurada, já que o cheque foi resgatado pela APM da unidade escolar, a qual tem por principal fonte de custeio a verba pública PTRF.

IV - Em setembro de 2008, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, emitiu (no sentido de fazer circular) o cheque de n. 810605 do Banco Banespa da conta corrente inativa da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), aproveitando-se da posse do documento, para pagamento de consulta médica particular, de que foi beneficiária, prestada pelo Dr. Roberto Cláudio Prota, sendo o referido título devolvido (fls. 827, 895 e 898/899);

Sobre o fato, declarou a indiciada:

Que é paciente da Clínica Cemed; que foi atendida uma única vez pelo Dr. Francisco Junger; que o seu médico é o Dr. André; que foi o Dr. André que indicou Dr. Francisco; que o Dr. André costuma atender a diversos professores da região; que não lembra a data em que foi atendida pelo Dr. Francisco; que ressalta que não utilizou o cheque reproduzido à fl. 827 da conta inativa da APM para pagamento do Dr. Francisco; que o pagamento foi realizado em dinheiro; que quer salientar que em nenhum momento na Apuração Preliminar foi questionada sobre o documento – cheque – de fl. 827; que não sabe quem pode ter entregue o cheque em questão ao Dr. Francisco; que os pagamentos realizados a CEMED pela indiciada ocorriam na recepção da clínica (fls. 1220/1221).

A escusa apresentada de que, embora paciente da clínica, não entregou o título como pagamento de consulta não convence.

De modo diverso do afirmado em interrogatório e reiterado nas razões finais, a indiciada tinha a posse dos talões de cheque da APM, inclusive da conta inativa, consoante relatos das testemunhas (fls. 1227, 1232, 1236, 1239 e 1247).

Note-se que, no verso do cheque apresentado à clínica médica, são informados o RG e os números de telefone da indiciada (fl. 827). Diferentemente do exposto à fl. 1221, o número de telefone residencial lhe pertence, já que no Distrito Policial forneceu o mesmo número.

Ademais, representante da clínica, confirmou o recebimento do cheque para pagamento de consulta particular da indiciada, em 23/09/2008 (fl. 848).

O fato de ter sido arquivado o inquérito policial n. 491/2009 (fls. 1124/1139), por não ter sido apurado quem preencheu o cheque, não interfere no presente inquérito administrativo especial, como pretende a defesa em razões finais (fl. 1326), pois é imputado à indiciada o ato de fazer circular o documento contrafeito, para pagamento de despesa particular, não de tê-lo falsificado .

Houve incursão em procedimento irregular de natureza grave,



**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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

previsto no artigo 188, inciso III, por infração aos artigos 178, inciso XII, e 179, caput e inciso III, todos da Lei n. 8.989/79.

V – Em julho de 2008, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, emitiu (no sentido de fazer circular) o cheque de n. 810604 do Banco Banespa da conta corrente inativa da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de R\$ 9.699,67 (nove mil e seiscentos e noventa e nove reais e sessenta e sete centavos), aproveitando-se da posse do documento, para pagamento do débito do seu filho, Bruno Petriccione Sousa, junto à Universidade de Santo Amaro – OSEC, sendo o referido título devolvido (fls. 826 e 928);

Sobre a imputação a indiciada alegou:

Que não reconhece a assinatura constante do título como sua; que se trata de imitação de sua rubrica; que não entregou o cheque à Universidade de Santo Amaro; que também não foi seu filho que realizou a entrega, visto que na época da emissão do cheque estava na Bélgica; que foi realizado exame grafotécnico, cujo resultado foi negativo para a indiciada; que dos números de telefone constantes no verso do cheque são apenas seus o celular e o indicado como comercial, o qual na verdade é da casa de seus pais; que o telefone indicado como residencial não confere; que o RG indicado no verso do cheque é seu (fl. 1221).

Entretanto, a negativa não convence.

A indiciada tinha a posse dos talões de cheque, inclusive o da conta inativa utilizado, como exposto anteriormente.

Como se não bastasse, à fl. 928, consta dos autos declaração da UNISA no sentido de que o filho da indiciada era aluno da citada universidade e que o cheque reproduzido à fl. 826 foi utilizado para pagamento da dívida de R\$ 9.699,67 (nove mil e seiscentos e noventa e nove reais e sessenta e sete centavos).

Na tentativa desesperada de se eximir da grave irregularidade, a indiciada alega que a assinatura e o telefone residencial indicado no verso do cheque não são seus.

Independentemente de quem preencheu o cheque indevidamente, ou seja, de quem seja o autor da falsificação, não há dúvida de que o título foi posto em circulação pela indiciada.

Apesar de ter negado ser seu o telefone residencial 5927-7253 consignado no verso da cártula, este mesmo número foi fornecido por ela quando esteve no Distrito Policial para prestar esclarecimentos (fl. 1053).

O arquivamento do inquérito policial n. 491/2009 (fls. 1124/1139), por não ter sido apurado quem preencheu o cheque, não interfere no presente inquérito administrativo especial, pois é imputado à indiciada o ato de fazer circular o documento contrafeito, para pagamento de despesa particular.

Houve incursão em procedimento irregular de natureza grave, previsto no artigo 188, inciso III, por infração aos artigos 178, inciso XII, e 179, caput e inciso III, todos da Lei n. 8.989/79.

VI – No final de 2007, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, a indiciada apropriou-se dos valores



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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

arrecadados dos alunos para realização de excursão ao Parque da Xuxa, entregando, para pagamento da empresa, três cheques do Banco do Brasil, cada um no montante de R\$ 2.106,00 (dois mil e cento e seis reais), os quais foram devolvidos por insuficiência de fundos (fls. 804 e 817/819).

Em seu interrogatório, a indiciada asseverou:

Que esclarece que foi deliberado pela APM no início do ano de 2007 a realização de excursão ao Parque da Xuxa; que a indiciada foi contrária à excursão; que a excursão foi custeada por meio das contribuições dos próprios alunos, os quais pagavam aos professores; que recebeu apenas R\$ 300,00 (trezentos reais), os quais foram entregues a Professora Carmem, que, posteriormente, exibiu comprovante de depósito na conta da APM; que esclarece que não acompanhou a arrecadação de valores, visto que lecionava em outra escola no período das 11h às 15h; que não foi a responsável pela entrega dos cheques à empresa Lars Empreendimentos Ltda; que quem organizou a excursão foram as professoras Débora e Cláudia, mais esta última (fls. 1221/1222).

Contudo, a testemunha Débora informou:

Que tem ciência apenas de que foram a indiciada e a Coordenadora Cláudia que ficaram responsáveis pela organização da excursão ao Parque da Xuxa, inclusive pela arrecadação (fl. 1233).

Além disso, a indiciada tinha a posse dos cheques utilizados para o pagamento.

Embora não tenha comparecido para prestar depoimento perante a Comissão Processante Permanente, a testemunha Cláudia, na fase de apuração preliminar, informou que os valores recebidos das crianças foram entregues à indiciada, a qual, no dia do passeio, entregou 03 (três) folhas de cheque da APM para pagamento do Parque da Xuxa (fl. 464).

Portanto, a indiciada se apropriou do dinheiro arrecadado dos alunos da EMEI, destinado especificamente à realização da excursão, entregando para pagamento do parque cheques sem provisão de fundos.

A indiciada incorreu em procedimento irregular de natureza grave, previsto no artigo 188, inciso III, por infração aos artigos 178, inciso XII, e 179, caput e inciso III, todos da Lei n. 8.989/79.

VII – Em abril de 2008, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, responsável pelo adiantamento bancário, a indiciada emitiu (no sentido de fazer circular) o cheque de n. 810607 do Banco Banespa da conta corrente inativa da Associação de Pais e Mestres da citada escola, no montante de R\$ 675,10 (seiscentos e setenta e cinco reais e dez centavos), aproveitando-se da posse do documento, para pagamento de Jorge Alberto Jesus Damaceno – Porão das Tintas, sendo o referido título devolvido, apropriando-se do cheque da escola de n. 000010 do Banco Itaú e da quantia nele expressa de R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais); no entanto, declarou, em prestação de contas, que o cheque da escola de n. 000010 foi emitido no valor de R\$ 675,10 (seiscentos e setenta e cinco reais e dez centavos) para custeio daquela despesa (fls. 807, 828, 941/943, 1160 e 1186).

A respeito da irregularidade, a indiciada não soube explicar o 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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

aconteceu, apesar de ter reconhecido a assinatura no título de fl. 1186, tentando justificar apenas que o cheque foi descontado para o pagamento de despesas da escola; ademais, insistiu que desconhece o número de telefone fixo informado na cártula (fl. 1222).

Diferentemente do afirmado em interrogatório, a prova documental demonstra que o valor de R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais) não foi utilizado para custear despesa da escola.

A indiciada se apropriou do montante supracitado, valendo-se de ardis para ocultar a irregularidade.

Com efeito, a EMEI adquiriu produtos de pintura da empresa Porão das Tintas, em 19/03/2008, sendo emitido pela indiciada cheque da conta inativa da APM para pagamento, no valor de R\$ 675,10 (seiscentos e setenta e cinco reais e dez centavos) – fl. 828.

Como se tratava de cheque de conta inativa, obviamente o cheque foi devolvido pela instituição financeira (fl. 828).

Nada obstante, a indiciada, nos autos do processo de adiantamento bancário da EMEI, declarou que, para quitação da despesa, foi usado o cheque 000010, emitido no valor da despesa, da conta da unidade escolar no Banco Itaú, com juntada de extrato contrafeito para comprovação da veracidade da informação (fls. 20 e 23).

Solicitada a microfilmagem do cheque 000010 do Banco Itaú, constatou-se que o título foi emitido no valor de R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais), e não no de R\$ 675,10 (seiscentos e setenta e cinco reais e dez centavos), e descontado pela indiciada (fl. 1186).

Apesar de ter reconhecido a assinatura como sua, mais uma vez, a indiciada alega desconhecer o número de telefone fixo indicado no título, mesmo sendo o mesmo fornecido por ocasião de seu depoimento na Delegacia de Polícia (fls. 1053 e 1186).

Assim sendo, a indiciada apropriou-se, mediante fraude, da verba do adiantamento bancário da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, devendo ser revista a aprovação de contas constante do processo administrativo 2008-0.068.073-8.

A indiciada incorreu nos artigos 188, inciso III, e 189, inciso V, por violação aos artigos 178, XII, e 179, caput e inciso III, todos da Lei n. 8.989/79.

VIII – Em março de 2008, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, responsável pelo adiantamento bancário, a indiciada usou cheques contrafeitos de titularidade da referida unidade escolar, em nome de Débora C. R. Teixeira, para depositá-los na conta da APM no Banco Bradesco, objetivando a devolução de valores; os cheques mencionados de R\$ 1.055,26 (um mil e cinquenta e cinco reais e vinte e seis centavos) e de R\$ 3.166,77 (três mil e cento e sessenta e seis reais e setenta e sete centavos) foram devolvidos pelo Banco Itaú, em razão da divergência entre as assinaturas (fls. 10/11, 15, 32/33 e 35/45);

Em interrogatório, a indiciada afirmou:

Que apenas fez a transferência de R\$ 1.266,31 (um mil e duzentos e sessenta e seis reais e trinta e um centavos) por meio de DOC; que não emitiu os cheques reproduzidos a fl. 10, 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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

aparece como signatária a Professora Débora; que não emitiu cheques para devolução de valores à APM; que apenas fez DOCs ou transferências; que todos na escola sabiam do acordo feito entre a indiciada e a Diretoria para a devolução de valores da APM (fl. 1222).

A versão da indiciada encontra-se em conflito com os demais elementos de prova.

Diante da irregularidade no emprego da verba PTRF, destinada à APM da unidade escolar, a indiciada comprometeu-se a devolver os valores correspondentes.

Conforme se depreende do extrato da conta da APM no Banco Bradesco, a indiciada fez um DOC, no montante de R\$ 1.266,31 (um mil e duzentos e sessenta e seis reais e trinta e um centavos), e depositou dois cheques, nos valores de R\$ 1.055,26 (um mil e cinquenta e cinco reais e vinte e seis centavos) e de R\$ 3.165,77 (três mil e cento e sessenta e cinco reais e setenta e sete centavos). Os depósitos foram identificados (fl. 32).

Os cheques depositados foram devolvidos. Diante disso, Rosa Lúcia Zupo Ferreira Couto, Assistente de Diretor da EMEI, à época, solicitou os microfimes dos títulos, verificando que estes eram da conta do adiantamento bancário da unidade escolar, em nome da professora Débora, que foi Assistente de Diretor até dezembro de 2007 (fls. 48/49 e 1225/1228).

Contatada a professora Débora, não houve reconhecimento das assinaturas insertas nas cédulas, levando-a a registrar boletim de ocorrência (fls. 08/09), que resultou na instauração de inquérito policial ainda não concluído.

Ouvida sobre o fato, Débora de Castro Rodrigues Teixeira esclareceu:

Que a depoente entregou, ao sair da unidade em dezembro de 2007, o talão de cheque do Banco Itaú cuja titular era a PMSP, sendo citado o seu nome, já que era responsável pelo adiantamento bancário; que, exibidas as cópias dos cheques do Banco Itaú constantes de fl. 10, não reconhece a grafia e a assinatura com sendo suas; que a letra que aparece nos referidos cheques é a da indiciada; que apenas a assinatura não corresponde à grafia da indiciada (fl. 1232).

Independentemente da autoria da falsificação, ficou evidenciado que a indiciada depositou cheques contrafeitos da unidade escolar para quitação de dívida dela junto à APM da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA.

Logo, a indiciada tentou pagar débito próprio com recursos públicos, tentando devolver com dinheiro público o montante da mesma natureza gasto por ela indevidamente, na administração de fato da verba PTRF, incorrendo nos artigos 188, inciso III, e 189, inciso V, por violação aos artigos 178, XII, e 179, caput e inciso III, todos da Lei n. 8.989/79.

IX – De maio de 2006 a 2008, a indiciada, na condição de diretora da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, assumindo funções pertinentes à diretoria e ao conselho fiscal da APM, realizou pagamentos, em nome daquela associação, com cheques sem provisão de fundos, a que deu causa, em razão de desvios de valores e má administração de recursos, em sua maioria, públicos (PTRF);

Sobre a presente infração, a indiciada limitou-se a dizer:



**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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

Que reitera que não integrou a Diretoria ou Conselho Fiscal da APM e não realizou pagamentos em nome dessa Associação (fl. 1222).

No entanto, a negativa é improcedente.

A indiciada foi eleita vice-presidente da APM, em 28/03/2006, assumindo a presidência da referida associação, em 21/12/2007 (fls. 156 e 164).

Além disso, mesmo nos períodos em que não ocupou cargo na associação, valendo-se do cargo de Diretor de Escola, contratou fornecedores, assumiu o ônus da realização dos pagamentos custeados com recursos da APM. Nesse sentido, os depoimentos de Helena Shigemi Magara (fl. 1236); Talita Amália Neiva Oliveira (fl. 1242); Madalena dos Santos Pereira (fl. 1239).

Portanto, indubitavelmente, quem administrava de fato as verbas da APM, constituídas em sua maioria por recursos públicos (PTRF), era a indiciada, a qual deve responder por desvios ou malversação.

A relação dos cheques da APM sem provisão de fundos encontra-se à fl. 77 e as cópias das microfilmagens às fls. 80/86.

A indiciada incorreu em procedimento irregular de natureza grave, previsto no artigo 188, inciso III, por infração aos artigos 178, incisos III, VIII, XI, e 179, caput, todos da Lei n. 8.989/79.

X – De maio de 2006 a 2008, a indiciada, nas reuniões dos colegiados da APM e do Conselho de Escola da EMEI AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, omitia e falseava informações aos membros dos colegiados, induzindo-os a erro, já que as prestações de contas não eram fidedignas e não havia apresentação de balancetes e livro-caixa.

A indiciada defendeu-se, em interrogatório, alegando:

Que não conduzia as reuniões da APM; que a APM estava com as contas paradas pois não havia sido registrada; que em relação ao Conselho de Escola em nenhum momento falseou informações; que ressalta que o Conselho de Escola definia as prioridades, inexistindo a apresentação de balancetes e livro caixa (fl. 1223).

Em sentido contrário, Helena Shigemi Magara declarou:

Que a indiciada assumia a presidência das assembleias da APM e prestava contas apenas verbalmente, sem apresentar notas ou outros documentos; que tudo era feito na base da confiança; (...) que, percebendo os problemas da APM, compareceu espontaneamente na DRE, onde soube que não tinha ocorrido prestação de contas; que, no entanto, ao conversar com a indiciada, esta lhe dizia que “a DRE estava fazendo confusão e que tudo estava em ordem” (fl. 1236).

Em uníssono, Madalena dos Santos Pereira revelou:

Que nem sempre a indiciada apresentava as notas fiscais e outros documentos relativos a contratações durante a assembleia; que a indiciada chegou a ser questionada, inclusive pela depoente, sobre as notícias de irregularidades nas prestações de contas e emissões de cheques; que a indiciada, então, inclusive em assembleia, dizia que não era nada e que tudo estava correto (fl. 1239).

Talita Amália Neiva Oliveira confirmou:



**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 2008-0.254.635-4 em 10 / 10 / 2011 (a)_____

Que havia assembleias da APM, as quais eram convocadas e presididas pela indiciada (fl. 1242).

Corroborada a irregularidade, a indiciada incorreu nos artigos 188, inciso III, por violação aos artigos 178, XII, e 179, caput, todos da Lei n. 8.989/79.

DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em cumprimento ao disposto no Decreto Municipal n. 52.227/2011, conclui-se que a indiciada praticou ato de improbidade administrativa, pelas infrações descritas nos itens III, VI, VII e VIII do termo de indiciamento, incorrendo nos artigos 9º, caput e inciso XI e XII, 10, caput, e 11, caput e inciso I, da Lei n. 8.429/92.

DAS PROPOSTAS

Ante todo o exposto, sugiro:

I - a aplicação da pena de **DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO** à indiciada **SILVANA PETRICCIONE DA CONCEIÇÃO, RF 695.751.0-vínculos 1 e 2**, com fulcro no artigo 93, inciso III, *a*, do Decreto n. 43.233/2003, por ter incorrido nos artigos 188, inciso III - por violação das normas proibitivas extraídas dos artigos 178, incisos III, VIII, XI e XII, e 179, caput e inciso III - e 189, inciso V, todos da Lei n. 8.989/79;

II - a revisão do despacho exarado no processo administrativo 2008-0.068.073-8, com rejeição das contas prestadas pela indiciada, em razão da falta disciplinar constante do item VII do termo de indiciamento;

III - o ajuizamento de **AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** em face da indiciada, com fundamento nos artigos 27, inciso I, e 28, ambos do Decreto Municipal n. 52.227/2011.

Por fim, esclareço que não estão presentes os requisitos necessários ao abrandamento da penalidade, já que a infração perpetrada é gravíssima.

É o que penso.

É como voto.

São Paulo, 10 de outubro de 2011.

DANIEL GASPAR DE CARVALHO
Procurador Presidente - PROCED 111
RF 753.840.5.00 - OAB/SP 224.498