

Capa

Foto de Militão de Azevedo

Arquivo Histórico do Município de São Paulo

Catálogo na Fonte

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE  
SÃO PAULO. São Paulo : CEJUR - Centro de Estudos  
Jurídicos, 1995. Semestral.

CDD 340.05

CDU 34(05)

# REVISTA JURÍDICA



**PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**  
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS  
Procuradoria Geral do Município

**PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**  
Paulo Maluf

**SECRETÁRIO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS**  
Francis Selwyn Davis

**PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO**  
Mônica Herman Salem Caggiano



**COMISSÃO EDITORIAL**  
Fábio Ulhoa Coelho, June Alberici de Mello, Lucia de Toledo Piza Peluso,  
Maria Cecília Lima Castro, Mônica Herman Salem Caggiano e Rita Giancesini

**CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS**  
Avenida Brigadeiro Luiz Antonio, 42  
01317-000, São Paulo-SP, Brasil  
fone (011) 239.4525

# INTRODUÇÃO

Ao assumir o honroso cargo de Procuradora Geral do Município entendi como impositiva a idéia de introduzir um instrumento de consagração da instituição e do trabalho produzido por seus integrantes, tarefa que acabou por se consubstanciar no lançamento desta Revista.

Em verdade, a implantação da Revista da Procuradoria Geral do Município vem espelhar um momento de consolidação da entidade, evidenciando-a como organismo jurídico de inequívoca seriedade e relevância, voltado sempre à defesa dos interesses maiores da comunidade.

E mais, viabiliza a divulgação de posicionamentos jurídicos, a veiculação de pareceres e peças elaboradas pelos procuradores.

Mais, ainda, abre espaço propício ao estabelecimento de intercâmbio, sempre proveitoso, com outras unidades da federação.

A idealização da Revista da Procuradoria Geral do Município, pela notoriedade do instrumento, traduz-se, de outra parte, num dever de todos nós procuradores e uma justa homenagem àqueles que contribuíram para a criação da P.G.M., em especial ao Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos, à época, Prof. Dr. CLÁUDIO LEMBO, que permitiu e incentivou a sua instalação.

A revista da P.G.M. referencia mais um tributo à Administração PAULO MALUF, no sentido de identificar a predisposição da Procuradoria de sempre atuar de forma arrojada e marcante, acompanhando um estilo de governo timbrado pelo trabalho sério e responsável.

**MÔNICA HERMAN SALEM CAGGIANO**

Procuradora Geral do Município



## DOCTRINA

- 1. O Legislador em tempo de desregulamentação**  
Cláudio Salvador Lembo ..... 13
- 2. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da Justiça**  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho ..... 21
- 3. Retratação (Aspectos de Direito Civil)**  
Álvaro Villaça Azevedo ..... 43
- 4. Medida Cautelar Fiscal e Cautelares Contra o Poder Público**  
Vicente Greco Filho ..... 85
- 5. A Nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor: O Poder Público como Consumidor de Bens e Serviços**  
Fábio Ulhoa Coelho ..... 95

## PRÊMIOS

**“OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO” — 1993**

- Parecer sobre a LEI MUNICIPAL Nº 11.341 de 12.02.93, que dispõe sobre pedidos indenizatórios decorrentes de danos causados por enchentes. Análise da possibilidade de propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade**  
Jorge Fonseca Osório ..... 119



# SUMÁRIO

"TRABALHO RELEVANTE DO ANO" — 1993

***Contestação apresentada pela Municipalidade de São Paulo em Ação Demarcatória. Processo nº 1288/92.***

José Eduardo Martins Cardozo - Departamento Patrimonial ..... 147

***Contestação apresentada pela Municipalidade de São Paulo, em Ação Declaratória, visando o não recolhimento de Taxa de Conservação de Vias e Logradouros Públicos, instituída pela Lei nº 6.989/66. Processo nº 321/93.***

Neusa Iervolino de Aguiar - Departamento Fiscal ..... 161

***Informações prestadas pelo Prefeito de São Paulo. Pedido de ingresso na lide como assistente litisconsorcial passiva formulado pela Municipalidade de São Paulo, em Mandado de Injunção nº 19.543-0/1.***

Antonio Miguel Aith Neto - Departamento Judicial ..... 169

***Parecer sobre ocupação de área situada em extinto aldeamento indígena, por Sociedade de Economia Mista Federal - Loteamento anteriormente implantado no local - Defesa da propriedade Municipal sobre os logradouros e espaços livres do loteamento.***

Ligia Maria Torggler Silva - Departamento de Desapropriação .... 183

***Parecer em pedido de Reconsideração interposto por ex-servidor contra decisão que o dispensou do Serviço Público Municipal. Deferimento parcial do pedido.***

Neli Aparecida de Faria - Departamento de Procedimentos

Disciplinares ..... 191

## JURISPRUDÊNCIA

### SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

<b>Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 836-0/SP (90.0013859-0) .....</b>	<b>205</b>
<b>Recurso Especial nº 17.552 - São Paulo (92.0001706-1) .....</b>	<b>228</b>
<b>Recurso Especial Nº 2.977 - SP (90.0004160-0) .....</b>	<b>235</b>
<b>Recurso Especial nº 42.439-9 - SP (94.0000633-0) .....</b>	<b>239</b>

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

<b>Apelação Cível nº 219.649-2/0 .....</b>	<b>247</b>
<b>Apelação Cível nº 220.798-2/2 .....</b>	<b>252</b>
<b>Apelação Cível nº 205.229-1/3 .....</b>	<b>258</b>
<b>Apelação Cível nº 221.266-2/2 .....</b>	<b>263</b>
<b>Apelação Cível nº 228.243-2/9 .....</b>	<b>271</b>
<b>Apelação Cível nº 135.067-1 .....</b>	<b>276</b>
<b>Mandado de Segurança nº 129.646-3/0 .....</b>	<b>281</b>

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

**Apelação Cível nº 89.03.08540-0 - SP** ..... 285



# **O Legislador em Tempo de Desregulamentação**

Cláudio Salvador Lembo

---

*Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie e Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Vice-Reitor da Universidade Mackenzie. Assessor Especial da Vice-Presidência da República e advogado. Ocupou, na Prefeitura de São Paulo, os seguintes cargos: Secretário dos Negócios Jurídicos, Secretário dos Negócios Extraordinários e Secretário do Planejamento, na atual administração Paulo Maluf.*

## **Introdução**

Os juristas, operadores do Direito, se mostram vanguardeiros nos momentos de aceleradas transformações sociais.

Sempre foi assim.

Imbuídos de visão salvática, os juristas se colocam à frente dos movimentos políticos e se transformam em agentes integradores de idéias esparsas, por vezes entrópicas, mas sempre capazes de permitir avanços.

Cada época tem a figura do jurista de conformidade com as situações que oferece.

Sem retroceder a passado distante, toma-se os primórdios da grande revolução burguesa e se constata que, neste período, os juristas buscaram imprimir a **certeza do Direito**, nesta catedral gótica tardia, que é o Código Civil francês, o conhecido Código Napoleônico, matriz de documentos análogos espalhados por toda a parte.

A burguesia vitoriosa afastava os costumes locais, quebra-cabeça intrincado que não concedia facilidade aos tratos obrigacionais e conduzia a incerteza aos relacionamentos intersubjetivos.

Antes do Código Civil, tudo era incerteza e esta, gerando a instabilidade, opõe-se ao ideário burguês de segurança nas relações entre pessoas e preservação de espaços individuais de competência.

### ***Interregno***

Entre as duas guerras mundiais, os códigos monumentais, onde todas as situações eram previstas em abstrato, foram ruindo com o passar do tempo e pela ação de vigorosos acontecimentos.

A partir de documento de Weimar e da Lei Fundamental mexicana, as Constituições passam a ingressar em cenários estranhos ao ideário que conduziu a elaboração dos códigos civis.

Afasta-se a plena liberdade contratual no campo das relações do trabalho. Busca-se, agora, a concessão de espaços para os novos direitos sociais.

As pessoas deixam de encontrar nos códigos civis a almejada **certeza do Direito**.

Esta se encontra nos textos constitucionais.

Há expressivo deslocamento do **locus** concernente à **certeza** quanto aos dispositivos legais. Abandona-se o cenário das normas ordinárias e sobe-se para o vértice da estrutura, na visão kelseniana.

A imutabilidade visada pelos legisladores do novecentos começa a erodir. O direito de propriedade, a liberdade contratual, a sucessão **causa mortis** foram concebidos como institutos perenes, que leis superiores não podiam modificar.

Já não é mais assim, porém.

Uma nova época se inicia para o Direito e seus operadores, os juristas.

### ***Nova época***

Os grandes documentos legislativos começam a ruir.

As codificações, onde tudo era previsto, passam a perder espaços para a chamada legislação especial.

Cada atividade, entre as infindáveis existentes nas complexas sociedades contemporâneas, passam a ser regidas por legislação específicas, por vezes, elaborada com a linguagem técnica que os temas exigem.

A legislação ordinária não se ocupa mais do todo.

Este é regulado, por vezes, escassamente e, em determinados cenários, abundantemente, como ocorre na realidade brasileira, pelos documentos constitucionais.

Esta nova maneira de ordenar altera as técnicas legislativas.

O legislador já não se encontra em uma torre de marfim, observando ou regradando a sociedade. É esta que oferece o campo de atuação da norma e exige linguagem própria à área de sua incidência.

A família conhece o Estatuto do Divórcio. A entidade familiar amplia o conceito de parentesco, conforme determinação constitucional de 1988. A propriedade é atingida pela legislação ambiental e por sua finalidade social. O Direito das Obrigações é repartido em subsistemas, de conformidade com os atores que irão operá-los.

É um novo mundo.

### ***Linguagem legislativa***

Este novo mundo do Direito afasta o pedantismo próprio da terminologia escolástica, sem ferir o conteúdo dos múltiplos institutos jurídicos.

O jurista conserva os seus conhecimentos científicos, mas se aproxima da linguagem cotidiana para se fazer entender.



O mundo hermético do Direito, como se este pertencesse a uma refinada casta de privilegiados acostumada a uma linguagem esotérica, não é mais concebível em uma sociedade sem estamentos rígidos, mas, sim, flexível e permeável.

Busca-se facilitar a compreensão da linguagem empregada pelos operadores do Direito mediante o uso das expressões mais acessíveis e termos intelegíveis por todos.

O Judiciário francês inova.

A Comissão de Modernização da Linguagem Judiciária, na França, recomenda aos magistrados e auxiliares da Justiça para que evitem expressões latinas ou estrangeiras, os arcaísmos e as locuções caducas, as expressões discursivas, inúteis ou vazias, pouco inteligíveis ou ambíguas.

Enfim, o jurista deve aceitar a linguagem profana, afastando-se do hermetismo sem ferir o rigor semântico e científico inerente a sua atividade.

### ***A nova legislação***

A legislação dos tempos novos, concebida entre guerras e consolidada neste último decênio, com a globalização da economia, exige nova postura de todos os atores sociais, quer públicos ou privados.

Apesar da diminuição da presença do Estado nas novas sociedades, os agentes públicos permanecem como fonte importante e insubstituível de regulamentação, particularmente em razão da universalidade de suas regras.

Em que pese os avanços das convenções intersubjetivas, que, mais cedo ou mais tarde, na hipótese de gerarem conflitos, terão, como terceiros desinteressados a resolvê-los, juízos arbitrais, em substituição ao pesado mecanismo judicante oficial, o legislador continua com presença dominante no cenário regulamentador e, conseqüentemente, social.

Daí a importância de se refletir sobre sua atuação na contemporaneidade.

## ***O novo legislador***

O novo legislador deverá compreender que sua atividade não mais será mega.

Deverá atuar em micro-sistemas.

As leis, cada dia mais, regulamentarão espaços específicos do cenário social.

Um mero debruçar sobre a legislação municipal dos últimos decênios permitirá que se constate que a utopia dos grandes códigos esvaiu-se no dia-a-dia da realidade.

As Ordenações do Reino, onde tudo era previsto no campo de atuação dos agentes locais, é incompatível com o vir-a-ser constante das grandes, médias ou pequenas comunidades municipais.

Tudo passa a ser específico.

O legislador precisa obrigatoriamente se reportar a empresários, professores universitários, sindicatos, núcleos confessionais e ao que mais fôr conveniente para elaborar a norma aplicável a determinado campo objetivado.

Este novo legislador precisa entender que, tal como sugerido aos juizes franceses, a lei ordenará um universo profano, onde a linguagem é a cotidiana.

Registra-se que, quanto mais compreensível for o texto, mais possibilidade de ser acatado conterà.

## ***Sugestões ao novo legislador***

De acordo com a tradição legislativa corrente, as leis tomaram-se incompreensíveis para o comum das pessoas.

Avoenga, é esquecida nas estantes das bibliotecas sem conhecer as conquistas da informática.

Leis extravagantes colocam armadilhas por toda a parte.

Leia-se um documento legislativo e, comumente, se constata que ele se encontra superado por dispositivo inserido em outra norma legal, relativa a assunto

estranho e lançado, nesta última, por circunstância, malícia ou por lassitude.

Esta situação tem merecido atenção da administração municipal paulistana.

Ainda há pouco, o Executivo buscou sistematizar a legislação urbana, por meio de trabalhos elaborados por técnicos da Secretaria do Planejamento, onde se indicam todas as alterações sofridas pela legislação urbanística com exatidão.

O exemplo deve proliferar.

A constituição de equipes qualificadas para afastar da legislação municipal todo o **entulho legal** existente se faz oportuna.

Algumas novas regras de comportamento, quando da iniciativa de se colocar em curso o processo legislativo, seria de conveniente estipulação.

Os projetos de lei, advindos do Executivo, do Legislativo ou da iniciativa popular, deviam submeter-se a crivo de Comissão, junto a Câmara Municipal, que procuraria examinar a linguagem utilizada e, particularmente, se o texto apresentado oferece clareza quanto a eventuais derrogações, revogações ou alterações a textos pré-existentis.

No campo das normas regulamentadoras de competência do Executivo, seria oportuno que a autoridade superior do município se auto impusesse a exigência de ementas claras e precisas, sintetizando o teor do conteúdo da norma e seu campo de abrangência.

Tanto não basta. É preciso ir além.

A revogação expressa de decretos ainda vigentes, mas sem eficácia ou com esta reduzida, por alterações factuais do campo da respectiva incidência, seria homenagem oportuna a cidadania.

A consolidação de matéria legislativa a fim, contida em inumeráveis decretos, se constituiria em ato de respeito ao cidadão comum.

Mudar práticas e costumes é tarefa difícil.

A Procuradoria Geral do Município da Secretaria de Negócios Jurídicos da Prefeitura de São Paulo conta com juristas capazes de superar mais este obstáculo.



Ao alterar formas superadas, os procuradores demonstrarão ser contemporâneos de seu tempo e, portanto, capazes de transformações.

A decodificação, ou desregulamentação, própria da época presente, precisa, no âmbito municipal, começar por São Paulo.

O vanguardeiro espírito paulistano mostrará, ainda uma vez, que é de sua índole oferecer o novo para ocupar o lugar do ultrapassado.

## **O Poder Judiciário na Constituição de 1988**

### **Judicialização da política e politização da justiça**

**Manoel Gonçalves Ferreira Filho**

*Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela  
Universidade de Paris. Professor Visitante da Universidade de  
Aix-en-Provence, (França). Conselheiro da Associação  
Internacional de Direito Constitucional.*

#### **I. Introdução**

1. Seguramente em nenhum momento anterior da história brasileira esteve o Poder Judiciário focado pelas luzes da ribalta como nestes últimos anos, e particularmente nos dois derradeiros — 1993 - 1994.

Isto não ocorreu por motivos circunstanciais, pela mera coincidência de questões políticas que, em razão de seus aspectos constitucionais, chegaram tumultuosamente aos tribunais, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal. Reflete, na verdade, um fenômeno que é mundial, agravado entre nós pela Carta de 1988 — **a judicialização da política** que tende a trazer a politização da justiça.

Que pelo mundo afora se registra essa judicialização da política, comprova

recente número da *International Political Science Review* intitulado exatamente "The Judicialization of Politics"<sup>(1)</sup>. Que por ele é, no Brasil, largamente responsável a Constituição de 1988, constitui a tese de estudo, o qual antevê a politização da justiça, como consequência próxima dessa judicialização, caso se mantenha o quadro atual.

## **II. O Poder Judiciário na doutrina constitucional brasileira: a visão clássica**

2. Como em todos os Estados de derivação liberal, estrutura-se o poder político no Brasil de acordo com a **separação dos poderes**. Isto é tão verdade da Carta de 1824 — embora acrescentada esta aos Poderes da fórmula de Montesquieu um quarto, o Poder Moderador, seguindo o aporte de Constant — como da em vigor que, inclusive, a inclui entre os pontos intocáveis — as ditas "cláusulas pétreas" — em caso de emenda à Constituição (art. 60, § 4º, III).

Entretanto, essa doutrina não é unívoca. Ou, pelo menos, ela não é em toda parte interpretada da mesma forma. Certamente, por exemplo, o que decorre do cap. VI do livro XI do *Espírito das Leis*, não coincide com o que estabelece a Lei Magna vigente — basta lembrar desta as medidas provisórias (art. 62) — nem com a versão por assim dizer clássica que há um século se ensina no Brasil. Nem qualquer destas se confunde com o entendimento dos franceses<sup>(2)</sup>.

3. A visão clássica da separação dos poderes é uma versão jurisdicista da lição de Montesquieu.

Esquemáticamente, ela erige três Poderes em torno da noção de lei. Um faz a lei, outro a executa, o terceiro também a aplica, porém, contenciosamente: Legislativo, Executivo e Judiciário. Esta concepção teve e tem o seu mérito. Dá à representação popular o comando último — a lei, expressão da vontade geral — é que rege o Estado; sujeita o Executivo ao cumprimento estrito do que a lei determina — este só pode fazer o que a lei permite; impõe ao Judiciário vivenciar a lei, decidindo os litígios, punindo criminosos, mas sempre num processo dialético — o contencioso.

Tudo isto, no conjunto, faz o Estado de Direito.

4. Neste contexto — concentre-se a atenção no Judiciário — este "é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares", conforme a lição com que Pedro Lessa abre o primeiro parágrafo de seu *Do Poder Judiciário*<sup>(3)</sup>.

Siga-se este Mestre, pois, ninguém expôs entre nós mais claramente a



doutrina clássica. “A três — continua — se reduzem os principais caracteres distintivos do Poder Judiciário: 1º as suas funções são as de um árbitro; para que possa desempenhá-las, importa que surja um pleito, uma contenda; 2º só se pronuncia acerca de casos particulares, e não em abstrato sobre normas, ou preceitos jurídicos, e ainda menos sobre princípios; 3º não tem iniciativa, agindo — quando provocado, o que é mais uma consequência da necessidade de uma contestação para poder funcionar.”

E ajunta: “Diferencia-se, pois, o Poder Judiciário dos outros dois poderes constitucionais pela natureza da função, por ele exercida, **ratione muneris**, e não pela natureza da matéria, **ratione materiae**. Não há assuntos que por sua natureza sejam de ordem legislativa, ou de ordem administrativa, ou judiciária. Uma só matéria pode ser legislativa, executiva e judicial. Trata-se de regulá-la por uma lei? É legislativa. Faz-se necessário executar a lei, ou proceder em geral de acordo com a lei? É a matéria executiva, ou administrativa. Deu origem a contendas, ou contestações, concernentes à aplicação da lei? É judicial.”

5. Os três Poderes são — enfatize-se — harmônicos e independentes. Por isso, um não invade o campo do outro. Nem são delegáveis de um para outro as tarefas a cada um cometidas pela Constituição — **delegata potestas delegari non potest**<sup>(9)</sup>.

O Judiciário, todavia, diz o direito (pois este é o sentido de **jurisdíctio**, jurisdição, de **jus** (direito) e **dicere** (dizer) de onde vem o termo), em casos concretos. Assim, vez por outra tem de apreciar ato de outro Poder. Não o faz, contudo, para controlar, fiscalizar este outro Poder, mas apenas para assegurar o império da lei.

De seu controle não escapam os atos de outro Poder quando ferem direitos individuais. É o princípio da inafastabilidade do controle judicial que já reconhecia a doutrina clássica e que foi inscrita, **a contrario sensu**, ainda na Carta de 1934: “é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (art. 68); mas que a partir de 1946 é enunciado diretamente: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, § 4º).

Assim mesmo, esse entendimento é ousado. A doutrina francesa não aceita que mesmo para defender direitos individuais se quebre a independência recíproca dos Poderes. É isto que justifica o contencioso administrativo, filiado ao Executivo, para a apreciação dos atos deste que contradigam o direito em prejuízo dos governados<sup>(9)</sup>.

6. De modo algum, entretanto, o Judiciário pode interferir no **mérito** do ato de outro Poder. Não lhe cabe, jamais, examinar do ângulo da conveniência ou da oportunidade os atos, comissivos ou omissivos, do Legislativo ou do Executivo. É o que exprime a famosa doutrina do “ato político” ou “ato de governo” a limitar a apreciação pelo Judiciário dos atos de outros Poderes.

As expressões “ato político”, e, pior, “ato de governo”, são más. Elas, inclusive, levam os superficiais a suporem que bastaria ter um ato motivação ou conotação política, para que estivesse fora do alcance do Judiciário. Nada disso.

Veja-se a lição de Rui Barbosa: “Se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente de faculdades que se supõem suas, cabe ao Congresso julgar, é a questão **política**. Se cabem, ou não cabem, ao governo as atribuições de que se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão **jurídica**.” E sumaria: “O Congresso julga da **utilidade**. O Supremo Tribunal, da **legalidade**. O critério do Congresso é a **necessidade** governativa. O do Supremo Tribunal é o **direito escrito**”<sup>(6)</sup>.

No mesmo sentido é o ensinamento de Pedro Lessa que, inclusive, sintetiza, salientando um importante traço: “Poder **meramente político** é um **poder discricionário**”<sup>(7)</sup>.

7. Indubitavelmente, o ponto mais delicado da doutrina clássica diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis. Neste caso, o ato por excelência do Legislativo — para o qual contribui, ordinariamente, o Executivo pela sanção — é recusado pelo Judiciário. A discordância entre os Poderes, pelo menos entre Legislativo e Judiciário, aparece, aí, evidente. E, como a lei inconstitucional é posta de lado, quem prevalece é o Judiciário.

Mas não se olvide a sutileza com que a questão é posta por essa doutrina que segue o posicionamento de Marshall, no famosíssimo caso **Marbury versus Madison**<sup>(8)</sup>.

Para ela, o Judiciário é o guardião da lei. Ora, lei é tanto a Constituição, como a lei ordinária, mas aquela é posta como a lei suprema. Assim sendo, o juiz, chamado a decidir um pleito, tem de determinar qual a lei aplicável, e não pode, havendo conflito entre a lei constitucional e a lei ordinária, senão aplicar a primeira.

Estritamente, portanto, ele não julga a lei ordinária, não a invalida, apenas não a aplica ao caso concreto e faz prevalecer a lei mais alta. Como não nulifica a lei ordinária, esta permanece vigente e eficaz, e apenas no caso decidido deixa de ser aplicada. A decisão de afastá-la tem efeito **inter partes**, não **erga omnes**.

A lógica disto bem apreendeu a Constituição de 1934 que deixou ao Senado Federal — nela órgão de “coordenação dos poderes” (art. 88) — suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Judiciário (art. 91, IV).

Foram juristas — já desapegados da separação dos poderes — e não tribunais, que levantaram a tese de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei era a revogação, com efeitos retroativos, da mesma<sup>(9)</sup>. Como foi o principal deles, Hans Kelsen, quem inspirou a instituição de um controle direto de inconstitucionalidade, por uma Corte especial, na Constituição Austríaca de 1920<sup>(10)</sup>.

### III. O interregno 1934-1988

8. A primeira República foi o período de ouro da doutrina clássica. O seu fim marca o início de um desenvolvimento que leva, cinquenta anos depois, a uma nova concepção do Judiciário — a que consagra a Constituição em vigor.

A Constituição de 1934 deu o primeiro passo. Inspirada na Constituição de Weimar<sup>(11)</sup>, influenciada pelas novas doutrinas impressas nas constituições da “nova Europa”<sup>(12)</sup>, tomou ela, por um lado, consciência do intervencionismo econômico e social, por outro, da relatividade da separação dos poderes. Mais diretamente, entretanto, contribuiu para o desdobramento apontado com a institucionalização do “mandado de segurança” e da “ação popular”, bem como com a previsão de um esboço de controle direto de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal. Afora a institucionalização da Justiça Eleitoral, criada embora anteriormente, no Código Eleitoral de 1932. E essas iniciativas todas permanecem até hoje, como faz fé a Carta vigente.

9. O mandado de segurança foi incluído entre os direitos e garantias individuais ( art.113, nº 33), para a defesa de direito, “certo e incontestável”, ameaçado de violação, ou já violado por **autoridade**.

No que tange à liberdade pessoal, não era novidade que o juiz se dirigisse diretamente a uma autoridade, mandando que seguisse uma determinada conduta. Claramente a Constituição de 1891 consagrara o **habeas corpus** (art. 72, § 22), em torno do qual, aliás, se travaram grandes batalhas jurídicas e políticas. Mas outros direitos não gozavam de uma proteção pronta e aguda como essa — apesar de a chamada doutrina brasileira do **habeas corpus** ter querido por meio dele garanti-los<sup>(13)</sup>.

O mandado de segurança permitiu não só que o juiz diretamente pusesse em causa ato de autoridade, para a defesa de outras liberdades além da de ir e vir,

como para a tutela de qualquer direito, mesmo não constitucional, nem fundamental. Para ensejá-lo, é suficiente que o direito seja "certo e incontestável", ou como melhor se diria de 1946 em diante: "líquido e certo" (art. 141, § 24).

Estava desde então aberto o caminho para que os atos de intervenção no domínio econômico fossem frontal e rapidamente contestados pelos titulares de direitos por eles afetados. Certamente, em 1934, ninguém avaliou a importância, e o volume, de tal medida por ocasião dos planos de salvação econômica da Nova República e da Novíssima República regida pela Carta de 1988. E quantas vezes já se tentou dificultar sua impetração.

10. No último parágrafo (o de nº 38) da Constituição de 1934, consagrou-se a **ação popular**<sup>(14)</sup>. Com esta, deu-se a todo cidadão a possibilidade de trazer para o âmbito do Judiciário a discussão da **lesividade** de ato de administrador público.

Ora, como é óbvio, os contornos da lesividade não se confundem com os da legalidade, vão além. Isto incontestavelmente abriu caminho para que o juiz descesse ao mérito da decisão governamental. Sim, porque não há limite claro entre o menos econômico e o lesivo.

Aqui ainda, a habilidade da doutrina clássica assegurou o enraizamento do instituto, na medida em que o texto, ao falar em anulação ou declaração de nulidade, ressaltava o aspecto técnico-jurídico da validade formal do ato<sup>(15)</sup>.

Ora, a ação popular tomar-se-ia mais tarde — especialmente no período militar (sob a Constituição de 1967 e a Emenda nº 1/69) — um eficiente instrumento político. De fato, por uma ampliação do entendimento do conceito de lesividade, os atos de governo passaram a sofrer um rigoroso controle pelo Judiciário, num momento em que o Legislativo estava "domesticado".

E com um **plus**. Enquanto a competência para julgar os mandados de segurança era estabelecida em função da autoridade coatora, o que significava serem os tribunais mais altos, e mais prudentes ou conservadores — que os decidiam, já que nosso direito constitucional sintoniza a competência dos juízos à hierarquia das autoridades — quanto a ações populares — meras ações — a competência ficava com os juizes de primeira instância, mais jovens e ousados.

A partir dos anos 70 — acrescente-se — a jurisprudência foi alargando o âmbito da ação popular.

Isto se deu por meio de uma larga interpretação do que fosse "patrimônio público"<sup>(16)</sup>. Neste se entendeu incluído não apenas o conjunto de bens de valor

monetário, mas também outros, como os bens artísticos, culturais, históricos, o meio ambiente, etc. Ademais, cabendo liminar suspensiva nessas ações, o Judiciário, e por intermédio de seus juizes mais jovens, passou a interferir nas opções governamentais, proibindo construções, demolições, enchimento de represas, etc.<sup>(17)</sup>.

11. É também devido à Constituição de 1934 o primeiro (tímido) esboço de um controle direto de constitucionalidade. Aparece ele no art. 12, § 2º.

Decorre desse dispositivo que a intervenção federal em Estado, em razão da inobservância dos chamados "princípios constitucionais da União", somente poderia ter lugar depois que o Procurador-Geral da República levasse à Corte Suprema o exame da constitucionalidade da lei que a houvesse decretado. Isto quer dizer que a intervenção não teria lugar se a Corte Suprema entendesse que o ato estadual não violava os princípios constitucionais da União.

12. A Constituição de 1946 tem a responsabilidade dos passos seguintes.

A sua redação primitiva, ainda em matéria de intervenção federal, reclamou, previamente à decretação desta com fundamento na inobservância dos princípios constitucionais da União, a declaração da inconstitucionalidade do ato estadual pelo Supremo Tribunal Federal, a requerimento do Procurador-Geral da República (art. 8º, parágrafo único)<sup>(18)</sup>.

Mais tarde, ainda vigendo ela, a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu a "representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República" (nova redação do art. 101, I, "k" da Constituição). Estava, pois, claramente aí consagrada uma ação direta de inconstitucionalidade.

A razão disto não foi de ordem teórica, mas pragmática. O controle incidental até então o único praticado tem o inconveniente de permitir pairar dúvida, por muito tempo, sobre a validade de lei ou ato normativo. De fato, reconhecida ela em primeira instância, passa ela pelos tribunais antes de chegar ao Supremo Tribunal Federal que tem a última palavra. Até isto muito tempo se passa. Ademais, decisões contraditórias sobre a questão ocorrem, alimentando dúvidas e, portanto, a insegurança jurídica.

E certamente para a adoção da fórmula não deixou de contribuir o momento — a revolução de 1964 já havia ocorrido — e a posição do Legislativo era muito fraca. Os textos posteriores (1967, 1969) não mudaram a linha.

Ademais, se se manteve a regra da suspensão da execução do ato

inconstitucional por parte do Senado, o Supremo Tribunal Federal tirou a conclusão lógica do poder que recebera com a ação direta e disso dispensou a inconstitucionalidade reconhecida por meio desta. A declaração de inconstitucionalidade em ação direta não vai ao Senado para tal suspensão — perde a eficácia só pela decisão. Este passo, entretanto, ficou atenuado por inexistir em nosso direito o **stare decisis** norte-americano.

Praticamente nada mudou daí em diante, até 1988.

13. A seu turno, a Justiça Eleitoral, constitucionalizada em 1934 (art. 82 e s.), assumiu o alistamento eleitoral, a preparação das eleições, sua realização e apuração, bem como todo o contencioso eleitoral. Com isto, a própria integração dos órgãos políticos passou às mãos de um ramo do Judiciário. Embora a maioria dessas tarefas não seja tipicamente de aplicação contenciosa da lei, a independência e a imparcialidade dos juízes trouxe mais lisura para os pleitos, e, assim, de modo geral não foi contestada.

Entretanto, já se tornou mais delicada a função dessa Justiça com a Constituição de 1946. Esta, com efeito, deu ao Tribunal Superior Eleitoral o registro dos partidos políticos, bem como a cassação destes, inclusive por aplicação do art. 141, § 13, que proibia os partidos antidemocráticos.

E isto se agravou com a Lei Magna de 1967, e a Emenda nº 1, de 1969, que não só mantiveram o controle sobre os partidos como admitiram inelegibilidades “punitivas”, como as destinadas a preservar o regime democrático, a proibição administrativa, a repressão aos abusos do poder econômico, etc. Para não se falar na previsão de decretação da perda de mandato do Deputado, federal ou estadual, do Senador, ou do Vereador, por infidelidade partidária, por meio de decisão judicial, que admitiu a citada Emenda nº 1/69 (art. 152).

14. Enfim, em 1985 criou-se, pela Lei nº 7.347, a ação civil pública, destinada a fazer valer a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, de legitimidade confiada ao Ministério Público.

Ora, frequentemente é o próprio Estado, por suas projeções, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, o acusado por esses danos. Assim, por meio da ação civil pública — pode-se dizê-lo — é a própria atuação do Estado que é contestada. E num terreno em que, segundo já se apontou a respeito da ação popular, não podem existir padrões legais definidos.

15. A ampliação do campo do Judiciário que acima se retraiu em linhas muito gerais, não deixou de suscitar reações hostis.

Vieram elas quase que exclusivamente do Executivo — que de 1964 a 1985 detinha um poder (quase) absoluto. De fato, medidas houve que vieram a restringir, por algum tempo, a inafastabilidade do controle judicial, condicionar rigorosa e restritivamente o mandado de segurança, ou a concessão de liminares neste, mas foram passageiras.

Igualmente, a Emenda nº 1/69 chegou a permitir a criação de contencioso administrativo (art. 111), o que reiterou a Emenda nº 7/77, mas isto não saiu do papel.

Mais importante, todavia, foi a instituição por esta última Emenda de um Conselho Nacional da Magistratura, órgão voltado para o controle da atuação dos magistrados. Na verdade, era este uma projeção do Supremo Tribunal Federal, ao qual pertenciam todos os seus sete membros.

#### ***IV. O Poder Judiciário na Constituição em vigor: aspectos gerais***

16. A reestruturação do Poder Judiciário não era prioridade de qualquer das correntes que predominavam na Constituinte de 87-88. Por isso, o tema não suscitou maiores controvérsias. Mas, apesar dessa apatia, uma reestruturação de monta houve, decorrente de uma combinação de propostas desconexas e de variada inspiração. Disto resultou, por surpreendente que seja, uma profunda, porém, inesperada transformação do Judiciário, como se demonstra neste estudo.

17. O lobby dos magistrados, por exemplo, embora mais preocupado, como sói acontecer, com as vantagens corporativas do que com o aprimoramento das instituições, tem o mérito de haver conseguido duas vitórias que, sem dúvida, merecem aplauso. Ambas, de fato, contribuem para a independência, portanto, para a imparcialidade da magistratura. Uma é a autonomia financeira, aí se salientando a participação direta no estabelecimento de seu orçamento (art.99). Outra, dar aos tribunais o provimento dos cargos de juiz (art. 96, I, "c"), livrando os magistrados de deverem favores aos membros do Executivo.

18. Entre as mudanças relevantes está a transformação do TFR no Superior Tribunal de Justiça. Esperava-se com isto aliviar a Supremo Tribunal Federal para que este se especializasse na guarda da Constituição. Para tanto, separaram-se do antigo recurso extraordinário as questões concernentes à interpretação do direito federal e a supremacia deste, das relativas estritamente à constitucionalidade, ficando aquelas objeto de recurso especial para o STJ, estas por meio do recurso extraordinário para o STF.



A inovação, todavia, contribuiu para retardar ainda mais o tradicionalmente lento curso da justiça. Na verdade, por força da Constituição vigente, há no Brasil quatro instâncias. Sim, porque após desenrolar-se a primeira perante o juiz singular, há a segunda perante um tribunal, a que se segue — nem que seja em termos de agravo de despacho denegatório de recurso especial — uma terceira, e também uma quarta — nem que seja em termos de agravo de despacho denegatório de recurso extraordinário.

19. Quanto à própria função de julgar trouxe a Constituição nova um outro enfoque, bem distinto do tradicional.

Obviamente, continua este Poder incumbido primacialmente de julgar. É ainda quem aplica contenciosamente a lei aos litígios entre particulares, é quem aplica de modo contencioso a lei para sancionar a conduta dos indivíduos.

Contudo, a Carta lhe deu, mesmo nessa função típica, um certo distanciamento em relação à lei que não admitia a doutrina clássica. Com efeito, o texto importou o **due process of law** substantivo do direito anglo-americano (art. 5º, LIV), afora o aspecto formal, de há muito presente em nosso sistema por meio dos princípios da ampla defesa, do contraditório, etc., mantido no art. 5º, LV da Constituição. Assim pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta, etc.<sup>(19)</sup> quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei.

E disto os juízes começam a tomar consciência<sup>(20)</sup>.

20. O exame mais aprofundado da Lei Magna, todavia, confirma, em outros pontos de relevô, que esta não entende o Judiciário como mero poder neutro, incumbido de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares. O conceito de Pedro Lessa está superado.

É o que se verá adiante.

#### **V. O controle de constitucionalidade**

21. Comece-se a análise pelo aspecto novo que nela toma o controle de constitucionalidade.

É certo que, por um lado, não inova. Mantém o controle incidental, difuso, qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade da lei e afastar a sua aplicação a um caso concreto (art. 97 **a contrario sensu**). É o que admitia a doutrina clássica.

22. Já se está longe desta, porém, quando se considera prever a Carta, em

concorrência com o referido sistema, o controle por ação direta — como preliminar de intervenção (art. 36, IV), o que é de pequena importância, ou com relação à lei ou ato normativo federal ou estadual, o que é de relevo (art. 102, I, “a”).

E esta última ação de inconstitucionalidade avulta, tornando-se quase o sistema normal de controle, quando se considera que, antes adstrita ao Procurador-Geral da República, hoje a sua titularidade se estende, além dele, também ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de todas as Assembléias Legislativas, a todos os Governadores de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional (cerca de vinte) e a todas as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional (art. 103). Não é de estranhar que perante o STF estejam em curso presentemente mais de um milhão de ações diretas de inconstitucionalidade.

23. Acrescente-se à ação direta de inconstitucionalidade (por violação de norma constitucional) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (no cumprimento de norma constitucional) (art. 103, §§ 1º e 2º).

A Constituição de 1988 inspirada na Portuguesa de 1976 adotou essa ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta se situa bem dentro do espírito da constituição-dirigente à moda de Canotilho. Com efeito, esta preordena num rumo definido — no original o estabelecimento do socialismo e depois do comunismo — a atuação dos sucessivos governos, por meio da possibilidade de impor a estes, por via judicial, a efetivação dos programas, e evidentemente de normas programáticas<sup>(21)</sup>.

Realmente, o art. 103, § 2º da Constituição dá ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar “a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”. A consequência lógica disto seria dar ao Tribunal o poder de regular a matéria a respeito da qual o Congresso Nacional se omitiu. Entretanto, embora houvesse na Constituinte quem o desejasse, o texto adotado não foi tão longe — apenas determinou que, reconhecida a omissão, será dada ciência ao Congresso Nacional.

De qualquer modo, esta “ciência” importa numa censura, ainda que com as famosas luvas de pelica, ao Congresso.

24. Aproxima-se desta ação o mandado de injunção (art. 5º, LXXI). Este, que não tem precedente estrangeiro, a não ser a própria inconstitucionalidade por omissão, visa a tornar possível o exercício de “direitos e liberdades constitucionais”, inviabilizado por falta de norma regulamentadora<sup>(22)</sup>. Sua decorrência lógica seria o suprimento da lacuna, isto é, a edição da norma (legal) regulamentadora.

Entretanto, como o texto é deficiente, pois edita a hipótese, sem lhe acrescentar a decorrência, o Supremo Tribunal relutou em assumir o papel de legislador e lhe deu como consequência a da ação de inconstitucionalidade por omissão: a comunicação da falta de regulamentação legal<sup>(23)</sup>. Mas decisões há que estabelecem prazo para essa regulamentação, decorrido o qual a falta se considera suprida e o interessado poderá usar do direito, como se regulada estivesse a regra constitucional<sup>(24)</sup>. Essas decisões, todavia, vieram em casos em que a norma constitucional é completa e seria auto-executável se o constituinte não lhe houvesse apostado (como no ADCT art. 8º, § 3º), um “na forma que dispuser a lei” prescindível. Não se vê como isso seria possível em face de uma norma incompleta, verdadeiramente não-auto-executável.

Aqui, de novo, a Constituição faz o Judiciário de censor do Legislativo e se não o traz à legiferação, o deixa no limiar disto.

25. Some-se a tudo isto a contribuição da Emenda Constitucional nº 3/93, a ação direta de constitucionalidade. Esta, como a expressão indica, visa a declarar constitucional lei ou ato normativo federal. Isto é à primeira vista surpreendente. De fato, em termos doutrinários, a constitucionalidade é presumida.

O contexto real é diferente, todavia. As providências econômico-financeiras que o Governo (= Executivo = Presidente da República) tem adotado desde a implantação da Nova República e a *fortiori* depois de vigente a Constituição atual — em geral por medidas provisórias que o Congresso reluta em converter em lei, por isso várias e várias vezes renovada — se não são, sempre, ostensivamente inconstitucionais, frequentemente costumam ser.

Ora, contra elas os indivíduos e os grupos sociais se defendem como podem, inclusive pela impetração de mandados de segurança ou requerimento de medidas cautelares. Estas ações são da alçada o mais das vezes dos juízes singulares, quando não de tribunais inferiores, os quais não hesitam, sob as luzes dos meios de comunicação de massa, em acolher-lhes o pedido, declarando a inconstitucionalidade. É certo que esta apenas será definitivamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, ao fim de um longo, e demorado, percurso. (Ademais, é comum que se formem dissídios interpretativos, pois ao lado dos que identificam inconstitucionalidade, outros magistrados a negam, com a decorrência inexorável — a insegurança jurídica).

Para evitar se forme o quadro acima, por proposta do Governo, instituiu-se a ação de **constitucionalidade**, que pode ser requerida pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º). Por meio desta, o Governo

(= Presidente da República) poderá antecipar-se a uma eventual ação de inconstitucionalidade e aos mandados de segurança e cautelares individualmente requeridas, obtendo um provimento favorável à constitucionalidade da lei ou do ato normativo e do próprio Supremo Tribunal Federal.

A instituição desta ação causou estranheza e polêmica<sup>(25)</sup>. Sua inconstitucionalidade foi até aventada. Mas em si mesma esta ação de constitucionalidade não é inconstitucional, embora certamente o seja admiti-la, como fez o STF, sem contraditório<sup>(26)</sup>. A dispensa deste fere a própria natureza das coisas, além do devido processo legal.

Sem contraditório, a ação de constitucionalidade não é uma verdadeira ação, passa a ser uma espécie anômala de sanção. A lei — de constitucionalidade duvidosa — sairia do STF sancionada como constitucional. Tal posição revoluciona o papel deste Tribunal como controlador de constitucionalidade, aproxima-o do Conselho Constitucional francês que examina a constitucionalidade da lei, antes de entrar esta em vigor (podendo sugerir alterações nelas que a tornem compatível com a Lei Magna).

Acrescente-se que, por força da Emenda nº 3/93, o § 2º do art. 102 dá às decisões definitivas de mérito em ações de constitucionalidade “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. Claro está que sem essa eficácia **erga omnes** e sem esse efeito vinculante, a ação não alcançaria o fim colimado. Entretanto, o texto inova, e de modo muito importante, no direito brasileiro, fortalecendo o STF.

26. Tire-se desta análise o primeiro registro de algo que se repetirá, o papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter político. No caso do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, que se generaliza, e a ação direta de constitucionalidade fazem dele um **legislador negativo**, enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção o impelem a tornar-se um **legislador ativo**.

Por isso, a Constituição **justicializa o fenômeno político**. Mas isto não se faz sem a **politização da justiça**.

## **VI. O controle da administração**

27. Na visão clássica já era admitido que o Judiciário revisse os atos administrativos que violassem direitos individuais. Antes do intervencionismo era a liberdade pessoal o objeto das principais ameaças e contra ela se brandia o **habeas corpus**. Depois, com a multiplicação dos atos de intervenção no domínio

econômico e social, previu-se o mandado de segurança para garantir os direitos líquidos e certos que não a liberdade de ir e vir. Mas sempre aparece o Judiciário, em face da administração pública, como o defensor por excelência dos interesses individuais.

Desde antes da promulgação da Constituição já se esboçava uma mudança no papel cometido ao Judiciário relativamente à administração pública. Isto, conforme se assinalou, se dava em razão do desenvolvimento da ação popular e, depois, de um instrumento mais recente, a ação civil pública.

A Carta de 1988, embora na aparência pouco traga a mais nesse campo além do que já fora estabelecido no interlúdio que foi a Nova República (1985-1988), consagra a nova postura. Nela, o Judiciário controla a administração pública não só em vista dos interesses individuais mas também em prol do interesse geral. Com isto, infui no sentido de uma justicialização da administração, que tem como reflexo — perdoe-se a insistência — a politização da justiça.

28. A Constituição consagra o alargamento de campo da ação popular. Nela, esta ação visa a proteger não apenas o patrimônio público mas igualmente a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII).

Isto significa que as decisões administrativas sobre todas essas questões estão sujeitas ao crivo do juiz — e do juiz de primeira instância, sempre mais jovem e ousado. Nestas decisões muito pequena é a orientação da lei. Quando existe, o mais das vezes o faz por meio de conceitos indeterminados: economicidade, moralidade, legitimidade, etc., que cada um pode ler como quer.

Decorre disto uma vasta margem de discricção para o juiz. Entre elas opta ele segundo a sua cosmovisão. Por isso, num mesmo caso, para um prima o desenvolvimento econômico, para outro a proteção ao meio ambiente, para um terceiro o interesse dos indígenas, e assim por diante.

Essa margem de discricção do juiz inexistia, e inexistiu, quando se trata de aplicar normas precisas nos seus conceitos e fatos objetivamente demonstráveis. Inegavelmente ela ocorre em questões para as quais não existe resposta "certa" e sim alternativas de política.

Ora, reconhecer ao juiz u'a margem de discricionarietà é romper com o papel que a doutrina clássica lhe atribui. É verdade que, para guardar as aparências, se faz de conta que nada mudou e o juiz não tem essa discricção. E consequência dessa atitude é o administrador ser ainda condenado a indenizar prejuízos que derivam somente do fato de que sua opção não foi a que o Judiciário

adotou depois, afora as custas...

29. Por sua vez, a ação civil pública, toda nova que era, não só foi consagrada como ampliada.

O Ministério Público passa a ter legitimidade para "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, III). Isto já lhe acrescenta a possibilidade de promover ação civil pública para a defesa do patrimônio público bem como para tutelar os interesses difusos e coletivos que a Lei nº 7.347/85 lhe recusara.

Veja-se bem quais são as decorrências desse singelo inciso, tendo-se presente que o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses sociais, se não tem sua defesa reservada ao Estado não podem ser separados do interesse geral que a este incumbe.

A primeira dessas conseqüências é que o Estado passa a manter um serviço público não apenas voltado para fiscalizar o respeito à lei mas para controlar a atuação da administração pública no campo das opções discricionárias.

Mais, dá um amplo poder de investigação a esse serviço.

Terceiro, admite-se que as decisões sobre as matérias referidas são suscetíveis de ser reapreciadas por via judicial, pelo método judiciário, embora o seu "mérito" seja a adequação a u'a meta, não ao paradigma de uma lei.

Por fim, o texto consagra a noção de interesses difusos. Ora, é ela suficientemente ampla e flexível para permitir a intervenção do Ministério Público em variadíssimos campos, como o do interesse do consumidor. A referência é proposital, pois, embora não diga respeito às relações Judiciário-Administração, revela, ou confirma, a tendência a uma judicialização de todos os setores da vida humana.

30. Quanto ao mandado de segurança, a Constituição não só manteve o modelo clássico (art. 5º, LXIX) bem como lhe acrescentou um novo: o do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX).

A redação deste inciso LXX não é clara, como é frequente na Constituição de 1988. Dela apenas resulta patente a legitimação: partido político que tenha representação no Congresso; organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano. Mas o seu objeto tanto pode ser interpretado como os interesses comuns a um

grupo ou coletividade, como os interesses difusos, de toda a coletividade.

Nesta última e mais larga interpretação, serve o mandado de segurança coletivo para reclamar do juiz medidas de proteção a interesses difusos, como ao meio ambiente sadio. Tais medidas são providências prudenciais, discricionárias, tendo como ponto de referência uma visão do bem geral — traços típicos e exclusivos das decisões que antigamente se chamavam "políticas".

31. Não se completaria o quadro se não fosse lembrado que a omissão, fundamento da ação de inconstitucionalidade por omissão, pode ser a de providências administrativas (art. 103, § 2º). Neste caso, verificada a omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, o Judiciário exigirá essa providência, dando ao órgão administrativo responsável o prazo de trinta dias para fazê-lo.

O texto é, sem dúvida, letra morta. Entretanto, é significativo que o Judiciário possa fazer determinações compulsórias, com prazo fixado, sobre providências administrativas referentes à execução de norma constitucional, ou seja, de interesse geral<sup>(27)</sup>.

32. Note-se, enfim, que, embora a Constituição seja silenciosa a esse respeito, os instrumentos acima apontados — ação popular, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, ação civil pública — admitem liminares que antecipam o resultado final.

Assim, o juiz pode, antes da instrução do feito, adotar decisão que torne irreversível o futuro, ou pelo menos comprometa a opção política de modo difícil de superar. É o que ocorre com as liminares que paralisam obras, ou as condicionam, que adiam medidas ou providências.

Ademais, como as questões que provocam essas decisões são "notícia", frequentemente são elas tomadas perante as câmaras da televisão (ou sob a pressão delas). Mas este é o problema da "videodemocracia"<sup>(28)</sup>.

### **VII. O controle das eleições**

33. A corrupção eleitoral é, sem dúvida, um dos males que a Constituição de 1988 pretende exorcizar. Entretanto, não ousando tocar na causa — o financiamento eleitoral, certamente por não ter solução aceitável — dispôs-se a combater-lhe as conseqüências.

Assim, previu no art. 14, § 11 uma ação de impugnação de mandato que, de acordo com o § 10 desse mesmo artigo, deve ser fundada em abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. Isto, na verdade, se soma às regras que, postas



na legislação eleitoral, visam a impedir a deturpação do processo de seleção política.

A intenção foi boa, melhor, foi ótima. Entretanto, isto levou a Justiça Eleitoral, portanto, o Judiciário, a envolver-se no que se poderia descrever como uma luta de mafiosos, à faca, num quarto escuro. De fato, em face de normas sobre financiamento eleitoral absolutamente irrealistas e hipócritas, todos os candidatos — em regra — as ignoram. Do que resulta o sentimento de injustiça que enfurece os políticos, e seus partidários, quando são colhidos pelo Judiciário, enquanto seus adversários, com mais sorte, escapam ilesos.

E valeria a pena examinar se é verdade que a Justiça Eleitoral é mais leniente com os candidatos politicamente corretos do que com outros. Quanto a outros órgãos que a auxiliam, isto já ficou claro.

Aqui também ocorre de mais em mais a justicialização da política, com seu conseqüente sempre presente, a politização da justiça.

### ***VIII. Justicialização da política e politização da justiça***

34. A análise da Constituição de 1988 exigiu o emprego do termo **controle** para designar a atividade que, em diversos campos, exerce o Judiciário. Há uma razão para isto.

Embora o termo controle tenha entre nós um sentido fraco, vindo do francês **contrôle**, com a significação de fiscalização, verificação — e certamente foi com este sentido que a doutrina clássica o aplicou a propósito das questões de constitucionalidade — tem ele também um sentido forte, vindo do inglês **control**, onde transparece a idéia de comando.

Ora, é este sentido forte que espelha o papel dado pela Carta vigente ao Judiciário nos planos examinados.

De fato, se não pode dizer que neles o Judiciário comande positivamente, inegável é reconhecer que ele aí desempenhe um poder negativo, uma espécie de veto absoluto. Fazendo um paralelo com a distinção de Montesquieu entre a **faculté de statuer** e a **faculté d'empêcher** no processo legislativo, o Judiciário tem, hoje, nitidamente, uma **faculdade de impedir**<sup>(29)</sup>.

Tal faculdade é intrinsecamente política. E, como se assinalou, ela cobre todo o campo do político, desde o processo eleitoral em que se seleccionam os representantes do povo — os governantes — até o exercício do Poder que se

expressa tanto nas leis como nos atos de administração.

35. A razão disto não é difícil de identificar.

Embora não haja — que se saiba — qualquer doutrina por detrás disto, o Judiciário goza de uma confiabilidade que os Poderes “políticos” Legislativo e Executivo perderam. Estes são olhados com desconfiança pela opinião pública, alimentada pelos meios de comunicação de massa.

A presunção de que os atos destes dois Poderes sejam legítimos e visem ao interesse geral, mantém-se no plano jurídico-formal. Do ângulo da opinião pública, não. São eles compostos de “políticos” e estes são objeto de escárnio, pois, todos duvidam trabalhem para o interesse geral.

Na verdade, o próprio legislador constituinte assumiu essa posição de descrença. A inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, as minudências de caráter infraconstitucional do texto — bem como os inúmeros prazos para a edição de leis, afora a preordenação do conteúdo destas, para vigorar até que venha a lei regulamentadora, que estabelece o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — demonstram suficientemente que o constituinte não acreditava no trabalho do legislador ordinário.

Este descrédito não colhe o juiz. No fundo, é este uma personalidade mais próxima dos bem pensantes que fazem a opinião pública. E mais aceitável para essa burguesia “esclarecida”. É formado a nível superior, selecionado por meio de concurso, adstrito à independência e à imparcialidade, por isso — entende essa faixa da sociedade — é melhor que a ele seja dada a decisão em matérias importantes — como as grandes decisões políticas — do que aos “políticos” — vistos como ignorantes, corruptos, interesseiros, demagógicos...

Ainda mais que o processo judicial assegura a manifestação de opiniões diversas (o contraditório), e leva a decisões que são reexaminadas em nível superior. Por isso, supõe-se que essas decisões sejam corretas e objetivamente tomadas.

36. Mas a justicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça. O aspecto bem visível disto está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela “opinião pública”, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa.

Estes “profetizam” os votos dos membros de uma Corte — o Supremo Tribunal Federal, por exemplo — analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário

que, em *off*, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os “donos” da comunicação<sup>(30)</sup>.

37. A politização da justiça é desejada por muitos no Brasil atual. São os que batalham para a adoção do “controle externo” do Judiciário. É claro que o pretexto é a necessidade de punir a incúria de magistrados, ou de reprimir seus eventuais abusos. Entretanto, a verdadeira finalidade é outra.

Trata-se de politizar a justiça no sentido de reclamar, e impor, aos juízes e tribunais um padrão politicamente correto de decisão. Evidentemente não é outra coisa que poderá resultar da ação de órgão político de controle, controlando — perdoe-se o pleonasma — no sentido forte, um órgão, em princípio, imparcial<sup>(31)</sup>.

E em favor disto invoca-se a democracia. Os juízes não são eleitos pelo povo, constituem uma aristocracia. Devem ser controlados pelos representantes desse povo.

Exatamente o contrário do que deseja a elite bem pensante que, talvez sem o perceber, é aristocrática...

Mas a verdade é que o juiz deve servir à justiça, sob pena de desaparecer o Estado de Direito.

#### **IX. Controle e separação dos poderes**

38. A transformação do Judiciário em um dos órgãos de controle que devem existir no Estado contemporâneo, foi há bom tempo antecipada por Karl Loewenstein. Este mostra que a tipologia das funções de que se serviu Montesquieu está superada na realidade hodierna. Não, todavia, a idéia de distribuir o seu exercício por órgãos separados. A seu ver é necessária uma nova “separação dos poderes” que leve em conta as três tarefas que lhe parecem fundamentais atualmente: a definição da política (**policy decision**), a execução da política (**policy execution**) e o controle da política (**policy control**)<sup>(32)</sup>.

39. Curiosamente, entretanto, o posicionamento do Judiciário na Constituição de 1988 muito se aproxima da versão da separação dos poderes presente no *Espírito das Leis*. Neste, ela tem caráter político e não jurídico. Traduz o ideal do governo misto, procurando equilibrar as relações de poder, por meio de uma divisão em que a atuação política, ou governamental, dependa de três Poderes que encarnam três forças sociais. O Legislativo pelo qual se exprime o povo (ou seus representantes), o Executivo (o rei), o Judiciário (a magistratura, elite profissional). De fato, no livro de Montesquieu, os três Poderes podem

reciprocamente paralisar-se, caso não se disponham a caminhar de concerto<sup>(33)</sup>.

Na Carta em vigor, o rei é o Presidente eleito diretamente pelo povo todo que exerce o Executivo; o Legislativo são os representantes dos grupos parciais; o Judiciário, uma elite instruída e não corrompida.

40. A análise que acima se fez tem por objetivo provocar a meditação sobre transformações importantes que se instalaram no direito constitucional brasileiro, sem que tivesse havido um estudo aprofundado de sua significação ou conseqüências. Trata-se, pois, de uma contribuição, polêmica, para a revisão da Constituição Brasileira que virá inexoravelmente.

#### Notas:

1. Vol. 15, nº 2, abril de 1994, publicada por Butterworth-Heinemann (Londres) para a *International Political Science Association*.
2. Apegam-se estes a tal ponto à independência dos Poderes que não aceitam sejam os atos do Executivo sujeitos ao crivo do Judiciário (v. infra nº 5).
3. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p.1.
4. O poder delegado não pode ser (re)delegado. Aponta Edward S. Corwin que essa máxima já está no Digesto (1.21.5), mas com redação diferente (*The President — office and powers*, New York Univ. Press, Nova Iorque, 4ª. ed., 1957, p. 122 e 395). Branch, Coke, Bracton e outros juristas ingleses a vulgarizaram, mas foi John Locke quem a aplicou ao processo legislativo (*Segundo Tratado do Governo Civil*, cap. XI).
5. O que não significa, na realidade, que os direitos dos franceses estejam mal protegidos. De fato, o Conselho de Estado, ao exercer o controle jurisdicional da administração, tem sido bem mais eficiente, e inventivo — basta lembrar que a ele se deve a doutrina do **desvio de poder** — nessa proteção que muitos tribunais judiciários.
6. *O Estado de Sítio*, Rio de Janeiro, 1892, p. 162.
7. Ob. cit., p.59.
8. 1 Cranch 137 (1803).
9. V. Hans Kelsen, por exemplo, *Teoria Pura do Direito*, trad. port., Coimbra: Amado, 2ª vol., 1962, p. 159.
10. A influência de Kelsen na instituição da Corte Constitucional e do controle direto, ou principal, de constitucionalidade é bem sabido. Foi primorosamente analisado por Charles Eisenmann, no clássico *La Justice constitutionnelle et*

- la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* (1928), reeditado por Economica, Paris, 1986.
11. É a Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919, elaborada por assembléia constituinte reunida na cidade de Weimar.
  12. Assim a chamou Boris Mirkine-Guétzévitch, cujas obras muito contribuíram para difundir as suas inovações constitucionais. V., por exemplo, o *Essai synthétique* que introduz a coletânea *Les constitutions de l'Europe nouvelle* (Delagrave, Paris, 2ª ed., 1929).
  13. Em sentido análogo, aliás, batalhou a corrente favorável à posse de direitos pessoais, que pretendia estender os interditos possessórios à defesa de direitos não tutelados pelo **habeas corpus** (V. meu *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 21a. ed., 1994, p. 273 e s.).
  14. V. meu *Curso...*, ob. cit., p. 277 e s.
  15. Do que resultou a interpretação, por parte de muitos juristas, que o ato lesivo sem vício formal não poderia ser desconstituído por ação popular (Cf. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação popular, Ação civil pública, Mandado de injunção e Habeas-Data*, Rev. Tribunais, São Paulo, 12ª ed., 1989, p.89).
  16. Cf. Hely Lopes Meirelles, id., *ibid.*
  17. Aliás, com muitos exageros. Decisões houve que não sopesando valores, obrigaram empresas estatais a dispêndios desproporcionados ao que se preservava. É o caso de decisão que levou empresa energética a gastar milhões de dólares para salvar, na inundação de uma represa, uma centena de cervos do pantanal.
  18. Cf. Alfredo Buzaíd, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1958.
  19. V. o brilhante artigo de Gilmar Ferreira Mendes "A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", em *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª quinzena de dezembro de 1994, nº 23/94, p. 475 e s.
  20. O eminente Min. Carlos Mário Velloso sobre isso dissertou em voto na ADIN nº 1.105-7 DF.
  21. V. meu *Curso ...*, ob. cit., p. 12 e s.
  22. Id., *ibid.*, p. 275 e s.
  23. No MI nº 107, relator Min. Moreira Alves. Cf. Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal*, Rev. Tribunais, São Paulo, 1994, p. 121 e s.
  24. Nos MI nº232 e 289. Cf. Vieira, ob. cit., p. 124 e s.
  25. V. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, coordenadores,

*Ação declaratória de constitucionalidade*, Saraiva, São Paulo, 1994.

26. Na ação declaratória de constitucionalidade nº 1-1 - DF, por sete votos contra três.
27. Aos instrumentos já mencionados a Constituição somou um outro, sem utilidade maior, o *habeas data* (art. 5º, LXXII), uma espécie de mandado de segurança para dar acesso às informações sobre a pessoa do interessado que constem de registros governamentais, ou corrigi-los. Este "mandado" duplica inutilmente o mandado de segurança que lhe poderia fazer as vezes, sem qualquer dificuldade.
28. A expressão é de Giovanni Sartori, no recente livro, *Comparative Constitutional Engineering*, Macmillan, Londres, 1994, p. 148.
29. Montesquieu, *Espírito das Leis*, livro XI, cap. VI.
30. No recente julgamento do ex-Presidente Fernando Collor pelo Supremo Tribunal Federal viu-se bem isto. A revista *Veja*, no domingo anterior, antecipou aspectos do julgamento que só lhe poderiam ter sido dados por quem estivesse "por dentro". Jornais, como *O Estado de S. Paulo* analisaram a composição do STF em termos próprios para avaliar as correntes de uma câmara. Etc.
31. Desse desiderato são significativas as manifestações de inconformismo de alguns juristas com o resultado do julgamento do ex-Presidente Collor pelo Supremo Tribunal Federal. Um deles ousou sustentar que a matéria pedia julgamento "político", para atender à "opinião pública", como se o juiz devesse guiar-se pela "voz do povo" (que, na verdade, não passa da "voz da mídia"), sem examinar os autos e as provas.
32. V. Karl Loewenstein, *Political power and the governmental process*, Univ. Chicago Press, Chicago, 2ª ed., 1965, p. 42 e s.
33. *Espírito das Leis*, livro XI, cap. VI.

# **Retratação (Aspectos de Direito Civil)**

**Álvaro Villaça Azevedo**

---

*Doutor em Direito e Professor Associado de Direito Civil e Regente de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor Titular de Direito Civil e de Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie; Advogado e Conselheiro Federal da OAB por São Paulo.*

## **Índice**

1. Conceito
2. Caracteres e Natureza Jurídica
3. Espécies
4. Retratação, Revogação, Denúncia, Retrato e Resgate
5. Retratação no Direito Contratual
  - 5.1 - Cláusula de Retratabilidade
  - 5.2 - Proposta e Aceitação
  - 5.3 - Arrependimento
  - 5.4 - Retrovenda
  - 5.5 - Doação

- 5.6 - Mandato
- 6. Retratação no Direito das Coisas
  - 6.1 - Enfitese
  - 6.2 - Rendas Constituídas sobre Imóveis
- 7. Retratação no Direito da Família
- 8. Retratação no Direito das Sucessões
  - 8.1 - Aceitação e Renúncia da Herança
  - 8.2 - Revogação de Testamento
- 9. Efeitos
- BIBLIOGRAFIA

## **Retratação (Direito Civil)**

### **1. Conceito**

A palavra retratação descende da latina "retractatio, onis", significando desistência, recusa, retomada, revisão, reexame, emenda, correção, hesitação. Ela deriva do verbo "retracto, as, avi, atum, are" (retomar, retocar, rever, emendar, corrigir, recordar, relembrar, examinar outra vez, reler), que se forma com a adição do prefixo ou preverbo "re", que dá idéia de repetição, retrocesso, reciprocidade, oposição e mudança, no verbo "tracto, as, avi, atum, are", que significa arrastar, destroçar, despedaçar, rasgar, tocar, manejar, manusear, dirigir, governar, cuidar, refletir, ventilar.

É de lembrar-se, em verdadeiro parêntese, que, em certos pontos, o vocábulo retratação guarda muita semelhança de sentido com o termo revogação, pois esta, "revocatio, onis", em sua origem, advém do verbo "revoco, as, avi, atum, are", que se apresenta com o significado de chamar de novo, fazer voltar, reconduzir, conter, dissuadir, desviar, restabelecer e renovar.

Note-se, também, que a retratação, muitas vezes, surge no âmbito jurídico sob outras denominações, tal a de denúncia, a de retrato ou a de resgate.



Denúncia, por sua vez, descende de "denuntiatio, onis", formada esta palavra do particípio passado do verbo "denuntio, as, avi, atum, are" (anunciar, declarar, avisar, mandar, ordenar, citar, acusar); retrato encontra sua derivação no particípio passado do verbo "retraho, is, retraxi, retractum, ere" (retirar, retrair, recuar, puxar para trás, recusar, reprimir, chamar, fazer vir, arrastar, restabelecer, renovar); e, finalmente, resgate se origina do verbo resgatar, do latino "capto, as, avi, atum, are", antecedido dos prefixos "re" e "ex" (indicando, respectivamente, repetição, oposição, mudança, e saída, proveniência, acabamento), significando livrar do cativo, a troca de presentes ou de dinheiro, remir, obter, conseguir por dinheiro, fazer esquecer, cumprir, tirar do esquecimento.

A partir dessa concepção etimológica, podemos construir o conceito jurídico do instituto em causa, acentuando, inicialmente, que nele está presente, indene de dúvidas, a idéia de reexame, no sentido de voltar para trás, de desfazer, de desistir de uma atuação anterior, como na palinódia o poeta retrata em um poema o que dissera em outro, desdiz o que fora dito.

Por isso, entendemos a retratação, em um sentido geral, como a reconsideração de um ato, que se torna ineficaz, para o renascimento de uma situação jurídica anterior.

Situação, e não relação, jurídica, porque, muitas vezes, como veremos, a retratação ocorre, sem que exista este relacionamento.

Assim, se um herdeiro aceita ou renuncia sua cota hereditária, havendo retratação desse ato de aceitação ou de renúncia, ineficazes estas, torna ela à situação anterior, respectivamente, de repúdio ou de reaquisição desse bem hereditário.

Por outro lado, no âmbito contratual, sendo possível a retratação, e ocorrendo ela, torna-se inoperante o contrato, restituindo-se os contratantes ao momento anterior à existência deste.

## **2. Caracteres e Natureza Jurídica**

A retratação é, essencialmente, um ato jurídico unilateral, pois se realiza independentemente do acordo de vontades; contudo, pode tornar sem efeito posições não só unilaterais, como também bilaterais, como, por exemplo, respectivamente, retirar a eficácia de um ato de aceitação ou de renúncia de

herança, ou, ainda, de um contrato.

O instituto, sob nosso estudo, ganha feições peculiares, entretanto, quando opera no âmbito contratual, pois, embora guarde, mesmo neste caso, sua substância de unilateralidade, não pode esconder sua origem bilateral, tanto que as partes contratantes, no limiar do entabulamento negocial, devem consentir sobre se ele pode, ou não, retratar-se.

É como se os interessados na avença autorizassem um ao outro, mutuamente, a possibilidade de atuação futura, de um ou de outro, unilateralmente.

É certo, porque, se tal autorização não existir, o ato de um só contratante, rompendo, unilateralmente, a relação jurídica contratual, dá causa, não à retratação, mas à rescisão negocial.

Na rescisão, como visto, indispensável tornar-se a culpa, seja de um ou seja de ambos os contratantes.

Na retratação, ao inverso, o retratante exerce um direito, que lhe é reconhecido pela lei ou pelo contrato.

Também não poderíamos compreender a retratação como uma espécie de resolução contratual, pois as relações jurídicas resolvem-se, quando não há qualquer participação de vontade dos que nela se envolvem.

Tal ocorre, quando se rompe o contrato, sem que exista culpa de qualquer das partes contratantes, como no perecimento do objeto da prestação, em virtude de caso fortuito ou de força maior, impossibilitando-se, materialmente, o cumprimento das obrigações assumidas. Também, do mesmo modo, dá-se a resolução do contrato, quando, por onerosidade excessiva, modificarem-se, desmedidamente, por motivos alheios à vontade dos contratantes, as posições financeiras do mercado, sob a égide das quais nasceu o pacto.

Excluídas as hipóteses de rescisão e de resolução contratuais, resta a análise da resilição, em que não se pode vislumbrar, sequer levemente, o sinal de culpabilidade.

Entendemos, também, de refutar, à compreensão do instituto em exame, a hipótese de resilição bilateral, pois, nesta, o desfazimento do contrato é ocasionado pelo comum acordo das partes contratantes, o que se denomina, também, distrato.

A retratação, no âmbito dos contratos, deve encarar-se como resilição unilateral, tendo, como já assinalamos, de ser autorizada pelos contratantes em momento anterior a seu surgimento, normalmente no próprio contrato, pela cláusula de retratabilidade.

Caso freqüente de retratabilidade contratada verifica-se nos contratos de venda e compra, em prestações, em que se estabelecem penitenciais as arras, com possibilidade, assim, às partes contratantes de exercerem seu direito e arrependimento.

Vemos, aí, no exercício desse direito, um caso típico de resilição unilateral, qual seja, de retratação.

Os contratantes, nesse caso, autorizam (bilateralmente) a resilição futura (ato unilateral de qualquer deles), onde não existe culpa, justamente porque, decorrendo do assentimento dos interessados, ela se configura como o exercício regular de um direito (atuação unilateral).

Podemos concluir das considerações feitas, relativamente aos caracteres da retratação, que esta é um ato jurídico unilateral, não culposo, pelo qual o interessado exerce, isto sim, legitimamente, um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico positivo ou pelo próprio contrato.

No primeiro caso, quando a retratação existe fora do contrato, ela apresenta-se como, puramente, unilateral, baseando-se em situação jurídica não contratual, tal a que se dá relativamente à aceitação ou à renúncia da herança, envolvendo o direito de propriedade sobre esta.

Consideremo-la, portanto, como resilição unilateral de situação jurídica não contratual, autorizada, por isso, pela lei (resilição legal).

No segundo caso, quando a retratação ocorre com base no contrato, pela cláusula de retratabilidade, deve de encarar-se como resilição contratual, unilateral, pois é exercida por uma das partes contratantes, tão-somente.

### **3. Espécies**

É de ver-se, neste passo, que, segundo as apontadas características da retratação, podemos dividi-la em duas espécies: legal e contratual.

Pela primeira, a retratação autoriza-se por dispositivo de lei, mostrando-se por ato unilateral do interessado, independentemente da anuência de outrem. Podemos chamá-la, assim, de retratação legal. A lei, por exemplo, como já mostrado, possibilita a retratação da aceitação ou da renúncia da herança.

Pela segunda, a retratação é convencionalizada pelos contratantes, expressamente, mostrando-se ela, após a celebração do contrato, por manifestação de vontade de um desses contratantes. Temos, aqui, a retratação contratual ou convencional, como no caso de admitirem essas mesmas partes a retratabilidade do negócio, estipulando o direito de arrependimento, no tocante às arras ou sinal, em uma compra e venda, em prestações.

#### **4. Retratação, Revogação, Denúncia, Retrato e Resgate**

4.1 - Procurando comparar o significado de retratação com o dos apontados institutos, temos, inicialmente, que a revogação é gênero de que a retratação é espécie. Esta não deixa de ser aquela, em tamanho menor, pois tem o condão de tornar ineficaz uma situação jurídica, por manifestação de vontade, exclusiva, do retratante, portanto, sempre, voluntária, mas não culposa.

Por outro lado, a revogação, que pode tornar ineficaz até a lei, é suscetível de ocorrer, culposamente, como instrumento da rescisão contratual; tal, por exemplo, a revogação dolosa de um mandato conferido a um profissional ou a revogação, unilateralmente, de um contrato por um dos contratantes, sendo o negócio realizado com cláusula de irretratabilidade e de irrevogabilidade.

Em ambas as hipóteses, desiste-se de uma situação jurídica, contratual ou extra-contratual; contudo, na retratação, torna-se incompatível a existência de culpabilidade, que pode, entretanto, existir na revogação.

Referindo-se à revogação, ensina **EDUARDO ESPÍNOLA** (Garantia e Extinção das Obrigações, Livr. Freitas Bastos, Rio - São Paulo, 1ª. edição, 1951, pág. 304) que ela consiste "numa declaração unilateral, destinada a tornar sem efeito a relação jurídica."

4.2 - No tocante à denúncia, configura-se ela como um meio de retratação de um contrato, por uma das partes contratantes, seja porque autorizada pela lei, seja porque pela própria cláusula contratual.

Desse modo, chegando um contrato a seu termo, existindo cláusula, por exemplo, de sua prorrogação automática, caso não se manifestem pela retratação qualquer de suas partes, e ocorrendo esta, estaremos diante da denúncia, que, nessa enunciação, está autorizada no contrato.

Veja-se, outrossim, que, às vezes, essa autorização consta da própria lei, como na nº 6649, de 16 de maio de 1979, já revogada, que, regulando a matéria da locação predial urbana, estabeleceu "a necessidade de denúncia cheia para os casos de rescisão da locação e de retomada do prédio urbano destinado a fim residencial; contemplando, todavia, com a denúncia vazia as situações alusivas a avença locatícia dos imóveis não-residenciais" (in Tratado da Locação Predial Urbana, de **ROGÉRIO LAURIA TUCCI** e **ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO**, Ed. Saraiva, São Paulo, 1ª edição, 3ª tiragem, 1988, vol. I, págs. 70 e 71).

Lembre-se, em breve síntese, nesta oportunidade, que a denúncia vazia não depende, e a cheia depende, de justificação do denunciante.

Embora a aludida legislação se referisse ao termo rescisão do contrato locatício, nesta hipótese de denúncia, autorizada pela lei ou pelo contrato, encontramos-nos em face de um caso de rescisão legal ou convencional, respectivamente, sem que exista culpa, portanto, do denunciante ou do retratante, que exerce, assim, um direito.

4.3 - Também, no que respeita ao retrato e ao resgate, usado, freqüentemente, como sinônimo daquele, mostram-se, ambos, como modos de retratação.

Por isso que é comum mencionar-se a retrovenda como espécie de retrato convencional ou contratual, que figura, na compra e venda, como uma cláusula especial estabelecida pelos contratantes.

É de ver-se, ainda, que existe o retrato ou resgate legal, quando a lei o autoriza, como no caso do retrato enfiteúlico e do prédio sujeito a prestação de renda.

Em ambas as espécies ventiladas de retrato ou de resgate, sentimos ora a participação da vontade individual, ora a do legislador, possibilitando a retratação de uma situação jurídica em renascimento de uma outra.

Após relatar acirrada polêmica em torno do emprego dos termos retrato e

resgate, **PAULO CARNEIRO MAIA** (Da Retrovenda, Ed.Saraiva, São Paulo, 1ª edição, 1955, págs. 114 a 116) demonstra, escudado, principalmente, em **CLÓVIS BEVILÁQUA**, contra a posição de **RUI BARBOSA**, a sinonímia desses substantivos, como acolhidos no texto de nossa legislação, asseverando que, "Apesar do trabalho de joeiramento, esses designativos conquistaram foros. Impuseram-se ao uso e estão incorporados na linguagem das leis".

4.4 - Adiante, procuraremos cuidar de alguns casos, mais freqüentes, de retratação, sob o exclusivo aspecto desta, nas várias ramas do Direito Civil, onde, então, poderemos perceber que, a par da generalidade de sentido do instituto da revogação, que abarca, inclusive, o de retratação, esta apresenta-se, por sua vez, com significação geral, relativamente aos demais institutos, aqui invocados, tais, a denúncia, o retrato e o resgate.

## **5. Retratação no Direito Contratual**

### **5.1 Cláusula de retratabilidade**

Podem as partes, na realização de qualquer contrato, estipular a cláusula de retratabilidade do negócio.

Geralmente, porém, os contratantes lançam mão de pacto inverso, e que denominam de cláusula de irretratabilidade e de irrevogabilidade, o que implica a impossibilidade de qualquer deles arrepender-se do contratado, sem que decorram disso penalidades, a não ser que estas sejam estabelecidas na convenção.

É bom que se diga, esclarecendo, e é esse nosso pensamento, que embora a palavra revogação tenha sentido mais amplo do que retratação, na aludida expressão, figuram elas como sinônimas.

Veja-se, mais, que, inexistindo a cláusula de irretratabilidade, o contrato permanece, em princípio, irretatável, pois os contratantes devem cumprir as obrigações assumidas, sob pena de, inadimplindo-as, rescindirem a avença.

Por isso que julgamos dever ser expressa a cláusula de retratabilidade, consentindo, assim, nela as partes contratantes, a não ser que seja autorizada pela própria lei.



Os contratos firmam-se para serem cumpridos, daí sua força obrigatória alçar-se como princípio de Direito.

A retratabilidade negocial é, pois, uma exceção, que modifica esse princípio, não podendo, por isso, presumir-se.

Quem se vale da cláusula de retratabilidade, exerce, enfim, um direito e age, portanto, independentemente de culpa, devendo cumprir todas as obrigações, que se programarem no contrato ou na lei, previstas em caso dessa retratabilidade.

Não há, como mostrado, que falar-se em pagamento de perdas e danos, cuja idéia se incompatibiliza, em princípio, com a dos atos lícitos. Acrescente-se que, ainda quando se trata de responsabilidade civil extra-contratual objetiva ou decorrente do risco, isso acontece, pois deve existir a culpa de alguém para que outrem, o responsável, cubra os prejuízos causados por aquele.

Desse modo, o efeito primordial do exercício da cláusula de retratação é a restituição das partes, pura e simplesmente, ao estado primitivo.

## **5.2 Proposta e aceitação**

Para que os contratos se concluam, é necessário que se acordem as vontades dos contratantes, com a acomodação de seus interesses. Para tanto, deve haver uma proposta e uma aceitação.

Os contratos formam-se, assim, no momento em que a proposta, também conhecida por oferta ou policação, é aceita.

Contudo, lembra, com oportunidade, **CLÓVIS BEVILÁQUA** (Código Civil Comentado, Livr. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 10ª edição, 1955, vol. IV, pág. 195) que existe, efetivamente, uma proposta "quando ela se refere aos pontos essenciais do contrato, e o proponente não se reservou o direito de retirá-la" (retratá-la) "ao receber a aceitação, de modo que, dada a aceitação, esteja formado o contrato."

A proposta, desde que sem prazo, e dirigida a pessoa presente, ou por telefone, deve ser, imediatamente, aceita, reza o inciso I do artigo 1081 de nosso Código Civil, podendo ser, neste caso, retratada, antes da aceitação.

Esse mesmo dispositivo legal cuida, em seus incisos seguintes, II e III, de

proposta feita a pessoa ausente; na primeira hipótese, não havendo prazo, e, na segunda, havendo.

Ora, não tendo sido marcado prazo para a resposta, nesse caso, não pode o proponente restar, indefinidamente, no aguardo desta. Assim, passado o tempo suficiente ao conhecimento dessa resposta pelo proponente, ficará este desobrigado.

Por outro lado, existindo o aludido prazo, a aceitação deve de expedir-se nele.

Analisando, finalmente, o inciso IV do mencionado artigo 1081, percebemos, logo, que, em qualquer situação, é retratável a proposta, quando, antes desta ou concomitantemente com esta, chegar a retratação do proponente ao conhecimento do destinatário da proposta, oblato.

Nessas condições, por determinação da própria lei, a proposta torna-se ineficaz, cuidando-se, portanto, neste caso, de retratação legal.

Na retratação da proposta, entretanto, há que se distinguir entre duas situações, leciona **ORLANDO GOMES** (Contratos, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1966, pág. 65): "1ª) a retratação pode chegar depois de conhecida a proposta, mas antes de formado o contrato porque o aceitante não expedira ainda a resposta; 2ª) a retratação pode chegar em momento no qual o contrato já se considera formado por ter sido expedida a aceitação. A solução varia conforme o caso. Se o contrato não se formou, não pode mais se formar. Mas, como o proponente já se obrigou, será responsabilizado pelos prejuízos decorrentes da retratação, naqueles sistemas jurídicos que admitem a revogação da proposta após ter chegado ao conhecimento daquele a quem foi dirigida. A responsabilidade do proponente explica-se, no caso, pela doutrina da culpa in contrahendo. Deverá indenizar os danos negativos, isto é, os prejuízos que o oblato sofreu por haver confiado na realização do contrato. Tal responsabilidade não é contratual, mas pré-contratual, por isso que o contrato não chegou a se concluir. Nas legislações que somente admitem a retratação se chegar antes da proposta ou com ela, a aplicação da teoria da culpa in contrahendo não faz sentido. Nenhum prejuízo, com efeito, pode ter sofrido o aceitante pela razão intuitiva de que sabe da ineficácia da proposta antes de conhecê-la, ou simultaneamente. Nesse caso, o polícitante se desdiz antes que o oblato saiba o que disse. Do arrependimento nenhuma consequência advém, até porque a proposta a ausente obriga no momento em que este a conhece. Na hipótese de já se ter formado o contrato, a retratação é inválida.

Equivalerá, então, à recusa de cumprir o contrato. Responderá, portanto, pelos danos positivos, resultantes da inexecução. No caso a responsabilidade é contratual."

Pode ocorrer, por outro lado, não a retratação da proposta, mas da aceitação, que vem tratada no artigo 1085 de nosso Código Civil, que cuida, assim, neste passo também, de outra hipótese de retratação legal, admitindo a possibilidade de retratar-se o aceitante.

Desse modo, embora tenha nosso Código Civil acolhido a teoria da expedição (artigo 1086, caput), pela qual se considera aperfeiçoado o negócio, entre ausentes, por correspondência epistolar ou meio de comunicação equivalente, a partir de quando a aceitação da proposta é expedida ao proponente, não restam dúvidas de que a teoria da recepção foi, pelo mesmo Código, adotada, excepcionalmente, em seus artigos 1085 e 1086, inciso I.

Realmente, ainda que tenha sido expedida a aceitação, considera-se ela cancelada, se, antes de seu, ou com seu, recebimento pelo proponente, chegar a este a retratação do aceitante.

Cognominando de revogação da aceitação esta espécie de retratação, atrás mencionada, mostra-nos **DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE** (Do Contrato, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1ª edição, 1960, pág. 201), escudado no ensinamento de **RENÉ DÉMOGUE**, que, malgrado possa a aceitação ser declarada irrevogável, essa cláusula de irrevogabilidade da aceitação termina por tornar-se inútil, "porque a cláusula iria causar efeito precisamente com a conclusão do contrato. Pela mesma razão, não poderia ser a irrevogabilidade estabelecida depois de realizada a aceitação. Supomos que, antes da aceitação, seria igualmente inviável, desde que a própria declaração de irrevogabilidade conteria a aceitação e, em consequência, o contrato se aperfeiçoaria sem necessidade de funcionar a cláusula."

De tudo resulta que não só a proposta como a aceitação são retratáveis: a primeira, até que tome conhecimento dela o destinatário; a segunda, até que dela tome conhecimento o proponente.

No tocante à retratação da proposta, entendemos que tudo não passa do âmbito de uma posição, exclusivamente, unilateral, tanto que nosso Código Civil, após mencionar, em seu artigo 1080, que a proposta de contrato obriga o

proponente, acaba, como vimos, por desdizer-se, em várias situações, como no caso de retratar-se o proponente de acordo com o preceituado no aludido inciso IV do artigo 1081.

Melhor teria dito nosso legislador que a proposta de contrato só obriga o proponente, quando chegar, irretatada, ao conhecimento do destinatário, que passará a ter, desse modo, o direito de aceitá-la, fixando-se, aí sim, em seguida, as situações excepcionais.

Na verdade, se alguém propõe algo e, após, se retrata, sem que da proposta conheça o oblato ou dela tome conhecimento já destituída de qualquer efeito, não há como cogitar-se, logicamente, de obrigação do proponente.

Não podemos concordar, por outro lado, em que pese sua indiscutível e brilhante cultura jurídica, com o entendimento de **DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE** (o.c., pág. 201), que, com suporte em **LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT**, afirma que, "até o momento da conclusão do contrato, cada uma das partes pode revogar a sua declaração de vontade", como se tal fosse um direito delas.

Essa assertiva, ao nosso ver, descabe no Direito Brasileiro, pois se choca, mesmo, com o espírito do invocado inciso IV do artigo 1081 de nosso Código Civil, dilatando o prazo de retratação da proposta, que nele vem consignado. Por este dispositivo legal, o termo final desse prazo ocorre, quando a proposta, irretatada, chega ao conhecimento de seu destinatário, o que se pode comprovar, por exemplo, com um aviso de recebimento do correio, do telégrafo ou do telefax.

Suponhamos, assim, que queira o proponente retratar-se, antes de receber a aceitação, não tendo sido esta, ainda, expedida e tendo conhecimento da proposta o seu destinatário. Tal não será possível, mesmo não concluído o contrato, sem que ocorra rescisão unilateral da proposta contratual.

Daí, o sentido de que a proposta obriga o proponente, a não ser, por exemplo, que conste da proposta essa condição de poder ser retratada, até que se aperfeiçoe o contrato em cogitação, tanto que o artigo 1080 do Código Civil é claro ao mencionar que "A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela".

No Direito Francês, é perfeitamente viável a colocação por nós atrás impugnada, pois a Jurisprudência francesa tem decidido, em princípio, consoante

nos dá notícia **JEAN CARBONNIER** (*Droit Civil, Les Obligations, Presses Universitaires de France, coleção Thémis, Paris, 6ª edição, 1969, vol. 4, pág. 57*), que “a oferta (que não passa de um ato jurídico unilateral) não tem força obrigatória por ela mesma: o polícitante pode retratá-la desde que ela não tenha sido aceita”.

É clara, como tivemos a oportunidade de acentuar, a impossibilidade de acolhermos essa posição, ante nosso sistema jurídico, pois pode não ter sido concretizado o negócio proposto, sem a expedição da resposta, mas já ser a proposta do conhecimento do destinatário, situação em que a retratação, existindo, transmuda de figura, passando à categoria da iliceidade, com a conseqüente rescisão da proposta, unilateralmente, pelo proponente.

Relativamente aos efeitos da retratação da proposta e da aceitação, podemos aduzir, em síntese, além do que já se expôs, que, tornando-se ineficazes, uma e outra, o proponente não é mais obrigado a respeitar o que foi por ele proposto, nem o aceitante a manter sua concordância com o negócio concluído, desde que a retratação revista todas as apontadas exigências, da lei ou do contrato, tudo independentemente do pagamento de eventuais prejuízos, ante essa perpetrada retratação, porque, como visto, ela é ato lícito, embora unilateral e causador do desfazimento do contrato.

### **5.3 Arrependimento**

Em todas as situações em que se pode exercer o direito de arrependimento, está presente a retratação, como no caso das arras penitenciais.

No tocante às arras, diante do disposto nos artigos 1094 e 1095 de nosso Código Civil, sabemos-las confirmatórias, por regra geral, e penitenciais, excepcionalmente.

A respeito da matéria, leciona **SÍLVIO RODRIGUES** (*Das Arras, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1955, pág. 83*) que “o Código dispõe que o sinal firma a presunção de acordo final, tornando obrigatório o contrato; e, como exceção, uma vez que haja ajuste expresso, admite que as arras se revistam daquele caráter de pacto de arrependimento. Em linhas gerais, é a senda aberta pelo Código Alemão, cuja trilha o Código Italiano de 1942 também seguiu.”

Reafirme-se que essa posição excepcional deve de impor-se, expressamente, no contrato, por cláusula específica ou pela só menção de que as

arras dadas são de natureza penitencial.

O contratante, que se arrepende, exerce, assim, um direito, por determinação contratual, como nas aludidas arras penitenciais, ou por permissão legal, como na hipótese aventada no artigo 1088 de nosso Código Civil, que concede o direito de arrependimento, que é, no dizer de **RUBENS LIMONGI FRANÇA** (Manual de Direito Civil, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1ª edição, 1969, vol. 4º, tomo II, pág. 54), "a faculdade que, em determinadas circunstâncias, têm as partes de desistir dos direitos e obrigações do contrato."

Essa desistência implica, sem sombra de dúvidas, uma retratação, um recuo à situação jurídica pré-existente à celebração negocial.

Veja-se, mais, que, após declarar que o direito de arrependimento é "um dos mais importantes institutos anexos aos contratos, pois, no exercício da autonomia da vontade, pode não convir a um ou a ambos os contratantes que o negócio jurídico seja levado a efeito", mostra esse mesmo autor (o.c., págs. 54 e 55) que ele se encontra mal estruturado em nosso Código Civil, ponderando que o direito de arrependimento pode exercer-se "antes da últimação do contrato" e "depois de o mesmo se ter levado a efeito"; no primeiro caso, as regras devem ser de duas espécies: "as normas gerais sobre a formação dos contratos" e "o preceito especial do art. 1088"; no segundo caso, não havendo regulamentação específica em nosso Código, "nada impede as partes de, no próprio contrato, estabelecerem o direito de arrependimento, como cláusula adjeta."

No que respeita às normas gerais sobre a formação dos contratos, vimos-las ao cuidar da retratação da proposta e da aceitação, no item 5.2; quanto à possibilidade de estabelecerem os contratantes, expressamente, o direito de arrependimento, para a desistência negocial, tratamos dela no ponto específico sobre a cláusula de retratabilidade, no item 5.1.

No que atine ao cogitado artigo 1088, por ele, faculta o legislador que se arrependa qualquer das partes contratantes do que tiveram pactuado, antes da assinatura do instrumento público, isto, quando este for exigido, como prova do contrato, "ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos artigos 1095 a 1097."

Preferimos falar em reembolso, e não em ressarcimento, das perdas decorrentes dessa espécie de retratação, pois, sendo esta de natureza legal,

assentada em exercício de direito por determinação da lei, não pode inspirar qualquer posicionamento ilícito do retratante.

Lembra, com muita oportunidade, **MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES** (Curso de Direito Civil, Livr. Freitas Bastos, Rio de Janeiro - São Paulo, 2ª. edição, 1957, vol. III, pág. 204) que "Arrependimento é direito e não infração às obrigações assumidas. O contratante que se obriga por um contrato, mas convencionou a faculdade de arrepender-se", diz ele, "adquire o direito de dissolvê-lo" (diremos: direito de retratá-lo), "embora pagando as pré-ajustadas perdas e danos."

Tendo-se firmado o contrato, com dação de arras, e sendo ele retratável, poderão ser os prejuízos resultantes do exercício da retratação convertidos no valor desse sinal, com a perda ou devolução, em dobro, deste, conforme seja o arrependimento de quem o entregou ou de quem o recebeu, respectivamente.

Por outro lado, com o objetivo de conciliar o disposto no aludido artigo 1088 de nosso Código Civil com o princípio da força obrigatória dos contratos, entendemos de distinguir três situações, completamente, distintas:

a) a do contrato preliminar com cláusula de retratabilidade; b) a do contrato preliminar sem cláusula de irretratabilidade; e c) a do contrato preliminar com cláusula de irretratabilidade.

Analisando a primeira das situações propostas, ou seja, a do contrato preliminar com cláusula de retratabilidade, temos que as partes contratantes se encontram em posição de poderem retratar-se, como no caso de serem convencionadas arras penitenciais.

Com essa cláusula, qualquer negócio preliminar pode ser retratado, mesmo que refujam as hipóteses previstas no artigo 1088, mencionado, que podem ser aplicadas, generalizadamente, a todas as situações pré-negociais.

Neste caso, o exercício do direito de retratação guarda, como efeito, o de levar as partes contratantes ao momento anterior à contratação, aplicando-se, analogicamente, o estatuído nesse artigo 1088, desde que não se prevejam, na avença preliminar, outras penalidades.

Estudando a segunda das situações propostas, isto é, a do contrato preliminar sem cláusula de irretratabilidade, resta, ainda, distinguir entre necessitar ele de cumprimento de formalidades para ter eficácia o contrato definitivo ou não



precisar de que tais formalidades existam.

Nesta primeira hipótese, em que pese o princípio da força obrigatória dos contratos (os pactos devem ser cumpridos), podem as partes contratantes arrepender-se, por direito, porque, na ausência da cláusula de irretratabilidade, sendo o negócio visado de natureza formal, aplica-se o disposto no aludido artigo 1088. O efeito desse arrependimento prevê-se neste mesmo dispositivo legal, não existindo, nesta hipótese, todavia, prática de ato ilícito, o que coloca as partes em plena posição de boa fé.

Na segunda hipótese, em que o contrato preliminar objetiva a realização de negócio informal, sua força obrigatória, naturalmente, impõe-se, no âmbito contratual, independentemente de cláusula de irretratabilidade.

O efeito disto decorrente é a impossibilidade de exercer-se a retratação, que, existindo, implica a prática de ato ilícito, o descumprimento culposo de obrigação assumida, com as conseqüências advindas dessa inexecução.

Examinando, finalmente, a terceira das situações propostas, a saber, a do contrato preliminar com cláusula de irretratabilidade, a mesma distinção, anteriormente feita, é de, aqui, fazer-se.

Assim, exigindo o pré-contrato o cumprimento de formalidades, para que valha o negócio por ele programado, não tendo sido elas observadas, as partes não podem exercer a retratação, porque vedaram o direito de arrependimento, pela inserção na pré-avença da cláusula de irretratabilidade.

Outrossim, a inexistência de formalidade impede a realização normal do negócio objetivado; contudo, diante dessa cláusula de irretratabilidade, comprometeram-se os contratantes à realização desse contrato futuro, regularizando seus interesses.

O não cumprimento, por uma das partes, ou por ambas, dessas obrigações pré-contratuais assumidas leva à rescisão da avença preliminar.

Neste caso, não havendo exercício legal, nem contratual, do direito de arrependimento, porque retirado pelas partes, expressamente, por meio da cláusula de irretratabilidade, o descumprimento da negociação embrionária caracteriza-se como ato ilícito.

O efeito, que decorre desta situação, é, totalmente, outro, pois, como visto,

ante o ilícito, existe o inadimplemento culposo, apto a rescindir o pactuado. Aplicam-se, neste passo, todas as regras relacionadas à inexecução culposa das obrigações, inclusive, restituindo-se importâncias, porventura já pagas, com a devida correção monetária por se tratarem de dívidas de valor. Por isso que as partes, ante esse inadimplemento, não de restituir-se à situação imediatamente anterior ao entabulamento negocial, devendo pagar a que agiu culposamente as perdas e danos, além dos consectários previstos na lei ou no contrato.

Pode, entretanto, o contratante inocente, no apontado caso, exigir, judicialmente, o cumprimento da pré-pactuada obrigação, comprovando, contudo, sua completa adimplência obrigacional, superando-se, assim, com esse ato decisório, a anterior inobservância das formalidades exigidas ao ato ou a momentânea impossibilidade do cumprimento destas.

Suponhamos, agora, que, em um compromisso de venda e compra de um imóvel, em prestações, conste cláusula de irretratabilidade, e não seja possível levá-lo a registro imobiliário, deixando o adquirente, assim e por isso, de exercer sobre o bem negociado direito real.

Como é irretratável esse compromisso, as partes contratantes vêm-se presas a ele, sem poderem exercer seu direito de arrependimento. Faculta-se, então, ao compromissário comprador desse imóvel, desde que cumpridas todas as suas obrigações, pedir, judicialmente, o suprimento da vontade do compromitente vendedor, formalizando-se, com o decisum judicial, o instrumento definitivo, apto a ser levado ao registro imobiliário.

Desse modo, autorizam os artigos 639 e 641 de nosso Código de Processo Civil, respectivamente: "Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado". "Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida."

Todavia, como não tem o compromissário adquirente direito real sobre o dito imóvel, no caso do exemplo que vem sendo estudado, corre ele o risco de uma nova alienação desse objeto a terceiro de boa fé pelo compromitente vendedor, o que exclui a possibilidade da aludida providência judiciária, voltando-se, então, o lesado à primeira alternativa de obter o mais completo ressarcimento pelos prejuízos ocasionados.

Lembre-se, por outro lado, que, assim agindo, esse compromitente vendedor comete crime de estelionato, pois, não podendo retratar a avença, por manifestação de sua própria vontade, deixa de cumpri-la, deliberadamente, alienando a coisa a terceiro, para impedir que se lhe exija, judiciariamente, o cumprimento obrigacional. É claro o disposto no artigo 171, parágrafo 2º, inciso II, de nosso Código Penal: "Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: ... Parágrafo 2º - Nas mesmas penas incorre quem: ... II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus, ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias".

Assim, como podemos, facilmente, perceber, o silêncio é fundamental para a perpetração desse modo fraudulento.

Não havendo exigência de formalidades, o pré-contrato obriga os contratantes, sendo irrevogável, daí a opção à parte inocente de poder, ante o inadimplemento da outra, considerar esse entabulamento pré-negocial rescindindo, com as já aludidas consequências decorrentes do ato ilícito, ou de poder exigir, quando possível, o seu cumprimento, por via judiciária, ressarcindo-se os prejuízos, se existirem.

#### **5.4 - Retrovenda**

Na retrovenda, a retratação mostra-se, nitidamente, no fenômeno jurídico do resgate ou do retrato, noticiado nos artigos 1140 a 1143 de nosso Código Civil.

O aludido artigo 1140 traz, em si, o conceito de retrovenda, quando menciona a possibilidade que tem o vendedor, concordando o comprador, de reservar-se o direito de reaver a coisa vendida, restituindo o preço, além das despesas efetuadas pelo comprador, inclusive as realizadas em melhoramentos, até o valor por estes acrescido ao mencionado objeto.

A retrovenda, ensina **ORLANDO GOMES** (o.c., pág. 244), "é uma venda sob condição resolútiva", daí ser resolúvel a propriedade do adquirente, extinguindo-se, pois, "no momento em que o vendedor exerce seu direito de reaver o bem vendido, mediante declaração unilateral de vontade, não sujeita a forma especial, mas que pertence à categoria das declarações receptícias."

Assim, recebendo o comprador essa declaração, obriga-se à entrega do objeto, assistindo-lhe o direito ao reembolso do preço e das despesas, que lhe são devidas.

O exercício do direito de retratação, resgate ou retrato, deve ocorrer, impreterivelmente, no prazo de três anos, segundo o preceituado no artigo 1141 de nosso Código Civil.

Esse lapsus temporis pode ser inferior, nunca superior a essa fixação legal, que é de ordem pública, por isso que iderrogável pela vontade dos interessados.

Tal prazo, que é decadencial, pois nele deve de exercer-se o direito sob nossa cogitação, será reduzido ao máximo dessa limitação (três anos), caso a estipulação contratual seja superior a ela, como também existirá esse tempo máximo, quando, convenionada a retrovenda, não estipularem os contratantes prazo para essa retratação.

De destacar-se, nesta oportunidade, que, vencido esse prazo, improrrogável e que prevalece ainda contra o incapaz, extingue-se o direito ao retrato, tornando-se "irretratável a venda"; é o que se menciona no parágrafo único do citado artigo 1141.

Nota-se, perfeitamente, que, embora a lei disponha sobre essa matéria, regulando-a, a retrovenda há que convenionar-se, para que, pelo consenso dos contratantes, nasça o direito do vendedor, unilateralmente, de exercer a estudada retratação, que é, portanto, convencional.

Exercido esse direito de retrato, vários efeitos jurídicos decorrem, relativamente ao vendedor, ao comprador e a terceiros.

Mostra-nos **JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES** (A Retrovenda, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1967, págs. 251 e 252) que, "Sendo a retrovenda, no direito brasileiro, condição resolutive expressa, exercido o retrato, e, portanto, verificada a condição, têm aplicação os arts. 119 e 647 do Código Civil", que cuidam, respectivamente, da condição resolutive e da propriedade resolúvel. "Assim", aduz o mesmo autor, escudado em boa doutrina, "com o exercício do direito de retrato, considera-se a compra e venda como jamais tendo existido, e resolvem-se, ipso iure, o domínio do comprador e os direitos reais que este, durante o período de resgate, constituiu em favor de terceiros. Quanto ao vendedor — que não está obrigado a pagar a sisa, porque voltou a ter a propriedade do imóvel, não por transmissão, mas

em virtude da resolução do direito do comprador —, pode ele, já na qualidade de proprietário, reivindicar a coisa do poder de quem quer que a detenha.”

### **5.5 - Doação**

A revogação da doação, por ingratidão do donatário, prevista do artigo 1181 ao 1187 de nosso Código Civil, longe de ser situação revocatória, é uma espécie de retratação legal, embora a lei estabeleça as causas revogadoras desse contrato, declarando, mesmo, no artigo 1182, a irrenunciabilidade desse direito revocatório; é meio rescisório desse contrato.

Já, no direito anterior ao nosso Código Civil, era nula a cláusula que admitisse tal renúncia, entendendo, mesmo, **MANOEL IGNÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA** (Contratos no Direito Civil Brasileiro, Ed. Francisco Alves e Aillaud, Alves, Rio de Janeiro - Paris, 1911, tomo I, pág. 78) que a possibilidade de renúncia do direito de revogar a doação por ingratidão importaria “acoroçar os maus sentimentos”.

Por outro lado, mas no mesmo sentido, na revogação da doação onerosa, por descumprimento de encargo, o donatário há, também, que incorrer em mora (parágrafo único do artigo 1181), o que implica inadimplemento obrigacional culposo.

Ora, a revogação resta, desse modo, nas duas situações, autorizada por lei, mas em razão desse inadimplemento, o que se configura, portanto, como rescisão contratual, ante a apontada culpabilidade do donatário. Daí, porque, nessas hipóteses, a idéia da rescisão fica, totalmente, afastada, com a presença da culpa, sendo, aí, a palavra revogação usada em sentido amplo.

Tratando dos efeitos da revogação da doação, por ingratidão do donatário, assenta o legislador, no artigo 1186 de nosso Código Civil, que ela não prejudica os direitos adquiridos por terceiros, nem obriga o donatário à restituição dos frutos, percebidos antes de contestar a ação de revogação contra ele proposta, mas, tão somente, os recebidos posteriormente a essa contestação; é claro, aduzimos, se a ação for julgada procedente.

Atesta, ainda, esse mesmo dispositivo que, quando a restituição dos objetos doados não puder realizar-se em espécie, far-se-á o pagamento “pelo meio termo do seu valor.”

Comentando esse mencionado artigo, faz ver **AGOSTINHO ALVIM** (Da Doação, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1963, pág. 294) que "A revogação da doação por ingratidão produz efeitos ex nunc, e não ex tunc, o que significa que os atos de disposição da coisa, anteriores à revogação, não são atingidos pela decisão judicial. É que a resolução aqui não se dá em virtude de cláusula resolutiva, caso em que terceiros estariam atingidos por força do dispositivo no art. 647 do Código Civil, e sim por outra causa, sendo de se aplicar, portanto, o art. 648. O terceiro, a que se refere o art. 1186, é aquele que adquiriu direitos sobre a coisa doada, por compra, doação, hipoteca, etc."

E acrescenta esse mesmo autor (o.c., pág. 304), adiante, explicando o significado da expressão "meio termo do valor", constante do texto em análise, mostrando que "Não é o valor médio entre a doação e a alienação, e sim entre a doação e a restituição. Para as partes, mede-se a vida da doação a partir do seu início, até o seu término, ou seja, até a restituição. Quanto ao meio termo, como reza o texto, não supõe ele a média entre o valor ao tempo da doação e o valor ao tempo da restituição. O meio termo é a média entre o maior valor a que a coisa atingiu e o menor valor a que ela desceu, durante esse prazo, o que é diferente."

#### **5.6 - Mandato**

O mandato, por sua vez, é um contrato, que se realiza intuitu personae, ou seja fiduciariamente, pois o mandante, ao outorgá-lo, deposita sua confiança no mandatário; por essa razão, via de consequência, é, em regra geral, revogável (retratável) ad nutum, quando bem entender o mandante.

Isto acontece, quando este perde a confiança naquele ou não tem mais interesse na continuidade negocial.

Aliás, referindo-se à extinção do mandato, admite o inciso I do artigo 1316 de nosso Código Civil que cessem seus efeitos pela revogação.

Explica **J.M. DE CARVALHO SANTOS** (Código Civil Brasileiro Interpretado, Ed. Calvino Filho, Rio de Janeiro, 1937, vol. XVIII, págs.299 e 300) que essa característica de revogabilidade do mandato apoia-se em sua própria natureza jurídica, "não só porque o mandato se funda na confiança e esta pode cessar, senão também porque ele é constituído no interesse do mandante, que deseja obter um serviço ou a execução de um negócio qualquer, sendo intuitivo, portanto, que, a todo tempo, não mais convindo ao mandante o negócio, não seria curial

fosse ele obrigado a sustentá-lo, contra os seus interesses", aduzindo, mais, que esse direito de revogação pode exercer-se "qualquer que seja o mandato: gratuito ou remunerado, quer tenha sido conferido sem limite de tempo, quer tenha sido outorgado com duração determinada, pouco importando, por outro lado, a extensão ou a sua natureza, isto é, quer seja o mandato com poderes gerais ou especiais e expressos, quer seja judicial ou ad negotia", escudando-se, ainda, nos ensinamentos de **AUBRY** e **RAU, LAURENT** e **PAUL PONT**.

Por outro lado, só será irrevogável (usando a expressão genérica, que é do nosso Código Civil) também irretatável, portanto, o mandato, quando ocorrerem as hipóteses previstas no artigo 1317, como, por exemplo, quando outorgado em causa própria. Nestes casos, a regra é excepcional.

Voltando ao aludido artigo 1316, perceberemos, à análise de seu inciso I, que o mandato se extingue pela revogação ou pela renúncia.

Ora, tanto uma quanto outra, a revogação e a renúncia são casos típicos de retratação, pela atuação unilateral do mandante, quando revoga, e do mandatário, quando renuncia. Ambos retratam, quando assim agem, isoladamente, esse contrato de que fazem parte.

Mas, é preciso que inexista culpabilidade do retratante, como já tivemos oportunidade de mostrar, pois, caso contrário, estaremos cuidando da revogação, onde está presente a atuação culposa.

Nas duas situações apontadas, de retratação e de renúncia, a retratação é legal, pois autorizada pelo dispositivo de lei, atrás aludido, decorrendo delas variados efeitos.

Em se tratando de revogação, é obrigado o mandante a dela cientificar o mandatário e os terceiros, para que seja elidida qualquer alegação de boa fé por parte destes; é o que se infere do artigo 1318 de nosso Código Civil.

Também é possível essa revogação, menciona o artigo 1319, seguinte, pela mera comunicação ao mandatário de que outro já foi nomeado pelo mandante para exercer a mesma atividade a que se obrigara. Tácita, como se observa, a situação retratatória, aqui programada, pois a simples nomeação de um mandatário para desincumbir-se do mesmo mister, anteriormente atribuído a outro, faz cessar o mandato primitivo.

Por outro lado, o artigo 1320 do mesmo Código, cuidando da renúncia do mandato, assinala que o mandatário deverá comunicá-la ao mandante, que ficará, entretanto, com o direito de receber indenização do mandatário, se essa atitude lhe causar prejuízo, por ser inoportuna ou sem tempo suficiente a que se providencie a substituição do renunciante. Neste passo, não temos dúvidas de que se trata de renúncia rescisória e não de retratação, porque esta, nas condições apontadas, é lesiva aos interesses do mandante e eivada de culpabilidade do renunciante. Por isso que o mesmo invocado artigo ressalva que essa indenização só não será devida, se provar o mandatário a impossibilidade de continuar desempenhando sua atividade, "sem prejuízo considerável." Neste caso, sim, está presente a retratação legal, pois a lei a concede desde que exista essa cogitada circunstância.

Comentando esse preceito legal, pondera **CLÓVIS BEVILÁQUA** (Código Civil Comentado, Livr. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 9ª edição, 1954, vol. V, pág. 55) que "Seria duro, realmente, que, ainda em face de um grande prejuízo, fosse o mandatário obrigado a manter-se no posto. A aceitação do mandato não importa abandono dos próprios interesses. Colhido por uma enfermidade, forçado a mudar de residência, não pode ser coagido a continuar na gerência do negócio do mandante".

Entendemos, mais, que esse "prejuízo considerável" pode não ser do mandatário, mas sim, também, do mandante, em face do que aquele não só pode, como deve, fazer cessar sua atividade, para que esses danos não se causem a este.

Em seqüência, o artigo 1321 estabelece que, enquanto não estiver extinto o mandato, são válidos, relativamente aos contratantes de boa fé, os atos praticados, com estes, em nome do mandante, até que o mandatário saiba dessa extinção contratual.

Veja-se, ainda, que o mandato pode ser retratado, por qualquer dos contratantes, antes ou depois de iniciada sua execução, sendo certo que, na segunda hipótese, não se apagam, malgrado extinto esse contrato, as obrigações já assumidas pelo mandatário junto a terceiros.

Leciona, com muito acerto, **MANOEL IGNÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA** (o.c., pág. 254) que é o mandato "um dos raros contratos que podem ser revogados pela vontade exclusiva de uma das partes: mas seria imoral a



extensão de tal faculdade até o abandono unilateral das obrigações contraídas em virtude de um mandato que já teve início de execução. Daí resulta que, mesmo revogado o mandato, fica o mandante vinculado pelas obrigações já contraídas para com terceiros pelo mandatário, bem como a de repor a este as despesas feitas”.

Cessando, desse modo, o mandato, devem repor-se as partes à situação anterior a essa contratação, devendo o mandatário restituir ao mandante os bens pertencentes a este e utilizados no desempenho negocial, bem como prestar as devidas contas (artigo 1301), concluir os atos porventura iniciados ante o risco de prejudicial demora (artigo 1308) e pagar juros sobre as importâncias por ele retidas indevidamente ou utilizadas em proveito próprio (artigo 1303).

Da mesma maneira, o mandante que retrata esse contrato deve cumprir todas as obrigações assumidas pelo mandatário até o momento da retratação (artigo 1309 e primeira parte do 1313), bem como remunerar o mandatário, quando oneroso o mandato, pagando as despesas com a execução deste devidas até a retratação (artigo 1310), e ressarcindo os prejuízos com essa execução, porventura havidos (artigo 1312).

## **6. Retratação no Direito das coisas**

### **6.1 - Enfiteuse**

Dentre as causas extintivas da enfiteuse, menciona-se o resgate, previsto no artigo 693 de nosso Código Civil.

Por ele, tem o enfiteuta ou foreiro a faculdade de resgatar a enfiteuse, dez anos após sua constituição, pagando ao senhorio direto um laudêmio, correspondente a dois e meio por cento sobre o valor atual da propriedade plena e de dez pensões anuais. Esse direito do enfiteuta é irrenunciável, não podendo alterar-se, ainda, as disposições do capítulo relativo à enfiteuse, ante as normas imperativas, que apresenta.

Contudo, esse analisado artigo assenta que esse direito de resgate existe em todos os aforamentos, inclusive anteriores ao Código Civil, com essas características, “salvo acordo entre as partes”.

Bem esclarece **SÍLVIO RODRIGUES** (Direito Civil, Direito das Coisas, Ed.

Saraiva, São Paulo, 4ª. edição, 1972, vol. V, pág. 259, nota de rodapé 179) que "O caráter de ordem pública do dispositivo é manifesto e se desume da determinação de não poder o enfiteuta no seu contrato renunciar o direito de resgate, nem contrariar as disposições imperativas do capítulo. Tal noção, entretanto, pode ser posta em dúvida pela locução que se encontra no início do artigo, salvo acordo entre as partes, capaz de sugerir a idéia de ser a regra de caráter supletivo da vontade das partes, que assim poderiam ajustar em sentido contrário ao mandamento legal. É errada esta exegese. O acordo entre as partes é permitido apenas no sentido de diminuir o prazo do resgate e de fixar a indenização".

Anote-se que esse direito de resgate é vedado nos aforamentos de terrenos pertencentes ao domínio da União, pelo Decreto nº 22.785, de 31 de maio de 1933, bem como pelo Decreto nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, ante o disposto em seus artigos 103 e 122.

Tivemos (**ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO**, Enfiteuse - III, verbete, in Enciclopédia Saraiva do Direito, Ed. Saraiva, São Paulo, 1979, vol. 32, págs. 171 a 183, em especial 181) oportunidade de concordar com a idéia de que, pelo resgate, dá-se a confusão, que ocorre, quando se reúnem, na mesma pessoa, as condições opostas de senhorio e de foreiro, pois o enfiteuta, quando resgata, adquire o imóvel enfiteutico, tornando-se dele proprietário.

No resgate ou retrato enfiteutico, há, como podemos observar, uma inderrogável autorização da lei, a mostrar, aqui, mais um caso de retratação legal.

É de destacar-se, neste ponto, que essa espécie de retrato quer a lei que exista, como urna das formas de eliminar os efeitos maléficos da enfiteuse.

Diga-se, em complemento, que, já, o anteprojeto de **ORLANDO GOMES** (Anteprojeto de Código Civil, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1963), cuidando da enfiteuse do artigo 516 ao 523, logo no primeiro desses dispositivos, tratou de proibir a constituição de novos aforamentos, e, no segundo, de limitar os existentes, não permitindo a cobrança de laudêmio, "ou prestações análogas" nas alienações do imóvel emprazado, bem como a constituição de subenfiteuse.

Iniciou-se, assim, ferrenha guerra contra o instituto, em apreço, pois, como bem demonstra o mesmo autor (A Reforma do Código Civil, Publicações da Universidade da Bahia, 1965, pág. 213), a enfiteuse é "instituto obsoleto, em franco desuso", e cuja eliminação é pretendida entre nós.

Não podendo eliminar, radicalmente, os aforamentos existentes, retirou-lhes esse anteprojeto as vantagens, de tal sorte que procurou suprimir qualquer interesse do senhorio e do enfiteuta, aquele sem poder receber o laudêmio, este sem poder dar o imóvel em subenfiteuse.

De ver-se, ainda, que o projeto de Código Civil nº 634, de 1975, sob a supervisão de **MIGUEL REALE**, não regulamentou o instituto da enfiteuse, eliminando-o, pois, da elencação taxativa, em numerus clausus, dos direitos reais, cuidando, entretanto, em seu lugar, da superfície, do artigo 1401 ao 1408. O mesmo aconteceu com esse mesmo projeto, após aprovação pela Câmara dos Deputados, em 1984 (projeto nº 634-B), que eliminou a enfiteuse de seu artigo 1226 e incluiu, nele, a superfície, tratada nos artigos 1368 a 1375.

Ao nosso ver, é utilíssimo o instituto da superfície e coerente com a posição de ius in re aliena, sendo de duração temporária, o que retira o principal inconveniente da enfiteuse, a perpetuidade. Entendemos que o único direito que deve ser perpétuo, no sentido jurídico, é o de propriedade, como direito real pleno, ilimitado.

Por outro lado, o aforamento, dentre os problemas que cria, possibilita o ganho ocioso, pois o foreiro, que recebe o terreno inculto, deve pagar ao senhorio direto, à oportunidade de cada alienação onerosa, o laudêmio, que é calculado não só sobre o valor desse terreno já melhorado pelas benfeitorias e acessões nele realizadas pelo enfiteuta, como também sobre o valor destas, situação essa que se perpetua.

Todas essas projetadas restrições contra o instituto da enfiteuse encontram marca na evolução do tratamento legislativo do direito de resgate, cada vez mais facilitado, para possibilitar sua extinção.

Realmente, esse direito exercia-se, ao surgimento de nosso Código Civil, após o decurso de trinta anos de constituída a enfiteuse, com o pagamento de vinte pensões anuais pelo foreiro.

A Lei nº 2.437, de 7 de março de 1955, reduziu esse prazo para vinte anos, com a obrigatoriedade do mesmo pagamento de foros.

Por outro lado, a Lei nº 5.827, de 23 de novembro de 1972, encurtou esse tempo a dez anos, mas com o pagamento de um laudêmio, de dois e meio por cento sobre o valor atual da propriedade plena, e de dez pensões anuais.

Basta, agora, para arrematar, lembrarmos do efeito essencial de resgate enfiteutico, atrás mostrado, que é a confusão, em uma só pessoa, das condições de senhorio e de foreiro.

O enfiteuta, ao exercer seu direito de retratação, torna-se proprietário do imóvel enfiteutico, consolida-se seu direito real limitado em direito real pleno, ante a estudada estatuição legal.

### **6.2 - Rendas constituídas sobre imóveis**

Bem conceituou o direito real de constituição de renda **CLÓVIS BEVILAQUA** (Direito das Coisas, Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 4ª edição, 1956, 1º vol., pág. 324) como a "relação jurídica, em que uma pessoa entrega a outra um imóvel, a título oneroso ou gratuito, a fim de que esta por determinado tempo lhe forneça ou a outrem certa renda periódica", aduzindo que se o ônus da renda referir-se a dinheiro não haverá direito real, mas tão somente pessoal.

Pode, entretanto, esse imóvel, sujeito a prestações de renda, como possibilita o artigo 751 de nosso Código Civil, ser resgatado pelo devedor, desde que este pague ao beneficiário um capital em espécie, que lhe proporcione um rendimento equivalente à taxa legal dos juros, que é de seis por cento ao ano, conforme dispõe o artigo 1063 do mesmo Código.

Pondera **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA** (Instituições de Direito Civil, Direitos Reais, Ed. Forense, Rio de Janeiro - São Paulo, 1ª edição, 1970, vol. IV, pág. 218), escudando-se nas lições de **HEDEMANN**, que "o direito de resgate, não sendo de ordem pública, neste caso, pode ser derogado no ato constitutivo da renda (contrato ou testamento), e, nesse caso, o credor pode recusá-lo. Pode igualmente ser renunciado. Como pode, ainda, pactuar-se não ocorra a remissão antes de certo tempo".

A retratação, neste caso, é legal, pois, quando opera, tal se dá por autorização da lei.

Seu efeito principal é o de fazer tornar à livre disponibilidade de seu proprietário o imóvel gravado.

### **7. Retratação no Direito de Família**

No inciso XI do artigo 183 de nosso Código Civil, declara-se que não podem casar-se os que estiverem sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela, sem que obtenham o consentimento de seus respectivos representantes, sob pena de anular-se o casamento.

Vemos presente, então, e neste passo, um impedimento dirimente privado ou relativo, só superável com a manifestação da mencionada aquiescência pelos aludidos interessados.

Aliás, dentre as formalidades preliminares, nesse caso, por ocasião da habilitação para o casamento, faz-se mister, por exigência do inciso III do artigo 180 de nosso Código Civil, que se apresente ao oficial do Registro Civil a "autorização das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra (arts. 183, nº XI, 188 e 196)".

Contudo, mesmo que os pais, tutores ou curadores tenham consentido no casamento de seus filhos, tutelados ou curatelados, podem eles, como autoriza o artigo 187 do mesmo Código, retratar esse consentimento, desde que isso ocorra até a celebração matrimonial.

Saliente-se que o artigo 197, que especifica as causas de suspensão do ato de celebração do matrimônio, não alude à hipótese da retratação de consentimento, referida, mas, tão somente, à manifestação de vontade de um dos contraentes, quer porque se recuse a afirmá-la, solenemente, quer porque não a declare livre e espontânea, quer, finalmente, porque se mostre arrependido.

Ora, nos apontados casos, existe verdadeira retratação pelo contraente, que, por sua vontade, unilateralmente, impede a celebração matrimonial, principalmente no último, em que se arrepende de casar-se.

Por outro lado, o parágrafo único desse artigo 197 proíbe que o nubente se retrate no mesmo dia, o que quer dizer que essa retratação é possível, posteriormente.

Aqui, cogitamos de um caso de retratação da própria retratação.

Explica **ANTONIO CHAVES** (Lições de Direito Civil, Direito de Família, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, vol. I, pág. 220) que "Não se encontra

disposição idêntica à do parágrafo único do art. 197 em alguma legislação estrangeira; mas bem a justifica”, o que diz com fundamento em **EDUARDO ESPINOLA**, “o receio de ser o contraente, que deu causa à suspensão do ato, moralmente coagido a voltar de pronto à presença do juiz a fim de pronunciar uma afirmação que não corresponda ao seu verdadeiro desejo”.

As espécies de retratação, aqui estudadas, são de natureza legal, pois autorizados ficam, pela lei, os pais, tutores ou curadores, a retratarem seu consentimento a que seus representados se casem, bem como os nubentes, unilateralmente, a retratarem sua predisposição ao casamento, até a celebração deste, podendo retratar esta retratação, depois, mas não no mesmo dia da anterior.

No momento em que a retratação dos representantes ou dos nubentes, ora ventilada, ocorre, torna-se impossível a realização matrimonial.

Por outro lado, quando a retratação for da própria retratação, volta a existir a possibilidade da celebração do casamento.

## **8. Retratação no Direito das Sucessões**

### **8.1 - Aceitação e renúncia da herança**

A retratação pode ocorrer da aceitação ou da renúncia da herança, que são atos jurídicos pelos quais quem é chamado a suceder causa mortis manifesta seu interesse de receber ou de não receber a herança.

A aceitação é, desse modo, um ato de admissão, como a renúncia de demissão, do direito ao recolhimento da herança.

Por sua vez, o artigo 1581 de nosso Código Civil estabelece, em sua primeira parte e em seu parágrafo primeiro, que a aceitação pode ser expressa ou tácita, sendo certo que a anteriormente nomeada realiza-se por escritura pública ou particular, e a segunda, por atos que façam presumir a qualidade de herdeiro, que sejam compatíveis com esse caráter sucessorial.

Pela segunda parte do apontado dispositivo de lei, vemos que a renúncia deve ser, sempre, expressa, mas realizando-se por escritura pública ou por termo judicial.

Esta formalidade impõe-se pela lei, sob pena de nulidade, em caso de sua inobservância.

Neste passo, mais uma vez, como vem sendo mostrado, a retratação reveste-se de sua característica de ato, essencialmente, unilateral, autorizado, aqui, pela lei, mas tão somente nos limites que esta estabelece.

Aliás, como bem observa **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** (Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões, Ed. Saraiva, São Paulo, 11<sup>a</sup>. edição, 1975, pág. 53), a "Renúncia, em regra, é irrevogável, o que se impõe e deve ser observado a bem da seriedade e da segurança das relações jurídicas. Assim acontecia também no direito romano: aquele que renunciava a herança não podia posteriormente reconsiderar a decisão (*'post quaerere non potest'*)". Já o mesmo não acontece com a aceitação, continua esse mesmo Professor, pois esta "pode ser retratada a todo tempo mediante simples declaração unilateral do interessado, por termo nos autos, pagos os impostos devidos, porquanto, em tal hipótese, ocorre transmissão de domínio, sujeita à incidência fiscal."

Comparativamente, mostrando-nos que o direito de retratação de renúncia da herança é uma inovação do Código Napoleônico, transplantada pelos legisladores canadenses a seu Código Civil, elucida **ALBERT MAYRAND** (*Traité Élémentaire de Droit Civil, Les Successions Ab Intestat*, Les Presses de L'Université de Montréal, Montréal, 1971, págs. 216 e 217) que este, em seu artigo 657, admite a possibilidade desse retrato, podendo, assim, em princípio, quem renunciou a herança rever sua decisão a aceitar a sucessão, desde que o beneficiário desse ato de renúncia não a tenha aceitado, sendo certo que, retomando a herança repudiada, o retratante o faz no estado em que ela se encontrar e sem prejuízo aos direitos adquiridos por terceiros sobre os bens dessa sucessão, por prescrição ou por atos validamente praticados.

Em nosso Direito, pelo contrário, a regra é a irrevogabilidade da renúncia.

Conforme determina o artigo 1590 de nosso Código Civil, somente pode retratar-se a renúncia quando a manifestação da vontade do renunciante estiver viciada dos seus vícios próprios: o erro, o dolo e a coação. Já, a retratação da aceitação da herança pode dar-se, por qualquer modo, desde que isso não resulte em prejuízos aos credores.

Neste caso, porém, aplicando-se o disposto no artigo 1586 desse Código,

ocorrendo, assim, tais danos, os prejudicados poderão, com a determinação judicial competente, aceitar a herança em nome do renunciante.

Ministra, a propósito, **CLÓVIS BEVILÁQUA** (Código Civil Comentado, Livr. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 10ª edição, 1958, vol. VI, pág. 30), comentando o citado artigo 1590, que a "renúncia feita por escritura pública ou termo nos autos, somente por um desses modos poderá ser retratada. Para a renúncia", diz o mesmo autor, "há forma especial; e para desfazer um ato para o qual a lei prescreve forma especial, é necessário usar da forma correspondente".

Entretanto, em que pese esse doutíssimo entendimento, se a renúncia ocorreu por escritura pública, que se fez utilizada no processo de inventário, julgamos despicienda a realização de um outro documento público retratador. Basta, para cumprir seu intento, que o retratante tome a providência judiciária cabível, dando-se imediato conhecimento dela ao beneficiado com a liberalidade e aos terceiros interessados.

Pode, até, acontecer, em um primeiro estágio, de procurar o retratante solução de seu interesse nos autos de inventário, antes de propor a demanda ordinária. Isto, porque pode o beneficiado concordar com a retratação da herança, que lhe aproveitou, ou, ainda, o juiz concedê-la, de plano, conforme as circunstâncias do caso que se lhe apresente.

Acrescente-se que, verificando-se a retratação da renúncia, por termo nos autos de inventário, face aos aludidos vícios da manifestação da vontade do renunciante (erro, dolo ou coação), o juiz há que admiti-la, ou não, sendo certo que, até que tal providência judiciária surja, resta interrompido o prazo prescricional à propositura da competente ação anulatória do ato da renúncia.

Por isso que se afirma, em boa Doutrina, que o prazo da prescrição é diferente do da decadência, também porque aquele se interrompe, este não.

Realmente, quem renuncia sua cota hereditária, ao descobrir o erro ou o dolo, em que se viu envolvido, ou, ainda, ao perceber que cessou o efeito do ato coativo, que o prejudicou, pode retratá-la, torná-la sem efeito, ajuizando ação anulatória desse ato jurídico viciado, no prazo de quatro anos, como autoriza o artigo 179, parágrafo 9º, inciso V, letras a e b, contados, em caso de coação, do momento em que esta cessar (letra a) e, cuidando-se de erro ou de dolo, a partir do ato da renúncia (letra b).



Mas, a supor-se que esse ato de retratação encontre sua origem no termo dos autos, sob a égide judicial, tal posição, ainda que não proposta a demanda anulatória, obsta a fluência do prazo prescricional, que resta interrompido até que, no inventário, a respeito dela decida o juiz.

Repelida que seja, nesse aludido feito, a retratação pretendida, encontra, nesse instante, o prazo de prescrição seu termo inicial.

Tanto que, estando a matéria sub iudice, podendo o juiz do inventário acolhê-la, a qualquer momento, não há que falar-se em propositura de ação nesse período, que vai dessa retratação ao seu acolhimento ou desacolhimento judicial.

Aliás, o artigo 984 do Código de Processo Civil é patente ao impor ao órgão jurisdicional que deva decidir favorável ou desfavoravelmente à pretensão que se lhe apresentem os interessados.

Isso é verdade, e se expressa, por outro modo, também, iniludivelmente, no artigo 173 de nosso Código Civil, onde se assenta que "A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper".

Na hipótese, que vimos analisando, o derradeiro ato judicial, que marca o dies a quo do prazo de prescrição, é, indene de dúvidas, a decisão, que, nos autos de inventário, admitir, ou não, o pedido retratatório.

Atente-se, a título de ilustração, que esse ato decisório pode conter, por exemplo, a determinação de que cuide o retratante de seus interesses, pelas vias ordinárias, ou pode ser homologatório da partilha ou adjudicatório de bens da herança, repelindo, expressa ou tacitamente, a retratação da renúncia, deduzida no feito.

Esclarecendo o invocado artigo 173, assertiva **JOÃO LUIZ ALVES** (Código Civil, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 3ª edição, 1957, 1ª vol., pág. 259) que a diferença de efeitos entre a suspensão e a interrupção da prescrição está em que, por aquela, o tempo decorrido antes do impedimento é aproveitado no prazo e, cessado o obstáculo, a prescrição continua a correr, pelo tempo que faltar; ao passo que, por esta, o tempo decorrido fica perdido, inútil para o cálculo do prazo e começa a prescrição a contar novo prazo integral, da data do ato que a interrompeu."

Assim, no caso posto, em que a retratação da renúncia se faça por termo nos autos de inventário, sendo causa interruptiva da prescrição, todo o tempo anterior resta inútil, imprestável. E, aduza-se, nenhum tempo corre, antes de admitido, ou não, esse ato retratatório pelo juiz do feito.

Como demonstra, nesse sentido, **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO** (Curso de Direito Civil, Parte Geral, Ed. Saraiva, São Paulo, 13ª edição, 1975, pág. 300), em se tratando de incidente em inventário, o prazo interrompido começa a correr de novo a partir do instante em que o juiz remete o interessado "para as vias ordinárias". Esse entendimento baseou-se em venerando acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 108, pág. 316).

É que, no ensinamento desse mesmo autor (o. atrás c., pág. 302), com base na Jurisprudência pátria (Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 256, pág. 428), sempre que possível a verificação não só da data do ato interruptivo, como também, do último ato do processo em que ele ocorreu, há que se considerá-la pela maneira mais favorável ao interessado na interrupção.

Na mesma trilha, assevera **RUBENS LIMONGI FRANÇA** (Manual de Direito Civil, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 3ª edição, 1975, 1ª vol., pág. 369), a evidenciar que a interrupção da prescrição ocorre com o pleitear em Juízo do reconhecimento do direito prescribendo, e que se trata "de qualquer ato efetuado em processo, judicial, contencioso ou voluntário, principal ou preparatório, desde que fique esclarecida a disposição do credor de cobrar o débito e o devedor tenha ciência disso. São válidas, portanto, para esse fim, não só interpelação, notificações, etc, mas ainda intimações ou simples vistas da parte interessada".

Podemos, em conclusão, afirmar, e ante as noções expendidas, que a retratação da aceitação ou da renúncia da herança enquadra-se como espécie de resilição legal; unilateral, pois, dado que a lei a concede ao renunciante, e nos moldes que propõe.

Contudo, há que fazer-se pequena distinção entre o modo de concretizar-se, de cada uma.

A retratação de aceitação da herança é simples, pois é ato pelo qual, unilateralmente, o titular de direito sobre esta resolve não recolhê-la, embora possam seus credores obstar, mas por si, essa atuação.

Veja-se, por outro lado, que esse simples proceder não pode admitir-se em caso de retratação de renúncia da herança, uma vez que esse ato implica a requisição de patrimônio hereditário, o que só pode acontecer via processual. Por esta, todavia, concretiza-se essa pretensão, que se viu, antes, por determinação unilateral do retratante, com fundamento na lei, impulsionada.

## **8.2 - Revogação de testamento**

A revogação de testamento, contemplada nos artigos 1746 a 1752, é uma espécie de retratação legal, pois, estabelecida ex lege, possibilita a atuação unilateral não culposa do testador.

O invocado artigo 1746 deixa patente o princípio da revogabilidade ou retratabilidade do testamento, "pelo mesmo modo e forma por que pode ser feito".

Desde o Direito Romano, explicava **ULPIANO** (Digesto, Livro 34, tít. IV, frag.4) que a vontade do defunto é ambulatória até o último instante de sua vida ("ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum").

Estudando esse caráter do testamento, ensina **FRANCESCO DE FILIPPIS** (Successioni, verbete in Enciclopedia Giuridica Italiana, sob a direção de Pasquale Stanislao Mancini, Società Editrice Libreria, Milão, 1910, vol. XV, Parte III, pág. 270, nº 755) que, sendo este essencialmente revogável e dispondo o testador para depois de sua morte, enquanto não morrer esse disponente, "sua disposição é um projeto, que se pode sempre modificar ou suprimir; ela não produz qualquer efeito, nem cria relação jurídica; o herdeiro ou o legatário adquire direito depois e pela morte do testador".

Atente-se, ainda, a que, sendo o testamento ato unilateral, que gera efeitos, tão só, após a morte do testador, os herdeiros testamentários restam em expectativa de direitos, sem tê-los, portanto, até o aludido falecimento.

Assim, a revogação ou retratação do testamento ocorre com extrema facilidade, porque, também por ato unilateral, se realiza, tornando ineficaz a causa geradora de futuros efeitos, a causa em potencial.

Por outro lado, existem três espécies de revogação: a expressa, a tácita e a presumida, que, a seguir, examinaremos.

A primeira estampa-se em outro testamento, conforme deduz-se do

preceituado no artigo 1746 de nosso Código Civil.

Desse modo, se alguém fizer um testamento por escritura pública, pode revogá-lo por outro testamento, que, no entanto, poderá ser público, como cerrado, ou, ainda, particular.

Neste caso, é expressa a revogação ou retratação testamentária, porque o diz, indene de dúvidas, o próprio testador. Manifesta ele, inequivocamente, a sua vontade nesse sentido; por escrito e pela forma estatuída na lei.

Pode, ainda, ser tácita a revogação, quando, em testamento novo, sem declarar-se a ineficácia do anterior, seu texto for incompatível com este, ou quando for inutilizada a cédula testamentária pelo testador ou com o seu consentimento, ou, finalmente, quando o testamento perder o seu objeto. É possível, portanto, que se desdiga o testador ou que rasgue, por exemplo, seu testamento particular ou rompa o lacre do cerrado, ou, ainda, aliene o bem legado, não importando, neste caso, de que natureza seja o testamento.

Sendo, entretanto, presumida ou legal a revogação, constará ela, certamente, do preceituado na lei. Assim, sobrevindo descendente do testador, ainda que pelo instituto da adoção ou da legitimação adotiva, restará ineficaz o testamento anterior a esses fatos. Da mesma forma, se o testador, depois de ter testado, reconhecer filho natural, voluntariamente ou por força de ação de investigação de paternidade, julgada procedente, ou desconhecer a existência de qualquer herdeiro necessário, a não ser que as pessoas atrás indicadas não sobrevivam ao testador.

Se, ainda na ocorrência desses casos, quiser o testador dispor de sua parte disponível, terá de fazer novo testamento, a não ser que tenha ressalvado no primitivo sua intenção de, malgrado existirem herdeiros necessários, dela dispor, ou em caso de querer a deserção destes.

Certo é que, nos dois primeiros casos de revogação, expressa e tácita, pode ela abranger, conforme a situação exposta, uma ou outra cláusula testamentária ou comprometer, integralmente, o testamento. Por isso, será, respectivamente, parcial ou total.

Assim, é parcial a retratação, quando, por exemplo, o testador declara ineficaz uma das cláusulas testamentárias, ou quando desdiz, em testamento novo, o que dissera em uma das disposições do testamento antigo, ou quando

aliena um dos bens legados.

Cuidando dos efeitos da revogação testamentária, e após mostrar que, por eles, ela se equipara à nulidade, leciona **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA** (Instituições de Direito Civil, Direito das Sucessões, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2ª edição, 1976, vol. VI, pág. 248), e escudado em ensinamentos de **FRANCESCO DEGNI, CARLOS MAXIMILIANO, AMBROISE COLIN, HENRY CAPITANT e ANTONIO CICU**, que, “revogada ou nula, a disposição se invalida. Diferem, contudo, em que a nulidade provém de vício que maculara o testamento na sua origem, posto que declarada judicialmente após a morte do disponente; e a revogação é obra do declarante mesmo, em manifestação dotada de plena validade. E, nestas condições, é ato unilateral, não receptício e solene”.

Como pudemos perceber, nitidamente, revogado o testamento, tornam-se inúteis as suas disposições.

Entretanto, essa abrangência não nos parece absoluta, pois, ainda que existam respeitáveis opiniões em sentido contrário, entendemos, por exemplo, que não é atingido pela ineficácia revocatória o reconhecimento de um filho.

A respeito, após declarar o pensamento de **ESTEVAM DE ALMEIDA**, segundo o qual, “o reconhecimento é a determinação do estado de filiação, e, como tal, irretirável”, ensina **TITO PRATES DA FONSECA** (Sucessão Testamentária, Ed. Saraiva, São Paulo, 1928, págs. 410 e 411) que “Deve-se, com Espínola, entender verdadeira a doutrina de Estevam de Almeida, quando repete as palavras de Pacifici-Mazzoni “o reconhecimento nada tem de comum com as disposições testamentárias; de sorte que a revogabilidade destas não se comunica àquele”. O reconhecimento, confissão irrevogável, embora feita em testamento revogado, não há razão para deixar de ter subsistência”.

Seria o caso de cogitar-se, agora, da retratação da revogação do testamento, ou, para melhor entendermos, da retratação testamentária.

Ao tratar dessa retratação, que chama de “revogação da revogação”, e que, “como disposição de última vontade”, é, também, “revogável”, explica **PAUL PIOTET** (Droit Successoral, in Traité de Droit Privé Suisse, Éditions Universitaires Fribourg, Fribourg, 1975, tomo IV, págs. 232 e 233) que ela ganha importância pelo eventual revigoração das disposições revogadas, aduzindo que este pode conceber-se por dois modos: ou as disposições antigas retomam vida, pelo efeito

retroativo da retratação, como se fosse a revogação anulada por vício da vontade, ou essas mesmas disposições continuam nulificadas, ineficazes, sendo definitiva a revogação, podendo o testador, "ao revogar essa revogação, manifestar a vontade de testar no sentido das disposições revogadas".

E completa esse Professor da Universidade de Lausanne (o.c., pág. 235) que "o efeito da revogação é a ineficácia completa e irremediável do testamento revogado e é a nova vontade de testar, referindo-se ao testamento revogado, que coloca em vigor as disposições deste ex nunc".

Poder-se-ia, neste passo, entender esse ponto de vista de acordo com o disposto no parágrafo 3º do artigo 2º da Lei de Introdução ao nosso Código Civil, Decreto-Lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942, em que se consagra o princípio segundo o qual "Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência." Assim, no Direito Brasileiro é impossível a reprivatização de uma lei, pela revogação, tão só, da lei que a revogara.

Contudo, duas são as situações, que surtem desse posicionamento, pois, em se tratando de revogação de lei, quando a revogadora de outra é revogada, pura e simplesmente, isto ocorre porque o legislador, como não quis a existência da primitiva, também não quer a da lei revogada. Revogar uma lei não implica a querença de fazer ressurgir situações do passado.

Com relação ao testamento, entretanto, algo bem diferente se passa, pois quem retrata a revogação de um testamento, claro está, quer a existência deste, pois, para tornar tudo em nada, não necessitaria de retratar ou de revogar dita revogação.

Tanto isto é correto que, se alguém revoga um testamento é para que ele não venha a produzir seus efeitos, à morte do testador.

Dessa maneira, a retratação da revogação não teria qualquer significado, se as disposições, anteriormente revogadas, não renascessem.

Não podemos admitir, em sã consciência, que, com a aludida retratação, os efeitos sejam os mesmos do que sem ela.

Assim, quem retrata uma revogação é porque quer terminar com seus efeitos, como se ela jamais tivesse existido.

Há, nesta consideração, que levar-se em conta a vontade do testador, que, na mostrada situação, manifesta-se no sentido de reprimir o testamento revogado, tudo para que se tenha presente a recomendação exegética do artigo 1666, que reafirma a do artigo 85, ambos do Código Civil.

É preciso, portanto, que seja encontrada a verdadeira intenção do testador.

### **9. Efeitos**

Já tivemos oportunidade de cuidar dos efeitos da retratação nas variadas situações, especificamente, cogitadas neste trabalho.

Nesta feita, resta, *in genere*, concluir que o principal efeito da retratação de âmbito civil é o de fazer ressurgir algo que, antes dela, existia.

Dizemos, no campo específico do Direito Civil, porque a retratação se espalha, tratada nos diversos ramos da Ciência Jurídica, e com características, completamente, diversas.

A título exemplificativo, na área do Direito Processual Penal, a renúncia ao exercício do direito de queixa, prevista nos artigos 49 e 50 do Código de Processo Penal, é irretroatável, como ministra **SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO** (Retratção do Retrato, Parecer, *in* Ciência Penal, Ed. Convívio, São Paulo, 1975, nº 3, págs. 116 a 122, especialmente 122), que assevera, na conclusão desse trabalho: "o ato de retratação do retrato" (renúncia) "não emerge válido, nulo ou anulável, que são categorias existenciais. Coloca-se tal ato em outro plano, posto que aflorou inexistente, no mais amplo sentido. É mero ato aparente, ao qual falta o elemento próprio a todos os atos jurídicos: a possibilidade em abstrato, a hipótese legal, o modelo. Nem se permite, pois, lhe cogitar de validade e eficácia. Consiste em um nada jurídico, em relação à ação penal, de que se trata, ao menos no momento."

E situando o caso abordado nesse Parecer, explica esse mesmo Professor (o.c., pág. 120) que "a menor ofendida casou-se com terceiro e a ação penal pública privatizou-se. Veio aos autos. Tomou lugar na relação jurídica processual, deslocando o Ministério Público e retratou" (renunciou) "a representação, por meio de procurador bastante."

Tal situação sela, definitivamente, no processo penal, a impossibilidade de

retratação dessa renúncia ("retrato"). Extingue-se o direito, com essa renúncia, inapelavelmente, mesmo antes do decurso do prazo decadencial de seis meses.

No Direito Civil, entretanto, sempre será possível a retratação, como nos casos aqui estudados, e com as particularidades de cada um, desde que não se tenha escoado prazo prescricional, como na retratação da renúncia de herança.

A retratação civil, mostrando-se no seu efeito essencial, como vimos, faz renascer uma situação jurídica anterior entre as partes existente ou a que for prevista em lei, como no caso do retrato enfiteutico, em que esse direito real de quase-propriedade passa à categoria de direito pleno de propriedade.

#### **BIBLIOGRAFIA**

1.- **EDUARDO ESPÍNOLA**, Garantia e Extinção das Obrigações, Livr. Freitas Bastos, Rio - São Paulo, 1ª ed., 1951.

2.- **ROGÉRIO LAURIA TUCCI** e **ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO**, Tratado da Locação Predial Urbana, Ed. Saraiva, São Paulo, 1ª ed., 3ª tiragem, 1988.

3.- **PAULO CARNEIRO MAIA**, Da Retrovenda, Ed. Saraiva, São Paulo, 1ª ed., 1955.

4.- **CLÓVIS BEVILÁQUA**, Código Civil Comentado, Livr. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 10ª ed., 1955, vol. IV; Código Civil Comentado, Livr. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 9ª ed., 1954, vol. V; Direito das Coisas, Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1956, 1º volume; e Código Civil Comentado, Livr. Francisco Alves, Rio de Janeiro, 10ª ed., 1958, vol. VI.

5.- **ORLANDO GOMES**, Contratos, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1966; A Reforma do Código Civil, Publicações da Universidade da Bahia, 1965; e Anteprojeto de Código Civil, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1963.

6.- **DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE**, Do Contrato, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1960.

7.- **JEAN CARBONNIER**, Droit Civil, Les Obligations, Presses Universitaires de France, coleção Thémis, Paris, 6ª ed., 1969, vol. 4.

8.- **SÍLVIO RODRIGUES**, Das Arras, Ed. Revista dos Tribunais, São



Paulo, 1955; e Direito Civil, Direito das Coisas, Ed. Saraiva, São Paulo, 4ª ed., 1972, vol. V.

9.- **RUBENS LIMONGI FRANÇA**, Manual de Direito Civil, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1ª ed., 1969, vol. 4º tomo II; e Manual de Direito Civil, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 3ª ed., 1975, 1º volume.

10.- **MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES**, Curso de Direito Civil, Livr. Freitas Bastos, Rio de Janeiro - São Paulo, 2ª ed., 1957, vol. III.

11.- **JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES**, A Retrovenda, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1967.

12.- **MANOEL IGNÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA**, Contratos no Direito Civil Brasileiro, Ed. Francisco Alves e Aillaud, Alves, Rio de Janeiro - Paris, 1911, tomo I.

13.- **AGOSTINHO ALVIM**, Da Doação, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1963.

14.- **J.M. DE CARVALHO SANTOS**, Código Civil Brasileiro Interpretado, Ed. Calvino Filho, Rio de Janeiro, 1937, vol. XVIII.

15.- **ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO**, Enfitese - III, verbete, in Enciclopédia Saraiva do Direito, Ed. Saraiva, São Paulo, 1979, vol. 32.

16.- **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA**, Instituições de Direito Civil, Direitos Reais, Ed. Forense, Rio de Janeiro - São Paulo, 1ª ed., 1970, vol. IV; e Instituições de Direito Civil, Direito das Sucessões, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1976, vol. VI.

17.- **ANTÔNIO CHAVES**, Lições de Direito Civil, Direito de Família, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, vol. I.

18.- **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO**, Curso de Direito Civil, Direito das Sucessões, Ed. Saraiva, São Paulo, 11ª ed., 1975; e Curso de Direito Civil, Parte Geral, Ed. Saraiva, São Paulo, 13ª ed., 1975.

19.- **ALBERT MAYRAND**, Traité Élémentaire de Droit Civil, Les Successions Ab Intestat, Les Presses de L'Université de Montréal, Montréal, 1971.

20.- **JOÃO LUIZ ALVES**, Código Civil, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1957, 1º volume.

21.- **ULPIANO**, Digesto, Livro 34, tít. IV, frag. 4.

22.- **FRANCESCO DE FILIPPIS**, Successioni, verbete, in Enciclopedia Giuridica Italiana, sob a direção de Pasquale Stanislao Mancini, Società Editrice Libreria, Milão, 1910, vol. XV, Parte III.

23.- **TITO PRATES DA FONSECA**, Sucessão Testamentária, Ed. Saraiva, São Paulo, 1928.

24.- **PAUL PIOTET**, Droit Successoral, in *Traté de Droit Privé Suisse*, Éditions Universitaires Fribourg, Fribourg, 1975, tomo IV.

25.- **SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO**, Retratação do Retrato, Parecer, in *Ciência Penal*, Ed. Convívio, São Paulo, 1975, nº 3.

## **Medida Cautelar Fiscal e Cautelares Contra o Poder Público**

Vicente Greco Filho

---

*Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Professor  
Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da  
Universidade São Paulo e Professor Associado do  
Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo. Advogado.*

Duas leis do ano de 1992 disciplinaram providências ou medidas cautelares com o objetivo, de um lado, de fortalecer o fisco e, de outro, de reduzir o número de cautelares contra o Poder Público. Ambas merecem comentários conjuntos, porque se inserem dentro da sistemática do processo cautelar. Trata-se da Lei nº 8.397 de 6 de janeiro de 1992 e da Lei nº 8.437 de 30 de junho.

A Lei nº 8.397 de 6 de janeiro de 1992 instituiu o procedimento cautelar fiscal, a fim de assegurar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública (inclusive contribuições sociais), por meio da indisponibilidade de bens do devedor, requerida pela Fazenda ao Juiz competente para o processo executório.

O ilustre tributarista IVES GANDRA DA SILVA MARTINS sustenta a

inconstitucionalidade da medida por violação do princípio do devido processo legal (em Repertório IOB Jurisprudência, 1ª quinzena de março de 1992, nº 05/92) e o ilustre Professor HUGO DE BRITO MACHADO (Cautelar Fiscal, *ibidem*) sustenta a sua inconveniência ou inadequação, inclusive sob o aspecto do possível aumento de congestionamento do Poder Judiciário e de poder abrir ensejo ao arbítrio.

Em primeiro lugar, há que se distinguir entre a vontade do legislador e a vontade da lei.

É evidente que teve o legislador em mente a antecipação da garantia do fisco desde a constituição do crédito fiscal, independentemente de qualquer incidente no percurso, até que se substitua a medida cautelar pela medida executiva que é a penhora ou outra garantia de pagamento.

Todavia, como se disse, uma coisa é a vontade do legislador, outra é a vontade da lei. Esta, quando é editada, se insere num universo compreensivo e será interpretada e aplicada dentro do espaço que lhe foi possível ocupar. Tem ela limitações verticais, decorrentes da hierarquia de normas jurídicas e limitações horizontais, na medida em que o que nela está disposto é entendido em consonância com outras normas jurídicas do mesmo nível hierárquico.

Não vejo, contudo, inconstitucionalidade na medida cautelar fiscal.

A indisponibilidade de bens já existe desde a Lei nº 6.024/74 (que, aliás, já adquiriu a imputabilidade penal), decorrente de ato administrativo, e não foi declarada inconstitucional. A antecipação ou garantia da execução é consequência natural do arresto, do seqüestro, das liminares em possessórias e em grande número de outras medidas cautelares, de modo que não vejo, nesse aspecto, violação do "due process of law".

No entanto, coerentemente com as preocupações procedentes dos dois ilustres professores acima citados, há que se chegar a uma interpretação da lei que atenda ao "logos del razonable", referido por RECASENS SICHES, mesmo porque, ainda que o legislador tenha tido a intenção de privilegiar determinada posição jurídica, os princípios que regem determinada área do direito não permitem que o desequilíbrio leve a conclusões injurídicas.

A técnica de privilegiar posições de direito material por intermédio de normas processuais é da natureza da própria instrumentalidade do processo. Af

está a ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária, para privilegiar o financiador, ou, para dar maior poder ao locador, a lei de locações prediais urbanas em vigor retirou o efeito suspensivo da apelação contra a sentença de despejo e criou, também, hipótese de desocupação concedida liminarmente. Isso apenas para exemplificar. Mas o privilégio não pode ser ilimitado, encontrando lindes nos princípios de direito processual e da ordem jurídica em geral.

A Lei nº 8.397/92 quis privilegiar, obviamente, a Fazenda Pública e não cometeu exageros, se for interpretada e aplicada como adiante se exporá, ainda que outra tenha sido a intenção do legislador.

A medida cautelar fiscal, dentro da tradição do processo cautelar, foi instituída como dependente da execução judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, podendo ser requerida antes ou no curso da execução. Evidentemente se, na execução já instaurada, houver penhora, a medida executiva absorve a cautelar, inexistindo interesse processual para esta última. Na pendência da execução, somente será admissível a cautelar antes de efetivados o arresto ou a penhora previstos na Lei nº 6.830/80 ou na hipótese de revelarem-se eles insuficientes. O art. 10 da Lei nº 8.397/92 abona essa conclusão: se a medida cautelar fiscal pode ser substituída, a qualquer tempo, por uma das garantias do art. 9º da Lei nº 6.830/80, entre as quais se inclui a penhora, se esta já existir e for suficiente, não tem cabimento a cautelar fiscal.

Os arts. 2º e 3º da Lei nº 8.397 especificam o "periculum in mora" e o "fumus boni iuris" para a concessão da medida. O "periculum in mora" se revela pela ocorrência da impontualidade (inciso IV do art. 2º) ou de fatos denunciadores da insolvência (demais incisos do mesmo art. 2º), como se exige para a concessão do arresto (art. 813 do Código de Processo Civil). Os fatos denunciadores da insolvência, como a dilapidação de bens ou a tentativa de ausentar-se, instituem uma presunção, de natureza relativa e que, portanto, pode ser elidida pelo depósito do valor devido, demonstrando estar o devedor "in bonis". Demonstrado o fato denunciador da insolvência ou a impontualidade, cabe ao devedor o ônus de demonstrar não haver perigo de falta de pagamento.

O "fumus boni iuris" decorre da existência de prova literal da constituição do crédito fiscal e prova documental de algum dos casos mencionados no art. 2º, como dispõe o art. 3º da Lei nº 8.397/92. Mas não só: depende, também, de ter sido o crédito fazendário regularmente constituído em procedimento administrativo

e, também, que o fundamento do crédito afirmado seja juridicamente possível e consistente. Assim, não há "fumus boni iuris" se o crédito, ainda que regularmente constituído em procedimento administrativo, esteja fundado em norma jurídica manifestamente inconstitucional ou, por exemplo, sem qualquer base de ordem fática.

Entendo, também, inexistir "fumus boni iuris" se a exigibilidade do crédito estiver suspensa nas hipóteses do art. 151 do Código Tributário Nacional ou se foi proposta ação anulatória do débito fiscal com depósito preparatório nos termos do art. 38 da Lei nº 6.830/80. Com maior razão se o débito estiver extinto ou excluído.

É certo que, no caso de fatos denunciadores da insolvência do art. 813 do Código de Processo Civil, ou da sentença condenatória da qual pende recurso (parágrafo único do art. 814 do CPC), é possível arresto sem que a dívida seja ainda exigível. Todavia, no primeiro caso, efetivado o arresto, o credor tem o prazo de 30 dias para propor o pedido de decretação da insolvência, que é a ação principal do arresto, e, decretada a insolvência, ocorre o vencimento antecipado da dívida que passa, então, a ser exigível. No segundo caso, o crédito já está consagrado em sentença judicial, a qual, apesar de modificável por meio de recurso, é suficiente para caracterizar o "fumus boni iuris". Além disso, a eventual demora na propositura da execução depende da tramitação do processo judicial e não do credor, até que a sentença possa ser executada, ainda que provisoriamente. Se a demora dependesse do credor, não teria dúvida em concluir que ocorreria a caducidade do arresto, como por exemplo se, exequível a sentença, o credor não propusesse a execução no prazo de 30 dias.

No caso da suspensão da exigibilidade do crédito tributário a administração fazendária nada pode fazer quanto à sua cobrança e desnaturaria a própria essência da cautela, que se assenta na transitoriedade, entender que a medida pudesse persistir por tempo indeterminado enquanto a administração, por exemplo, decide recurso administrativo.

Os arts. 11 e 12 da Lei nº 8.397/92 estabelecem o prazo de 60 dias para a propositura da execução fiscal contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa, sob pena de caducidade da medida, e, salvo decisão em contrário, a conservação de sua eficácia durante o período de suspensão do crédito.

Há algumas alternativas a considerar, conciliando a posição acima assumida

e os dispositivos citados:

1ª - Foi interposto recurso ou outra providência que provoque a suspensão da exigibilidade do crédito fazendário antes da concessão da medida cautelar fiscal. Nesse caso, a medida não deverá ser concedida por falta de "fumus boni iuris".

2ª - Foi interposto recurso ou outra providência que provoque a suspensão da exigibilidade do crédito após a concessão da medida cautelar fiscal. Caberá ao juiz, em cada caso, decidir sobre a conservação da eficácia, ou não, da medida, levando em consideração os seguintes fatores: a) se o fundamento do recurso ou da providência excluiu, ainda que temporariamente, o "fumus boni iuris" para a manutenção da medida, porque os pressupostos das medidas cautelares podem sempre ser reexaminados se novas circunstâncias surgirem; b) se a conservação da eficácia da medida não causará onerosidade injusta ou excessiva para o devedor. Se entender o juiz de manter a eficácia da medida, então aplica-se o prazo do art. 11, ou seja, a Fazenda Pública tem até 60 dias após a irrecorribilidade da exigência do crédito na esfera administrativa para a propositura da execução judicial. É de observar-se, porém, que a conservação da medida se torna imediatamente injusta se a administração não cumpre os prazos legais ou regulamentares no exame dos recursos. Se a administração cumpre os prazos, tendo entendido o juiz de continuar presente o "fumus boni iuris", mantendo a cautela, o devedor poderá precipitar o decurso do prazo do art. 11 desistindo do recurso administrativo.

Cabe, finalmente, considerar que o art. 7º da Lei comentada poderia dar a entender que, requerida a medida, a concessão da liminar seria automática. Não vejo aí o entendimento correto. O art. 8º da própria Lei, ao disciplinar a contagem do prazo para a contestação, prevê duas situações: da juntada do mandado de citação devidamente cumprido e da juntada do mandado de execução da medida cautelar quando concedida liminarmente. Isso quer dizer que, na primeira hipótese, não foi concedida a liminar, o que ocorrerá se o juiz não se convencer, desde logo, da existência dos pressupostos para a concessão da medida conforme acima exposto. Haverá, portanto, sempre, por parte do magistrado, a análise do "periculum in mora" e do "fumus boni iuris", especialmente diante do pedido de liminar "inaudita altera parte". Da decisão que conceder liminarmente a medida cautelar cabe agravo de instrumento, dispõe o parágrafo único do art. 7º da Lei. O agravo de instrumento não tem efeito suspensivo, de regra, mas será fatal a possibilidade de mandado de segurança para dar esse efeito ao recurso. A Lei

somente prevê o agravo na hipótese de concessão da liminar. Teria excluído na hipótese de negativa da concessão? Creio que sim, porque se desejasse que o recurso fosse "pro et contra" teria assim estabelecido, ou nada disposto a respeito, aplicando-se, então, subsidiariamente, o Código de Processo Civil. Como dispôs expressamente, excepcionou o Código.

A segunda lei que disciplinou a concessão de cautelares é a de nº 8.437 de 30 de junho de 1992, desta vez com o objetivo de reduzir tais medidas contra o Poder Público.

Trata-se de lei conceitual, que pretende dar certos parâmetros para a utilização do poder geral de cautela preconizado no art. 798 do Código de Processo Civil quando em face do Poder Público.

A preocupação a respeito não me é nova, mas não só em face do Poder Público.

Dissemos em outras oportunidades que o poder geral de cautela, ampliado pelo Código vigente, em momento algum quis que se substituíssem as medidas cautelares típicas pelas inominadas. Se não cabem aquelas por falta de requisito legal, não podem vir acobertadas pelo manto do art. 798. Este teve a finalidade de atender a situações novas, que o legislador não previu e que merecem proteção. Se o legislador previu e estabeleceu os requisitos para a concessão, como é o caso, para exemplificar, do arresto, garantidor de futura execução por quantia, é porque deseja que somente seja concedido, qualquer que seja o nome que se lhe dê, se presentes os seus pressupostos específicos. Isso porque o legislador já prefixou que a concessão fora dos casos previstos seria abusiva. Em outras palavras, dentro do exemplo citado, conceder "indisponibilidade de bens" ou "bloqueio de contas bancárias", para garantia de futura e hipotética execução (ainda que universal), é conceder arresto, sem título de dívida líquida e certa ou sentença condenatória (art. 814, parágrafo único do Código de Processo Civil), ilegal, portanto.

Por outro lado, a concessão da cautela, para que não seja abusiva, deve guardar relação lógica e de proximidade com a satisfação do direito pleiteado em caráter principal. Se este é remoto ou ainda dependendo de processo de conhecimento para se definir, processo esse que, depois, dependerá de execução, somente em situações excepcionalíssimas é que se pode admitir a antecipação de uma constrição judicial.



Esses conceitos, em linhas gerais, foram acolhidos pela Lei nº 8.437/92.

Ou seja, se cabe mandado de segurança, não cabe cautelar inominada, faltante algum dos requisitos do primeiro. Se o mandado de segurança seria originário de Tribunal, não cabe cautelar com o mesmo objeto em primeiro grau.

Todavia, ainda que a lei esteja conceitualmente correta, sua aplicação será muito difícil, senão impossível, caindo, como tantas outras, no limbo das normas sem eficácia.

Isso porque o legislador se esqueceu de que a lei não pode substituir a doutrina jurídica e o entendimento jurisprudencial, atuando, cada uma em áreas diversas do conhecimento e da prática do Direito.

O art. 1º "caput" da Lei nº 8.437 de 30 de junho de 1992 prevê não ser cabível "medida liminar contra atos do Poder Público no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal".

Exige ele uma apreciação hipotética de "providência semelhante" que poderia "ser concedida em mandado de segurança", incabível "em virtude de vedação legal". Tal comparação, no plano da hipótese, é muito difícil, senão impossível. Isso porque o cabimento e a adequação de determinada providência pleiteada perante o Poder Judiciário diferem se forem analisados "em tese" ou se forem analisados diante de um caso concreto.

Mas parece que o que a lei quis dispor foi o seguinte:

Se lei expressa veda a concessão de medida liminar (a tal "providência semelhante") em mandado de segurança, como acontece nas Leis nº 2.770 de 4 de maio de 1956 e nº 4.348 de 26 de junho de 1964, está proibida a concessão em procedimento cautelar.

Assim se admitindo a interpretação, razoável é a disposição legal, desde que superada a dificuldade da comparação entre as ações, como acima apontado.

Todavia, há outro ponto a considerar. As normas constitucionais de eficácia plena, como a do "habeas corpus" ou do mandado de segurança prevalecem sobre normas jurídicas infra-constitucionais, que não se aplicam se tenderem a acarretar conseqüências obstativas da garantia constitucional.

Não é que normas restritivas de liminares sejam inconstitucionais (jamais se questionou a constitucionalidade das leis acima referidas), mas o que ocorre é que se a liminar for indispensável à efetivação da garantia constitucional, em determinado caso concreto, será concedida a despeito da proibição legal, porque aquela prevalece sobre esta.

O mesmo vale para o contido no § 3º do art. 1º da Lei comentada, o qual considera incabível liminar satisfativa contra o Poder Público, que esgote no todo ou em parte o objeto da ação.

Sempre foi preocupação da Jurisprudência a concessão de liminar satisfativa, que antecipa, muitas vezes de maneira irreversível, o que deveria ser o provimento definitivo, inclusive em virtude da exigência do devido processo legal, restringindo-a a casos excepcionais. Ora, esses casos excepcionais são aqueles em que a própria efetividade da atuação jurisdicional está condicionada à concessão do provimento imediato, ainda que satisfativo, de modo que, como acima se disse, ocorrendo aquela situação de necessidade, poderá ele ser concedido, independentemente da proibição legal.

Aliás, a rigor, a absoluta maioria dos casos de proibição legal de concessão de liminares em mandado de segurança são de hipóteses em que não deveriam mesmo ser concedidas, porque ausente o pressuposto de sua concessão, qual seja a necessidade da providência imediata sob pena de, em sendo procedente a pretensão definitiva, ser ela ineficaz se a liminar não tivesse sido concedida.

Em outras palavras, essas leis têm mais caráter didático ou de explicitação do que a doutrina e a Jurisprudência entendiam anteriormente, de modo que se os conceitos jurídicos fossem aplicados corretamente não seriam elas necessárias. De outro lado, se em casos excepcionais a liminar é indispensável à efetivação da garantia constitucional, deverá ela ser concedida ainda que exista a proibição legal.

As disposições dos arts. 2º e 3º não apresentam maiores dificuldades, observando-se, porém, o erro de técnica processual de se referir, ainda, no processo civil a recurso "ex officio".

O art. 4º estende para as ações em geral contra o Poder Público a possibilidade de suspensão de liminar pelo Presidente do Tribunal, nos moldes instituídos pela Lei nº 4.348 de 26 de junho de 1964 para o mandado de segurança. A providência é salutar, porque substitui a interposição de agravo e a impetração

de mandado de segurança para dar-lhe efeito suspensivo, sendo, portanto, mais econômica e prática.

Estranho, porém, é o § 1º desse artigo, porque se refere a "cautelar inominada no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado" (sic). Estranho porque na ação popular e na ação civil pública a liminar pode ser concedida nos próprios autos, independente de processo cautelar. Deve o dispositivo referir-se a eventual processo cautelar anterior à propositura da ação principal, mas o que, no caso de ação popular, é, no mínimo, inusitado. Provavelmente a referência legal, aliás dispensável porque a hipótese já estaria incluída no "caput" do artigo, teve em mente algum caso concreto que incomoda ou incomodou a Administração e mereceu a previsão legal.

Em suma, ambas as leis comentadas acabam por demonstrar a importância do processo como instrumento utilizado pelo legislador para privilegiar posições jurídicas de direito material, mas também demonstram que a Lei não é, jamais, a solução mágica para os problemas e que sua aplicação está sempre condicionada à efetividade das normas constitucionais e à sua consonância dentro do ecossistema jurídico em que se inserem.

# ***A Nova Lei de Licitações e o Código de Defesa do Consumidor: O Poder Público Como Consumidor de Bens e Serviços***

Fábio Ulhoa Coelho

---

*Livre- Docente, Professor de Direito Comercial e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador do Município de São Paulo e advogado.*

## **1. Introdução**

A legislação consumerista brasileira, codificada pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), considera o poder público sob três diferentes perspectivas: como prestador de serviços públicos, como agente tutelar do mercado de consumo e como consumidor, ele próprio, de bens e serviços. Na qualidade de prestador de serviços, o poder público está sujeito às mesmas obrigações estabelecidas para os fornecedores. Além disso, o art. 22, e parágrafo único, do CDC, prevêem a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público por serviços prestados por seus órgãos, que não atendam às marcas da adequabilidade,

eficiência, segurança e continuidade dos essenciais. Como agente tutelar dos direitos dos consumidores, cabe-lhe fiscalizar e controlar a qualidade da produção, industrialização, distribuição, publicidade de produtos e serviços e do próprio mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor (CDC, art. 55, § 1º), aplicando, na hipótese de infração praticada por fornecedores, as sanções administrativas estabelecidas pelo legislador, como a multa, apreensão e inutilização de produto, suspensão temporária de atividade, imposição de contrapropaganda etc. (CDC, arts. 56 e 60). Também, a propósito, reservou-lhe a lei a legitimidade ativa para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de consumidores (CDC, art. 82, II e III). Finalmente, como destinatário final de produtos e serviços oferecidos ao mercado, o poder público é também, dadas certas condições, beneficiário da tutela legal criada para amparo dos consumidores.

As regras tradicionalmente estudadas pelo direito administrativo e as da legislação consumerista em parte se sobrepõem. Antes mesmo de o Código de Defesa do Consumidor definir os direitos dos destinatários dos serviços públicos, estes podiam já invocar alguma proteção jurídica, como titulares de direito público subjetivo. Em certa medida, portanto, as figuras de cidadão e de consumidor se interpenetram. O mesmo se pode afirmar relativamente à possibilidade de o poder público invocar, na proteção de seus interesses, o regime consumerista, já que, tradicionalmente, a legislação sobre licitação e contratos administrativos tem abrangido a questão dos vícios de fornecimento nos contratos administrativos (embora não se valendo nunca exatamente desse conceito). A Lei 8.666/93, por exemplo, refere-se à temática, em diversas passagens dos capítulos pertinentes à inexecução contratual e seus desdobramentos (arts. 77 e 78, II, principalmente).

No presente estudo, pretendo discutir exatamente essa segunda forma de sobreposição de disciplinas jurídicas, procurando discernir em que medida a interpenetração de regimes realmente existe e sob quais critérios será cabível preferir-se a solução de um deles, em detrimento da apontada pelo outro. Inicialmente, porém, deve-se aprofundar a questão relativa ao enquadramento do poder público no conceito legal de consumidor. Na seqüência, apontarem-se as diferenças entre o regime consumerista e o jurídico-administrativo, no que diz respeito ao tema aqui em foco, para, enfim, considerarem-se as hipóteses próprias de aplicação de cada um dos regimes.

## **2. Poder Público e o Conceito de Consumidor**

Seguindo a reflexão desenvolvida por diversos consumeristas, na literatura estrangeira<sup>(1)</sup>, dividem-se os sistemas jurídicos entre dois diferentes modos de se conceituar o consumidor: de um lado, o subjetivo, em que se realça o aspecto não-profissional do adquirente de bens e serviços no mercado de consumo, contraposto ao profissionalismo do fornecedor; e, de outro, o objetivo, em que o elemento predominante é o de elo final da cadeia de circulação de mercadorias e serviços. Ou seja, o consumidor pode ser visto pela perspectiva do sujeito desprovido dos mesmos conhecimentos técnicos, econômicos e jurídicos da pessoa com quem ele entabula negociações, ou como o destruidor do valor de troca de bens e utilidades, produzidos economicamente pelos homens.

A definição subjetiva de consumidor tem sido considerada menos abrangente, porque não abarca os empresários, na aquisição final - sob o ponto de vista material, mas não necessariamente econômico - de bens e serviços para a sua empresa<sup>(2)</sup>. Com efeito, na hipótese de desenho do consumidor pelo prisma da carência de profissionalismo, os empresários se mostram forçosamente excluídos dessa figura. Já a adoção de critério objetivo de identificação do consumidor, com relevância à sua função de destruidor do valor de troca de produtos e serviços, não afasta a possibilidade de o empresário ter os seus interesses protegidos pela legislação consumerista, na aquisição de bens e serviços para a sua empresa<sup>(3)</sup>; muito embora, essa possibilidade não esteja, absolutamente, livre de problematização pela doutrina<sup>(4)</sup>.

O direito brasileiro optou pela adoção do critério objetivo de identificação do consumidor. Segundo o previsto no art. 2º do CDC, este é definido como "a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". O destaque à função econômica do consumidor, como último elo da cadeia de circulação de mercadorias e utilidades, revela-se claro nos dizeres da lei. Por outro lado, apesar de não ignorar a qualidade de não-profissional do consumidor - ao contrário, essa é fortemente acentuada no tratamento jurídico dado ao trânsito de informações no surgimento das relações de consumo -, a legislação consumerista silencia a respeito dela no dispositivo conceitual referido<sup>(5)</sup>.

Outro aspecto importante no esclarecimento da natureza objetiva do conceito de consumidor, adotado pelo direito brasileiro, pode ser apontado na análise do seu caráter relacional. Com efeito, nem todo o destinatário final de bens ou serviços se pode enquadrar como consumidor, para os fins de invocar a tutela da

legislação consumerista. É indispensável que este destinatário final tenha adquirido o bem ou serviço, de alguém que o ofereça ao mercado, como atividade econômica; ou seja, de um fornecedor, tal qual delineado pelo art. 3º do CDC. Se um profissional liberal, por exemplo, por ter comprado novo modelo, vende o seu automóvel usado, o adquirente não poderá invocar o Código de Defesa do Consumidor, caso o negócio, por qualquer razão, apresente vícios. Isso porque, na hipótese, embora o comprador eventualmente se pudesse identificar como o destinatário final do bem objeto da avença, o vendedor não é o exercente de atividade econômica de comercialização de veículos usados.

A adoção do critério objetivo de identificação do consumidor, pelo direito brasileiro, possibilita figurarem como tal, nas relações de consumo, todos aqueles que, situados no elo terminal da cadeia de circulação econômica, destróem o valor de troca de mercadorias e comodidades, mesmo que seus atributos subjetivos apontem para reais possibilidades de acesso às informações disponíveis ao outro contratante. Isto é, ainda que a parte concretamente não pudesse ser vista como não-profissional - em razão de sua qualidade de empresário, digamos<sup>(6)</sup> -, poderá usufruir da tutela consumerista, se presente o requisito da função econômica de destinatária final de fornecimentos ao mercado. E nessa condição, claramente, encontra-se também o poder público.

Se o direito brasileiro, eventualmente, houvesse consagrado o perfil subjetivo de consumidor, em princípio o poder público não caberia no conceito, uma vez que tem efetivas condições de reunir as informações necessárias ao norteamo de suas opções na compra de bens e serviços. Não age, assim, como não-profissional; ou, melhor dizendo, tem meios, à semelhança dos empresários em geral, de agir como profissional. Na medida, porém, em que o legislador consumerista acolhe a alternativa objetiva de definição de consumidor, diluem-se eventuais dúvidas quanto à viabilidade de enquadramento do poder público como consumidor, em relações de consumo.

### **3. Órgãos Públicos e o Conceito de Consumidor**

Até aqui, temos mencionado o poder público como o adquirente de produtos e serviços e, pelo uso corrente que se faz dessa categoria, creio que todos podem entender adequadamente o conteúdo da reflexão. Mas é necessário para se precisar a abordagem do tema, que se afinem certas noções. Sabe-se que a Administração Pública é atividade desenvolvida, no direito brasileiro, diretamente

por pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios etc) e, indiretamente, por pessoas de direito público (autarquias) e de direito privado (empresas públicas, fundações constituídas ou mantidas pelo poder público e sociedades de economia mista). Os órgãos e desdobramentos internos dessas pessoas são entidades despersonalizadas, embora contemplados, pela ordem normativa vigente, com certas competências jurídicas<sup>(7)</sup>. Nesse contexto, as aquisições de bens e serviços, *rigorosamente falando*, se viabilizam por negócios jurídicos titularizados pelas pessoas jurídicas da Administração Pública. São os Estados, as autarquias ou empresas, por exemplo, os entes capacitados, pela ordem jurídica em vigor, à prática dos contratos de aquisição, locação, depósito, transporte e outros, pelos quais se opera a relação negocial. Os desdobramentos internos da Administração Direta - os órgãos públicos -, a despeito de concentrarem competências jurídicas próprias, não são sujeitos de direito personalizados e, conseqüentemente, não podem ser titulares de relação contratual.

Ocorre, no entanto, que a prática tem consagrado a adoção de referência aos órgãos, e não às pessoas, e os direitos e obrigações correspondentes, aparecem formalmente titularizados por Secretarias, Departamentos, Superintendências etc. Trata-se de inquestionável impropriedade técnica, mas que não pode ser simplesmente ignorada pelo estudioso do direito, em virtude de sua extraordinária difusão pelos diversos níveis da Administração Pública. Na verdade, impera uma imensa confusão conceitual, entre, por um lado, a qualificação de órgãos e desdobramentos administrativos como unidades e sub-unidades orçamentárias, para fins exclusivo de aplicação do direito financeiro no controle da despesa pública e, por outro lado, os institutos fundamentais de teoria geral do direito relativos à personalização de entes jurídicos. Até fundos especiais - referidos pelos arts. 71 e seguintes da Lei 4.320/64, simples categoria contábil, destinada à afetação de certos recursos públicos a determinadas finalidades -, têm sido tratados como órgãos ou, mesmo, pessoas jurídicas, no complexo quadro da prática jurídico-administrativa nacional, revelando, anote-se à passagem, indesculpável e grosseiro erro técnico - em que incore, inclusive, o próprio legislador, no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, ao subordinar à aplicação do diploma em tela os *fundos especiais*.

A partir dessa constatação de fato, contudo, importa indagar se os órgãos públicos, apesar de sua natureza despersonalizada, caberiam no conceito legal de consumidor, que se refere literalmente apenas as pessoas físicas ou jurídicas. Se a final - diga-se o que disser -, o instrumento do contrato administrativo menciona



ente despersonalizado como titular de direitos e obrigações, poder-se-ia cogitar do pronto afastamento da possibilidade de seu enquadramento como consumidor, frente aos claros termos do art. 2º do CDC? Ou, por outra, ente despersonalizado pode invocar a tutela da legislação consumerista? A questão alcança dimensões externas à específica situação dos órgãos públicos, posto que também outros entes despersonalizados - tais o condomínio horizontal, o nascituro, a massa falida e o espólio - adquirem bens ou serviços no mercado de consumo.

O conceito legal de consumidor não menciona expressamente os entes despersonalizados. Contudo, por interpretação analógica, é possível estender-lhes a tutela legal dos consumidores, sempre que negociam com exercente de atividade econômica, adquirindo produtos ou serviços na condição de destinatários finais. O condomínio horizontal, ao comprar produtos de limpeza no supermercado, o espólio, ao contratar aplicação financeira com o banco em que estão depositados os recursos monetários do falecido, o nascituro, ao segurar, por seu representante legal, os bens em relação aos quais tem expectativa de direito de propriedade, e a massa falida, ao constituir advogado para o patrocínio em juízo da ação revocatória, por exemplo, não poderiam ficar ao desamparo da legislação tutelar dos consumidores. Trata-se de integração de lacuna legislativa, pela via analógica, que pode ser aproveitada em relação ao órgão público. Se a pessoa jurídica de direito público ou privado, encarregada da Administração Pública, é enquadrável como consumidora, então, por analogia, se pode concluir o mesmo enquadramento de seus órgãos e desdobramentos despersonalizados, quando referidos na qualidade de titulares de direitos e obrigações contratadas com exercentes de atividade de fornecimento de bens e serviços ao mercado.

No presente estudo, portanto, a menção a poder público deve ser entendida como abrangente da pessoa jurídica, de direito público ou privado, a quem a ordem vigente - pela Constituição ou por lei - atribui competência para curatela de interesses públicos, ou os seus departamentos e divisões internas referidos, em instrumentos de contrato administrativo, como parte da relação negocial.

#### **4. Sentido Econômico do Ato Administrativo**

A análise das condições de enquadramento do poder público no conceito de consumidor não estaria concluída se não se acentuasse o caráter de destinatário final de que deve se revestir o sentido econômico do negócio jurídico. Com efeito,

o poder público adquire, no mercado, bens e serviços em duas diferentes situações: primeira, para utilização pelos próprios servidores, no desempenho de suas competências funcionais (desde o material de escritório até equipamentos, veículos e mobiliário); segunda, para pôr à disposição dos usuários de serviços públicos (a obra de engenharia no sistema viário, os medicamentos fornecidos por hospitais ou os alimentos da merenda escolar etc.). Relativamente aos produtos e comodidades desse segundo tipo, seria inadequada a tentativa de submeter a aquisição ao regime consumerista, porque o sentido econômico do ato administrativo, na hipótese, é o de intermediação. O destinatário final do fornecimento, não é o próprio serviço público, mas os usuários deste.

Claro está que a inserção do poder público como intermediário na cadeia econômica, ao adquirir mercadorias e serviços para desfrute pelos usuários de serviço público, reveste-se, juridicamente falando, de natureza bem diversa da intermediação desenvolvida pelos particulares. Embora, sob o ponto de vista econômico, não se vislumbrem marcas diferenciadoras entre a situação do poder público e dos particulares, na aproximação entre o produtor e o consumidor, isso não significa que inexistam diferenças jurídicas. Ao contrário, se a prestação do serviço público - geralmente, viabilizada de forma gratuita ou mediante tarifas *sociais* -, não se confunde com a intervenção na economia ou a exploração de atividade econômica, por sujeitas estas a pressupostos constitucionais próprios, então cabem distinções conceituais na tecnologia jurídica sobre o tema.

Em termos mais singelos, o poder público está inserido na cadeia de circulação econômica também como prestador de serviços públicos e não somente na intervenção no domínio econômico ou exploração de atividade produtiva. Em ambas as hipóteses, dá-se intermediação, mas não no mesmo sentido sob o ponto de vista jurídico. Neste contexto, se o ato de aquisição de mercadoria ou serviço possui o *sentido econômico* de intermediação - aproximação entre agentes econômicos e consumidores, através da prestação de serviços públicos -, não cabe invocar-se tutela da legislação consumerista. Esta é pertinente apenas quando o ato administrativo de aquisição de bens ou serviços se reveste do sentido econômico de *destinação final*, isto é, de destruição do valor de troca do objeto do contrato.

## **5. Fornecimento Viciado no Código de Defesa do Consumidor**

Há uma inversão fundamental operada pelo consumerismo, nas relações entre as partes de um contrato de aquisição de produtos ou serviços, no sentido de transpor o dever de cautela do adquirente para o alienante. O princípio do *caveat emptor*, caro ao liberalismo econômico da legislação privada oitocentista, é substituído pelo *full disclosure*<sup>(8)</sup>. Em outros termos, se a legislação civil e comercial disciplinam a temática dos vícios na coisa transacionada, com o intuito de preservar o alienante - cumprindo, assim, o direito oitocentista a importante função de reação superestrutural compatível com o processo de acumulação primitiva do capital -, a consumerista, produto do estágio avançado do capitalismo (alguns economistas sugerirão a idéia de aparecimento de sociedades afluentes), irá revelar clara preocupação com a tutela do adquirente.

A teoria tradicional dos vícios redibitórios insere-se na disciplina dos contratos comutativos e exige, para atendimento dos interesses do adquirente lesado, os seguintes requisitos: vínculo contratual, ocultação da impropriedade, apreciação econômica e indenizabilidade apenas em caso de má-fé. Quanto aos seus direitos, tradicionalmente se reconheceu apenas a alternativa entre a ação redibitória (rescisão do contrato) e a estimatória (redução proporcional do preço)<sup>(9)</sup>. O Código de Defesa do Consumidor revoluciona - pode-se dizer assim - o quadro das condições de caracterização do viciamento do objeto e dos direitos concedidos ao lesado pelo vício. Como significativa revelação da insuficiência dos princípios jurídicos do liberalismo econômico para a efetiva tutela dos consumidores, afastam-se, quase inteiramente, os contornos da teoria clássica dos vícios redibitórios para fundar a proteção contra o fornecimento viciado em bases substancialmente distintas.

Em primeiro lugar, a legislação consumerista não sujeita a ação por vícios à existência de vínculo contratual entre o consumidor e o fornecedor reclamado. Superando o princípio da relatividade contratual - segundo cuja formulação, o contrato não produz efeitos além das partes<sup>(10)</sup> -, a lei reconhece a possibilidade de demanda por vício, diretamente proposta contra o fabricante do produto ou do fornecedor originário do serviço. O direito de reclamação do consumidor não se restringe ao fornecedor imediato, com quem ele havia celebrado o contrato. Todavia, a superação do princípio da relatividade dá-se nos limites circunscritos pela específica cadeia de circulação econômica, de que participa o consumidor.

Isto é, não se admite, pelo menos no atual estágio evolutivo do consumerismo, que o adquirente escolha livremente um fornecedor qualquer do produto ou serviço, para demandá-lo. Talvez futuramente isso possa ser estabelecido pelo direito, mas no presente, o consumidor pode escolher apenas entre o fornecedor imediato (com quem contratou diretamente), ou com os fornecedores desse.

O segundo aspecto da teoria clássica dos vícios redibitórios, superado pela legislação consumerista, diz respeito à ocultação do vício como condição de responsabilização do alienante. Atribui, com efeito, a legislação consumerista responsabilidade ao fornecedor também pelos vícios aparentes ou de fácil constatação (CDC, art. 26). Em terceiro lugar, aponta-se o afastamento pelo consumerismo, na caracterização dos vícios, de qualquer apreciação da extensão do prejuízo imposto ao adquirente. Pela teoria tradicional dos vícios redibitórios, o contratante não tem direito à ação se os danos decorrentes da viciação do objeto contratual forem de reduzida monta. Por último, não acolhe a legislação consumerista a noção, da teoria tradicional, de má-fé do alienante como indispensável à existência de obrigação de indenizar. Nos contratos de consumo, ainda que demonstrado o desconhecimento do fornecedor quanto ao vício objeto de reclamação, será ele responsável pela indenização das perdas e danos sofridas pelo adquirente.

Por outro lado, o adquirente sob a tutela da legislação consumerista goza do direito à execução específica do contrato. Isto é, além das ações redibitórias e estimatórias - reconhecidas também pela legislação civil e comercial -, titulariza o consumidor a ação para o saneamento do vício ou a substituição do objeto viciado. Isto é, o comprador, em compra e venda civil e comercial, diante de vício na coisa, pode apenas optar entre duas alternativas: a rescisão do contrato ou a redução proporcional do preço (CC, arts. 1.101 e 1.105; ccom, art. 210). Já o consumidor, na compra e venda, pode valer-se de uma terceira opção, qual seja, a de exigir a eliminação do vício, pelo saneamento, complementação ou troca da mercadoria (CDC, arts. 18, § 1º, I e 19, II e III). A seu turno, o consumidor de serviços tem direito à reexecução destes como meio de superação dos vícios apresentados (CDC, art. 20, I)<sup>(11)</sup>.

#### **6. Fornecimento Viciado na Lei de Licitações**

Por certo, não encontrará o intérprete, na Lei 8.666/93, os conceitos próprios da legislação consumerista. Em nenhuma passagem desse diploma, o

legislador refere-se, com certeza, a fornecimento viciado. Valendo-se, todavia, desse conceito do direito privado, a doutrina pode desenvolver sua reflexão acerca do regime dos contratos administrativos - e em especial os direitos do poder público, diante de vícios em coisas e serviços adquiridos no mercado -, com real proveito para a elaboração de uma visão global do tema.

Se se preferir, entretanto - em virtude de alguma preocupação teórica quanto à pertinência de tal aproveitamento, pela tecnologia publicista, de categorias do direito privado -, pode-se, simplesmente, rever o modo de colocação da questão. Isto é, o mesmo resultado, decorrente da consideração do conceito de fornecimento viciado, também se alcança partindo-se da indagação acerca da solução jurídica, constante da lei de licitações, para a hipótese de o poder público constatar impropriedades em produtos ou serviços, adquiridos para utilização pelos seus servidores ou pelos destinatários de serviço público.

A doutrina administrativa brasileira<sup>(12)</sup>, antes da edição do Decreto-lei 2.348/87, costumava distinguir, à semelhança da estrangeira<sup>(13)</sup>, entre contratos de direito privado da administração e contratos administrativos<sup>(14)</sup>. Quer dizer, nem todos os contratos firmados pelo poder público se consideravam administrativos, no sentido de se subordinarem ao regime de direito público. Diversos vínculos contratuais, de que participam o estado e suas entidades autárquicas, como os contratos bancários, de seguro, de locação e outros, eram regidos exclusivamente pelo direito privado. A marca característica dos contratos de direito privado da administração, era apontada pela doutrina na prerrogativa de a Administração *instabilizar unilateralmente* a relação jurídica nascida do acordo de vontades<sup>(15)</sup>. Isto é, se o vínculo contratual regia-se pelo direito privado, o poder público não poderia alterar, por ato unilateral, o conteúdo do contrato, ou mesmo rescindi-lo. Esse poder jurídico somente estaria presente em relação aos contratos submetidos ao regime do direito público.

Com o Decreto-lei 2.348/87, alterou-se esse quadro conceitual, e alguma doutrina passou a considerar não mais existente, no direito brasileiro, a categoria dos contratos sujeitos exclusivamente ao direito privado, quando deles participa, pelo menos, a Administração centralizada e autárquica<sup>(16)</sup>. Pelo § 3º acrescido, por aquele decreto-lei, ao art. 52 do Dec.-lei 2.300/86, o disposto nos arts. 48 e 49 desse Estatuto, entre outros, passou a ser aplicável também àqueles contratos que, a exemplo do seguro ou da locação, eram regidos "predominantemente, por normas de direito privado" - Ora, isso significou, rigorosamente, a superação do elemento distintivo entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado da

administração. Se a diferença entre essas categorias era o poder de *instabilização unilateral do vínculo*, existente em uma e ausente na outra, com a extensão desse poder aos então denominados contratos de direito privado da administração, desaparece a linha demarcatória. Como na Lei 8.666/93, o inciso I do § 3º do art. 62 corresponde ao § 3º acrescido ao art. 52 do Dec.-lei 2.300/86, pode-se concluir pela inalteração do quadro conceitual posterior ao Decreto-lei 2.348/87.

Em suma, todos os contratos de que participa o poder público, atualmente, submetem-se, independentemente de seu objeto, ao mesmo regime jurídico relativo: a) às condições para a sua formação, isto é, dependem de certame licitatório, salvo nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade; b) à sua formalização, englobando cláusulas essenciais, instrumentalidade e local de elaboração (Lei 8.666/93, arts. 55, 60, 62 e § 3º); c) à faculdade de instabilização unilateral (Lei 8.666/93, arts. 58 e 62, § 3º); d) aos efeitos da declaração de nulidade (Lei nº 8.666/93, arts. 59 e 62, § 3º); e) e ao controle da execução da despesa pública, realizada pelo Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Conta. Desapareceram, portanto, as diferenças substanciais entre aqueles contratos que, anteriormente, a doutrina considerava sujeitos ao direito privado e aqueles outros denominados administrativos (salvo apenas no tocante a uns poucos aspectos como, por exemplo, as garantias e o prazo de duração, conforme o disposto nos arts. 56 e 57 da Lei 8.666/93). A nova lei de licitações, nesse contexto, disciplina todos os vínculos contratuais de que participa a administração, sem distinguir os contratos administrativos dos sujeitos à disciplina de direito privado.

Entre as relações contratuais alcançadas pelas suas disposições, inclui-se, portanto, a aquisição de bens ou serviços fornecidos em economia de massa no mercado consumidor<sup>(17)</sup>. O tema dos vícios de fornecimento - entendida essa expressão em seu peculiar sentido técnico de impropriedades inócuas em mercadorias e serviços adquiridos no mercado de consumo - insere-se, dessa forma, na regulação dos contratos administrativos e é estranho aos contratos de direito privado da administração. E, diante de sua verificação, limitou-se a lei a prever a necessária rescisão do contrato (Lei 8.666/93, arts. 77 e 78, II).

Em termos comparativos, o regime da legislação consumerista se apresenta mais amplo que o previsto pela nova lei de licitações. Segundo aquela, o poder público, diante de vício de fornecimento, poderia exercer a ação redibitória (rescisão do contrato, com a devolução das importâncias pagas devidamente atualizadas), a ação estimatória (redução proporcional do preço) e a executória específica (eliminação do vício, se necessário com a substituição do produto ou

reexecução do serviço); mas, de acordo com o regime jurídico-administrativo, restaria ao poder público apenas a ação redibitória. Isso, no entanto, nem sempre representa a solução adequada ao pleno atendimento do interesse público, posto que obriga à realização de novo certame licitatório, com o comprometimento de verba orçamentária e atraso na utilização dos bens ou serviços.

O regime jurídico-administrativo de disciplina do vício de fornecimento - ou, em termos diversos, a solução apresentada pela Lei 8.666/93 para a hipótese de aquisição no mercado consumidor, mediante licitação, de bens e serviços impróprios - é mais estreito do que o regime consumerista. Entender-se que a nova lei esgotaria o tratamento do tema e afastaria por completo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em favor do poder público, é afirmar a impossibilidade de este valer-se da estimatória e da ação executória específica na hipótese de fornecimento viciado. Pelo contrário, entender-se ainda possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em favor do poder público, seria ampliar as ações cabentes contra o fornecedor, em razão de impropriedades qualitativas ou quantitativas em mercadorias ou serviços.

#### **7. Previsão Contratual da Ação Estimatória e Executória Específica**

As relações jurídicas derivadas de contrato administrativo regem-se (Lei 8.666/93, art. 54): a) em primeiro lugar, pelas cláusulas pactuadas em seu próprio instrumento; b) em segundo, pelos preceitos de direito público; c) em terceiro, pelos princípios da teoria geral dos contratos; d) e, por fim, pelas disposições de direito privado<sup>(19)</sup>. Frente a esse quadro, a adoção da solução preconizada pela legislação consumerista, na hipótese de vício de fornecimento, apresenta contornos diferentes, em função da existência (letra a) ou não (letra d) de cláusula contratual prevendo as consequências dessa modalidade de inexecução parcial do objeto contratado.

É certo que a nova lei de licitações reservou à hipótese de inexecução parcial do contrato administrativo a solução da rescisão (Lei 8.666/93, art. 77). Isso poderia sugerir que nem o contrato, nem normas de direito privado, seriam meios idôneos ao exercício pelo poder público de qualquer outra ação, além da redibitória, no caso. Note-se que, *prima facie*, não teria o legislador sequer vislumbrado a possibilidade de o instrumento de contrato administrativo introduzir cláusula com a previsão da ação estimatória ou a executória específica. É incisivo

o dispositivo legal, concernente à hipótese de inexecução parcial do contrato - em que se enquadra a verificação de vícios no produto ou serviço adquirido -, no sentido único da rescisão do contrato. Estaria, assim, a partir dessa interpretação meramente literal, afastada a possibilidade de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor em favor do poder público.

Ocorre que a interpretação meramente gramatical não é, com certeza, o melhor método exegético. Aliás, para autorizados teóricos do direito, sequer caberia atribuir-se à interpretação gramatical a qualidade de método, revelando-se mais adequado o entendimento que a toma por simples dado revelador da necessidade de elaboração hermenêutica. Em outros termos, o sentido meramente gramatical de dispositivo de lei, quando se apresenta restritivo ou insuficiente aos olhos do intérprete, reclama interpretação sistemática ou teleológica.

Com efeito, o entendimento de que o contrato administrativo não poderia estabelecer, em favor do poder público, as ações estimatória e executória específica, tão-somente porque a letra da lei refere-se apenas à ação redibitória, é bastante dissociado do sistema jurídico sobre matéria contratual. Neste, reserva-se à vontade das partes uma determinada margem de auto-regulação dos interesses, que se materializa pelo instrumento contratual. Além do mais, a interpretação meramente gramatical do art. 77 da Lei 8.666/93 conflita com a interpretação meramente gramatical do art. 54 da mesma lei. Por aquele, o contrato seria meio inábil à disciplina das conseqüências advindas de vício de fornecimento (espécie de inexecução parcial), enquanto que por esse último, o contrato seria veículo adequado para a mesma disciplina. A superação do conflito consiste em abandonar o plano da literalidade da linguagem normativa e procurar soluções, integradas ao sistema jurídico como um todo, que melhor atendam aos interesses concretamente considerados.

Assim, a primeira hipótese de aplicação da legislação consumerista em favor do poder público pode ser apontada na previsão contratual de ação estimatória ou executória específica, diante de vício de fornecimento. Se o contrato estabelecer expressamente essa conseqüência à inexecução de seu objeto, a Administração poderá exigir do contratante a redução proporcional do preço ou, senão, a superação do vício (se necessário com a substituição do produto ou reexecução do serviço). Na sistemática da nova lei, impõe-se a prévia definição da possibilidade de exercício da ação estimatória e da executória específica já no edital (Lei 8.666/93, arts. 40, § 2º, III e 62, § 1º).



### **8. Aplicação da Legislação Consumerista em Favor do Poder Público**

Não havendo, entretanto, cláusula contratual fundamentando a ação estimatória ou a executória específica, o poder público, com o objetivo de as exercer, poderia invocar a aplicação, em seu favor, da legislação consumerista? A resposta - penso - é afirmativa, em vista do caráter supletivo das disposições de direito privado, expressamente assentado pelo legislador (Lei 8.666/93, art. 54). Eventualmente, objetar-se-ia, apontando-se para o pré-falado art. 77 da nova lei de licitações, no sentido de se concluir pela inexistência de lacuna legal, o que desautorizaria o socorro às fontes supletivas. O contra-argumento a se considerar, no entanto, é idêntico ao apresentado no item anterior, isto é, o da insuficiência das interpretações meramente gramaticais e o do conflito entre a literalidade desse dispositivo e a do art. 54, a recomendarem um esforço exegético sistemático e teleológico.

Há uma condição inafastável, no entanto, para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na tutela dos interesses do poder público adquirente de bens ou serviços no mercado de consumo. O sentido econômico do ato administrativo de aquisição deve ser o de *destinação final*. Ou seja, o contratante deve ser, juridicamente, fornecedor - exercente de atividade empresarial voltada ao suprimento do mercado consumidor, pela colocação de mercadorias ou prestação de serviço - e a necessidade justificadora da aquisição deve estar relacionada com a utilização do bem ou serviço por servidores públicos, no exercício de suas competências funcionais.

Se o ato de aquisição de bens ou serviços tem o sentido econômico da *intermediação*, como se verifica na contratação de obras no sistema viário, na compra de medicamentos para postos de saúde ou hospitais públicos, na compra de alimentos para a merenda escolar etc, então o poder público não pode pretender, se omissivo o contrato, o exercício da ação estimatória ou da ação executória específica, como reação ao fornecimento viciado, simplesmente porque não se encontra na mesma situação fática da dos consumidores (ou seja, na de elo final da cadeia de circulação de riquezas, destruidor do valor de troca de bens e serviços). Nessa hipótese, a alternativa é apenas a do regime\* jurídico-administrativo, ou seja, a ação redibitória.

## 9. Conclusão

É comum, após a conclusão do certame licitatório e da celebração do contrato de aquisição de mercadorias ou de prestação de serviços, verificar o poder público a presença de vício no fornecimento. Concretamente, a mercadoria ou o serviço adquiridos não atendem por completo às finalidades deles esperadas. Caracteriza-se, pois, inexecução parcial do contrato administrativo, situação para a qual reservou a nova lei de licitações, em princípio, apenas a sanção da rescisão contratual (art. 77).

Há, no entanto, situações em que o mais interessante para o poder público não seria, propriamente, a rescisão do contrato, seguida da devolução da mercadoria ou - quando factível - do serviço e indenização por perdas e danos. A demora na conclusão de novo certame licitatório e a reclamação contra o fornecedor podem mostrar-se mais prejudiciais ao interesse público do que algumas outras alternativas que a moderna legislação consumerista contempla. Cogita-se, exatamente, da juridicidade de o poder público, ao invés de rescindir o contrato, optar pela redução proporcional do preço (ação estimatória) ou pela substituição do produto ou reexecução do serviço (ação executória específica).

O exercício dessas outras alternativas, diante de fornecimento viciado, é plenamente cabível se há previsão contratual, devidamente fundada em cláusula editalícia da licitação que precedeu à formalização do contrato. Em quaisquer condições, ainda que o sentido econômico do ato administrativo de aquisição, nessa hipótese, não se possa determinar como *destinação final*, poderá o poder público adotar a ação estimatória ou a executória específica para solucionar o viciamento do objeto. Já, por outro lado, se inexistente previsão contratual, o exercício dessas ações contra o fornecimento viciado, somente se revela cabível, mediante a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.666/93, art. 54, *in fine*). E, assim sendo, é indispensável que o sentido econômico do ato administrativo de aquisição se revista de natureza de *destinação final*, inclusive no tocante à qualificação de fornecedor do contratante.

## **BIBLIOGRAFIA**

- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha  
1969 *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1979, Forense, 2ª edição.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e  
1991 *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo, 1991, Saraiva.
- BOURGOIGNIE, Thierry  
1988 *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*. Bruxelas, 1988, Story-Scientia.
- CAETANO, Marcelo  
1970 *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1970, Forense, 1ª edição brasileira.
- CALAIS-AULOY, Jean  
1980 *Droit de la consommation*. Paris, 1992, Dalloz, 3ª edição.
- CALVÃO DA SILVA, João  
1990 *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra, 1990, Almedina.
- COELHO, Fábio Ulhoa  
1992 *A compra e venda, os empresários e o Código do Consumidor em Direito do Consumidor* nº 3.
- DEBBASCH, Charles  
1969 *Droit Administratif*. Paris, 1971, Cujas, 3ª ed.
- DIEZ, Manuel María  
1965 *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1965, 1ª ed.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos  
1982 *Os direitos dos consumidores*. Coimbra, 1982, Almedina.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle  
1989 *Contrato Administrativo: Formalidades e Requisitos em Revista de Direito Público* nº 90.
- FLEINER, Fritz  
1933 *Instituciones de Derecho Administrativo*. Trad. espanhola por Sabino A.

- Gendin. Barcelona, 1933, sem data da edição original.
- JÉZE, Gaston  
1926 *Les principes généraux du droit administratif*. Trad. argentina. Buenos Aires, 1949, Depalma, vol.III.
  - LIMA MARQUES, Cláudia  
1992 *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 1992, RT.
  - MEIRELLES, Hely Lopes  
1973 *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo, 1991, RT, 10ª edição, atualizada por Eunice de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes.
  - MELLO, Celso Antonio Bandeira de  
1980 *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo, 1981, RT, 1ª edição, 2ª tiragem.  
1981 *Apostamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. São Paulo, 1981, RT, 1ª edição, 3ª tiragem.
  - MUÑOZ, Guillermo Andrés  
1989 *Contratos de la Administración em Revista de Direito Público nº 91*.
  - NERY JR. , Nelson  
1991 *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro, 1991, Forense Universitária.
  - NUNES, Luiz Antonio  
1991 *Empresa & Código de Defesa do Consumidor* São Paulo, 1991, Artpress.
  - PELLEGRINO, Carlos Roberto  
1989 *Contratos da Administração Pública em Revista de Direito Público nº 92*.
  - PHILLIPS, Jerry J.  
1974 *Products Liability*. Saint Paul, Minnesota, 1990, West, 3ª ed.
  - VIDIGAL, Geraido  
1991 *A Lei de Defesa do Consumidor- Sua Abrangência em Lei de Defesa do Consumidor* São Paulo, 1991, IBCB.

### Notas do Autor

- (1) Cfr. Bourgoignie, 1988:45/61.
- (2) Para Bourgoignie, "la conception objective de la notion de consommateur permet donc d'inclure dans le champ de préoccupations du droit de la consommation les professionnels, industriels, commerçants ou prestataires de services qui acquièrent pour les besoins de leur entreprise, des biens d'équipement, voire même d'investissement" (1988:46).
- (3) Para Lima Marques, "duas correntes doutrinárias já podem ser claramente determinadas, quanto à definição do campo de aplicação do Código: os finalistas e os maximalistas. Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Essa tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado (...). Propõem, então, que se interprete a expressão "destinatário final" do art. 2º de maneira restrita (...). Já os maximalistas, vêm nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor-não-profissional" (1992:67/68).
- (4) Vidigal, por exemplo, considera inaplicável o Código de Defesa do Consumidor em favor do empresário. Para ele, "não há (...) como supor que uma lei tutelar do consumidor possa abranger relações entre empresas produtivas. Essas relações são, tipicamente, relações de produção, nunca de consumo. Nos mercados, por exemplo, de bens de capital, ou de matérias-primas, ou de quaisquer insumos produtivos, de instalações e equipamento ou de quaisquer bens acessórios à produção, nunca se travam relações de consumo (...). Nem só matérias primas, peças, componentes são insumidos num processo produtivo (...). Mesmo os alimentos e vestuário adquiridos para uso dos trabalhadores se incorporarão ao conjunto dos custos produtivos da empresa e se projetarão nos bens e serviços que, pela combinação dos fatores de produção, irão ser por ela oferecidos ao mercado" (1991:12/13).
- (5) Sobre o tema: Coelho, 1992:36/43.
- (6) Para Nunes, o Código de Defesa do Consumidor "regula também situações onde haja "destinatário final" que adquire o produto ou serviço com finalidade de produção de outros bens ou serviços, desde que o bem ou serviço adquirido sejam oferecidos normalmente ou em série ao mercado de consumo, através do comércio e independentemente do uso que o adquirente vai dar ao produto ou serviço". (1991:20).
- (7) Para Mello, "importa assinalar que os órgãos não são pessoas e não se distinguem do Estado. Nada mais significam que os *círculos de atribuições*, os *feixes individuais de poderes funcionais* repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes neles providos" (1981:69).

- (8) Cfr. Ferreira de Almeida, 1982:11/27.
- (9) Sobre o tema, ver interessante proposta de Benjamin acerca da superação da teoria tradicional dos vícios redibitórios por uma teoria da qualidade do fornecimento. (1991:23/43).
- (10) A superação do princípio da relatividade operou-se, inicialmente, na jurisprudência norte-americana, na apreciação de casos relativos à responsabilidade do fabricante por fato do produto. Para Phillips, "the breakdown of the privity requirement is one of the hallmarks of modern products liability. This occurrence is a classic example of the evolutionary nature of common law, as it develops to meet the felt necessities of the time" (1974:33/34). Ver, também: Calvão da Silva, 1990:285/301.
- (11) Cfr. Benjamin, 1991:83/108.
- (12) Abstrai-se a questão, já suficientemente examinada pela tecnologia administrativa, acerca da natureza verdadeiramente contratual dos vínculos jurídicos que comumente se denominam *contratos administrativos* (Cfr. Fleiner, 1933:167/171; Jèze, 1926:313/319; Caetano, 1970:514/519; Diez, 1965:435/440; Bandeira de Mello, 1969, I:549/550; Mello, 1980:141/145).
- (13) Cfr. por todos: Debbasch, 1969:335/340; Diez, 1965:440/457; Muñoz, 1989:19/27.
- (14) Cfr. por todos: Mello, 1980:137/149; Figueiredo, 1989:131/137; Pellegrino, 1989:132/144.
- (15) Para Celso Antonio Bandeira de Mello, os contratos do direito privado da administração e os denominados contratos administrativos "estão *parificados* pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo *direito administrativo* do que resulta, caso violadas as normas pertinentes, vícios específicos a estas figuras; vale dizer: caracterizados de acordo com os princípios e normas do direito administrativo. Ditos contratos *diferem* entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de direito privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do direito - ressalvados os aspectos supra-referidos - os "contratos administrativos" sujeitam-se às regras e princípios hauridos no direito público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto. Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade da Administração *instabilizar* o vínculo seja *alterando* unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante, seja *extinguindo* unilateralmente o vínculo" (1980:138/139).
- (16) Heiy Lopes Meirelles propõe, a partir do Dec.-Lei 2.348/87, a classificação dos contratos em três categorias: os privados, os semi-públicos e os administrativos. Para ele, a Administração Pública participa apenas dos contratos dessas duas últimas espécies (1973:184/186). No entanto, se se considera a premissa de

que o referencial básico para distinguir os contratos administrativos dos privados é a faculdade de alteração ou rescisão unilateral pelo poder público, deve-se forçosamente concluir pela inexistência da classe dos contratos semi-públicos.

(17) Para Hejy Lopes Meirelles, "*contrato de fornecimento* é o ajuste administrativo pelo qual a Administração adquire coisas móveis (materiais, produtos industrializados, gêneros alimentícios, etc.), necessárias à realização de suas obras ou à manutenção de seus serviços. (...). Conquanto a compra seja um negócio de direito privado, caracterizada pela transferência do domínio de certa coisa por um dos contratantes e pagamento de preço certo e em dinheiro, pelo outro, conforme a conceituação dos Códigos Civil (art. 1.222) e Comercial (art. 191), o *contrato de fornecimento* à Administração sujeita-se aos mesmos princípios gerais que disciplinam a formação e execução dos demais contratos administrativos (...)." (1973:319).

(18) A tutela contratual do Código de Defesa do Consumidor, relativamente aos direitos do contratante que adere às condições unilaterais impostas pela outra parte, não tem, a meu ver, aplicação em favor do poder público. Este já se encontra suficientemente protegido pelo regime jurídico-administrativo, nesse tema. Sobre a tutela contratual da legislação consumerista, ver Nery Jr., 1991:270/388 e Calais-Auloy, 1980:121/152.

## **Prêmio "Oswaldo Aranha Bandeira de Mello"**

*PARECER SOBRE A LEI MUNICIPAL Nº 11.341 de 12.02.93,  
QUE DISPÕE SOBRE PEDIDOS INDENIZATÓRIOS  
DECORRENTES DE DANOS CAUSADOS POR  
ENCHENTES. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE  
PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE.*

---

*Elaborado por Jorge Fonseca Osório, do Departamento  
Judicial.*

Senhor Procurador Chefe

Em cumprimento ao solicitado pelo Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos (fls. 116) e Sra. Diretora deste Departamento (fls. 117), distribuído para este procurador por V. S<sup>a</sup>, passo a análise da possibilidade da propositura de ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.341.

Conforme Mauro Capelletti "tem sido própria de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma hierarquia das leis e de garantia. É a própria ânsia ou um aspecto — de sair do continente, de "fazer parar o tempo", de vencer, o humano destino de perene transformação e de morte: as leis mudam, mas permanece a lei: permanecem os valores fundamentais. E se uma lei é injusta,



logo não é lei, porque viola aqueles valores eternos." (O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editora, pág. 11).

Na mesma obra, na pág. 129, doutrina Capelletti:

"Na garantia de uma superior legalidade, que o controle judicial da constitucionalidade das leis encontra sua razão de ser: e trata-se de uma garantia que, por muitos, já é considerada como um importante, senão necessário cerceamento do Estado de Direito e que, contraposta à concepção do estado absoluto, representa um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo."

O eminente José Afonso da Silva preleciona:

"O Controle de constitucionalidade só se concebe desde a definição prévia da Constituição como lei suprema; política e cientificamente só é lícito sustentar a existência de uma justiça constitucional quando a Constituição se entende como realidade normativa e não como mera configuração nominal e semântica." (Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 60-61 106, janeiro -julho 83).

Dos ensinamentos destes autores, podemos concluir que o Estado de Direito, a Justiça, bem como todo o direito, tem por base a hierarquia das leis, sede em que se encontra a questão do controle de constitucionalidade das normas jurídicas.

A Constituição é o mais importante texto legal de um ordenamento jurídico, imperando os seus preceitos e prevalecendo-os sobre as demais leis de hierarquia inferior.

"Do contrário, aliás, seriam vãos, ilusórios, os direitos e garantias estabelecidos na Lei Maior do País.

Conseqüentemente, torna-se necessária a criação de mecanismos eficazes para conter o legislador ordinário e a Administração Pública, com a predominância das normas constitucionais. Até porque — deve ser complementado — se as demais leis e atos normativos do Poder Público não se conformarem com os preceitos da Carta

Magna, serão inconstitucionais.

Vislumbra-se, destarte, a inconstitucionalidade (inconstitucionalidade por ação) toda vez que lei ou ato normativo outro, emanado da autoridade pública, afronta texto constitucional expresso ou, até mesmo, preceito implícito contido na Constituição." (Rogério Lauria Tucci, *in* "Constituição de 1988 e Processo", Saraiva, 1989).

O controle da constitucionalidade, em nosso ordenamento jurídico, pode ser realizado por via de exceção ou por via de ação.

Ocorre o controle de constitucionalidade por via de exceção, quando a alegação de inconstitucionalidade apresenta-se como fundamento de defesa, a escusar o não cumprimento de ato inconstitucional, podendo qualquer Juiz ou Tribunal o reconhecimento da incompatibilidade do ato com a norma de grau superior que é a Constituição.

Por outro lado, temos o controle da constitucionalidade por via de ação, quando este é o próprio objeto do pedido desvinculado de qualquer lesão ao direito individual, ocorrendo pelo método de jurisdição concentrada, outorgando-se a um único órgão julgante o reconhecimento da inconstitucionalidade, por provocação de quem, constitucionalmente, detiver a titularidade da ação direta.

Interessa-nos aqui esta segunda hipótese, ou seja, o controle da constitucionalidade por via de ação, pondo fim à discussão sobre a inconstitucionalidade da lei nº 11.341, estabelecendo a certeza em um único julgado, que produzirá efeitos *erga omnes*.

A ação genérica apresenta como finalidade a de obter uma declaração de inconstitucionalidade de lei, em tese, para eliminar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical verificada entre a norma impugnada e a Constituição.

Contudo, a admissibilidade do controle da constitucionalidade da lei municipal em tese, tem ensejado amplo debate na jurisprudência e na doutrina. A controvérsia assumiu maior realce em face do silêncio da Carta Magna, que contemplou tão somente a representação do Chefe do Ministério Público Estadual para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, bem como para prover à execução da lei (CF, art. 35, IV).

Verificando a existência de uma lacuna na Constituição Federal, a

Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo consagrou na Constituição de 1989 modalidade genérica de controle abstrato de constitucionalidade, cuja iniciativa ficou a cargo das pessoas enumeradas no art. 90 da Carta Paulista, *verbis*:

“São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito do seu interesse:

I - O Governador do Estado e a Mesa da Assembléia Legislativa;

II- O Prefeito e a Mesa da Câmara Municipal;

III- O Procurador Geral de Justiça;

IV- O Conselho da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil;

V- As entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando o seu interesse jurídico no caso;

VI- Os partidos políticos com representação na Assembléia Legislativa, ou, em se tratando de leis ou atos normativos municipais, na respectiva Câmara.”

O art. 74, VI e XI da Constituição Estadual estabeleceu a competência do Tribunal de Justiça para julgar a representação de inconstitucionalidade.

Já na Constituição Paulista anterior o instituto do controle de constitucionalidade genérico ficou consagrado no art. 51, parágrafo único e somente veio a ter aplicação em 1977 com a propositura das Representações 261.929, que tinham por objeto a arguição de inconstitucionalidade, em face da Constituição Federal de leis dos Municípios de São Paulo e de Campinas.

Na apreciação das Representações o Procurador Geral de Justiça suscitou as preliminares de incompetência da Justiça Estadual e de ilegitimidade “ad causam” da Procuradoria Geral do Estado. E, no mérito, sustentou que:

“O ordenamento jurídico-constitucional positivo, no plano federal,

não concede aos Tribunais Superiores dos Estados-Membros a jurisdição censória de leis e outros atos normativos, mesmo municipais, abstratamente constatantes com as regras que o compõem, por isso não defere a qualquer autoridade local a pretensão de direito material constitucional ao exercício desse excepcional controle nem cogita do remédio jurídico-processual que conduza a esse resultado. Ao nível da Justiça Estadual, não há jurisdição especificamente preservadora da Constituição Federal, nem direito de ação para algum titular, nem ação direta para um eventual legitimado ativo."

A tese da aplicabilidade do sistema de controle genérico estabelecido no art. 51, parágrafo único da Constituição do Estado de São Paulo, foi defendida com base em estudos e pareceres de renomados juristas, como Ada Pellegrini Grinover, José Afonso da Silva, Dalmo Dallari, Celso Ribeiro Bastos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Galeno de Lacerda.

A doutrina que sustentava a compatibilidade do controle concentrado, no âmbito estadual, com a ordem constitucional federal enfatizava que a edição de norma de natureza material não reservada à competência da União, consubstancia um desdobramento dos princípios constitucionais com o necessário preenchimento de claros verificáveis na Carta Magna através do exercício da autonomia do constituinte estadual.

Nesse sentido, com a clareza que lhe é peculiar, Manoel Gonçalves Ferreira Filho expunha:

"... a norma hoje constante do art. 119, I, "I" da Constituição Federal não significa que só atos normativos ou leis federais e estaduais estão sujeitos a serem impugnados em ação direta de inconstitucionalidade. Quer dizer que apenas esses atos federais e estaduais o haverão de ser, necessariamente, perante o Supremo Tribunal Federal e por meio de representação do Procurador Geral da República. É preciso não olvidar que o artigo 119 regula a competência do Supremo Tribunal Federal e o seu item I a competência originária deste.

De modo algum, essa norma pode ser interpretada como excluindo a possibilidade de ação direta contra ato legislativo municipal em tese perante Tribunal Estadual. Reitere-se, dispõe não-somente que esse

caso não pertence aos de competência originária do Supremo Tribunal Federal. E não é difícil determinar por quê. O Supremo Tribunal Federal não é apenas um tribunal constitucional. Não tem de absorver *ab initio* todas as questões de constitucionalidade. Só as mais relevantes, e neste rol não estão as levantadas por legislação municipal.

Seria, entretanto, absurdo que, prevendo-se um controle direto para leis federais e estaduais, os atos municipais somente fossem fulminados por inconstitucionalidade por via de exceção. As leis de esferas superiores podem ser atacadas frontalmente, as leis da mais humilde de todas, jamais. O Legislativo federal, o Legislativo estadual não seriam afrontados pelo controle direto, mas o municipal, sim, estaria *afrontando se o direito estadual o previsse...*" (Constitucionalismo do artigo 51 da Constituição do Estado de São Paulo, in RPGE, vol 16, págs. 399/400).

Por seu turno, conclui José Afonso da Silva:

"Trata-se de assunto de inteira competência estadual, que integra o princípio da autonomia federativa, e é de tal ordem que se poderá dizer inexistir federação onde ela porventura seja tolhida. Por isso é que nos parece incompreensível, *data venia*, as dúvidas de parte da doutrina em relação ao vigente art. 51, parágrafo único, da Constituição Paulista, que exatamente alberga o princípio da autonomia e defesa acima apontadas. Mais estranhável ainda é recusar legitimidade ao texto, sob a alegação de falta de formas processuais e outros meios para a sua atuação. Ora, isso há subordinação dos fins aos meios, o que em matéria constitucional, mais do que em qualquer outro ramo é inadmissível. É um direito autônomo dos Estados-membros de uma federação, com base na sua capacidade de auto-organização (entre nós, art. 13 da Constituição Federal vigente), estruturar os meios, inclusive processuais, perante os órgãos de seu Poder Judiciário, visando à defesa de sua Constituição. Esse direito decorre do princípio maior do federalismo, e não pode ser tolhido por simples norma de competência atribuída à União. Para a efetividade desse direito estadual, não seria sequer necessário existir modelo na Constituição Federal que devesse ser seguido. Esse não é um direito

vinculado a regras menores da Constituição Federal. Veremos, no entanto, que no Brasil, a Constituição Federal, não apenas não o veda como até fornece-lhe as bases necessárias.”

A problemática residia basicamente, no princípio da autonomia dos entes federados, estando a questão subordinada à capacidade de auto-organização do Estado e dos Municípios.

O Município recebeu com a Constituição de 1988 autonomia qualificada, que o fortaleceu consideravelmente, alterando a sua posição na Federação, sendo componente da estrutura federativa, conforme se observa dos artigos 1º e 18 da Constituição Federal. O Município é entidade estatal integrante da Federação, como entidade político-administrativa, dotada de autonomia política, administrativa e financeira, com capacidade de auto-organização, o que carecia no sistema constitucional revogado, por força do art. 29, que prescreve que ele se regerá por lei orgânica própria.

Deve-se observar contudo, que o Município é parte do sistema federativo, tendo de ser com ele compatível.

Verificando ainda a Jurisprudência, constatamos que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao acolher a Representação de Inconstitucionalidade 261.928, assentou que a matéria envolvia, basicamente, matéria atinente ao Direito Constitucional Estadual, afigurando-se, assim, legítima a norma constitucional que outorgava à Corte de Justiça a competência genérica para julgar a representação de inconstitucionalidade de Lei Municipal. É o que se constata na seguinte passagem do voto proferido pelo eminente Relator, Desembargador Xavier Homrich, *verbis*:

“(...) A própria Constituição Federal não deixa qualquer dúvida sobre a competência dos Tribunais de Justiça para conhecer e julgar as ações diretas genéricas para declarar a inconstitucionalidade de leis municipais. O art. 116, com a redação da Emenda 7, de 13.4.77, estabelece que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 144, V), poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. 'Aí está o fulcro dessa competência, como salienta o erudito parecer do Prof. José Afonso da Silva (p. 110). Prefeciona Lúcio Bittencourt, na observação do referido mestre,

que esse preceito constitucional, em si mesmo, não é uma norma de funcionamento nem uma regra de competência; estabelece, apenas uma condição de eficácia (ibidem). Mas é evidente que, ao menos implicitamente define a competência dos Tribunais para o exercício do controle de constitucionalidade ou através de recurso, na hipótese de via de exceção, ou por via de ação direta quando prevista sua competência originária."

Conclui-se, consoante ensina a Prof<sup>ª</sup>. Ada Pellegrini Grinover, que a Constituição Federal Anterior prevê a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual ou federal, em confronto com a Constituição Federal (arts. 119, I, "I" e 11, §1º, "e"); bem como a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, frente a Constituição Estadual, para o fim de intervenção (art. 15, § 3º, "d"). Não cuida a Constituição Federal, entretanto, de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual frente à Constituição Estadual; nem a de lei ou ato municipal, frente à Constituição Federal ou Estadual: este último caso só é regulado para efeitos interventivos. (in Ação Direta de Controle da Constitucionalidade de Leis Municipais em Tese, p. 47).

Assim, a Constituição do Estado de São Paulo podia editar suas próprias normas sobre a ação direta de inconstitucionalidade, desde que circunscritas aos princípios gerais enumerados na Lei Maior, estabelecendo ao lado da titularidade da ação a competência funcional para seu conhecimento e julgamento. Fiel a tais diretrizes, estabeleceu que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente as representações sobre inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais.

Anteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul havia admitido que, não obstante a omissão da Carta Estadual, dispunha aquela Corte de Justiça de competência para conhecer de arguição de inconstitucionalidade em tese, formulada pelo Procurador Geral de Justiça. Nesse sentido, pronunciou-se o relator da Representação 19.522, eminente Des. Emílio Gischohow, *verbis*:

"Adoto a linha de raciocínio do eminente Procurador. Apenas estou fazendo uma inversão porque me parece que o art. 15 da CF, assim como o art. 150 da Constituição Estadual concedem suporte evidente para caracterizar de forma expressa a competência dos Tribunais Estaduais para o controle da constitucionalidade das leis municipais. O art. 200 da CF, que foi salientado pelo Dr. Procurador quando

emitiu seu parecer dispõe: As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao Direito Constitucional legislado dos Estados. E é princípio fundamental do sistema constitucional brasileiro que os Estados não de reger-se pelos mesmos princípios estabelecidos na Constituição Federal. O raciocínio exposto pelo Procurador consiste em que, competindo ao Pretório Excelso, o mais alto Tribunal da República, o conhecimento e julgamento da inconstitucionalidade da lei em tese, também esses dispositivos tem sua incidência em relação aos Tribunais Estaduais no que se refere à legislação municipal. E isso porque o art. 15, embora referindo-se à intervenção, deixa de forma também expressa, bem nítida a competência do Tribunal de Justiça.

De forma que, dentro desta ordem de fundamentação meu voto preliminar é no sentido de dar pela competência desse Egrégio Tribunal Pleno, para conhecer da representação."

O STF apreciou a questão, inicialmente no RE 91.740-RS (Rel. Min. Xavier de Albuquerque). Em verdade, não se suscitava, no v. aresto recorrido, qualquer dúvida quanto ao cabimento ou não do controle *in abstrato* de forma municipal em face da Constituição Federal. E, por isso, o eminente Min. Xavier de Albuquerque se absteve, inicialmente, de examinar o tema, limitando-se, apenas, a externar uma advertência, como se pode ler na seguinte passagem de seu voto:

"O exame do caso reclama, ainda que para servir de advertência, uma observação preliminar: o processo, que sobe ao Supremo Tribunal Federal por força da interposição de recurso extraordinário, é de representação do Procurador Geral da Justiça ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para exame da arguição de inconstitucionalidade *in abstrato*, de atos legislativos municipais que se diz colidirem com a Constituição da República e com a Lei Complementar Federal nº 25/75.

Ora, tal representação, destinada à arguição, tem tese de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, fundada em contrariedade a preceitos da Constituição Federal, tal representação, repito, não está autorizada pelo nosso sistema constitucional e processual. E cumpria, como é óbvio que estivesse, à vista do caráter



excepcional da representação de inconstitucionalidade, que é instrumento singularíssimo de controle *in abstracto* da constitucionalidade das leis.

Com efeito, o que a Constituição permite — graças à inovação que a Emenda 1/69 introduziu no art. 15, § 3º, “d” na redação que lhe deu — é que o chefe do Ministério Público Estadual represente ao Tribunal de Justiça do Estado, para fins de intervenção estadual nos municípios, acerca da inconstitucionalidade, a luz da Constituição Federal, de atos municipais. É isso, e somente isso.

A arguição de inconstitucionalidade em tese, por contrariedade à Constituição Federal, esta só a permite em relação a lei ou ato normativo federal ou estadual, como se vê do seu art. 119, I, “f”. Lei ou ato normativo municipal, que acaso colida com a Constituição Federal, só pode ser objeto de contencioso constitucional *in concreto*.

Embora inadmissível, pelos motivos que venho de expor, a representação foi conhecida e julgada pelo nobre Tribunal a quo, que sequer examinou a questão de ser ela cabível ou incabível. Ninguém, aliás, suscitou tal problema nestes autos.

Em casos análogos — não de representações, mas de mandados de segurança patentemente idôneos, mas conhecidos e denegados pelo mérito — tenho entendido que a atitude das instâncias locais não pode vincular o Supremo Tribunal, nem constrangê-lo a consentir, a pretexto que só do mérito se pode ocupar, no uso de ação ou medida processual que tenha por imprópria e inadequada.

(...)

Com ressalva do meu ponto de vista, passo a seguir a orientação da douta maioria. E é em sua homenagem que transponho, sem me decidir por ela, essa questão preliminar.”

O Min. Moreira Alves considerou que, como o recurso extraordinário fora interposto ao abrigo da alínea “c” do permissivo constitucional (CF, art. 119, III, c), que devolvia ao Tribunal “o exame pleno da questão constitucional em causa”, caberia examinar, de ofício, se estavam presentes as condições da ação (CPC, art. 267 § 3º). E, após, essa consideração preliminar, houve por bem, dar

provimento ao apelo, pelos seguintes fundamentos:

“Com efeito, o controle da inconstitucionalidade das leis em tese, ainda quando deferido — como sucede no Brasil — ao Poder Judiciário, não é, ao contrário do que ocorre com controle *incidentally tantum* (que, por isso mesmo, foi admitido nos Estados Unidos da América do Norte, independentemente de texto constitucional que o consagre expressamente), incito a atribuição jurisdicional (aplicar a lei válida e vigente ao caso concreto submetido ao Judiciário), mas ato de natureza eminentemente política, uma vez que, por ele, se julga, diretamente em abstrato, a validade de atos dos outros poderes do Estado (o legislativo e o executivo) em face dos preceitos constitucionais a que todos os poderes devem guardar obediência. Por isso mesmo, Willoughby (**The Supreme Court of the United States**, Baltimore, 1890, p. 36), faz esta advertência:

“Every act of the legislature is presumably valid. Its constitutionality can be tested only when brought before the court in a specific case. The court never goes to meet a law, nor anticipates its execution by an opinion as to its constitutionality. The court is brought into the political arena, independently of its own will. It judges the law only because it is obliged to judge case”. (Todo ato do Poder Legislativo é presumidamente válido. Sua constitucionalidade somente pode ser testada se trazida diante da Corte em caso concreto. A Corte nunca vai ao encontro da Lei, nem antecipa, em juízo sobre sua constitucionalidade, a execução que lhe dará. A Corte é trazida para a arena política independentemente de sua vontade. Ela julga a lei somente porque é obrigada a julgar o caso)”.

Por isso mesmo, o controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o *incidentally tantum*), é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado. Não há o que se falar, portanto, nesse terreno, de omissão da Constituição Federal que possa ser preenchida — principalmente quando se trata, como no caso, de modo de controle para a preservação da obediência dela — por norma supletiva de Constituição Estadual. Se nem o Supremo Tribunal

Federal pode julgar da constitucionalidade, ou não, em tese, de lei ou ato normativo municipal diante da Constituição Federal, como admitir-se que as Constituições Estaduais, sob pretexto de omissão daquela, dêem esse poder, de natureza, como disse, eminentemente política, aos Tribunais de Justiça locais, e, portanto, ao próprio Supremo Tribunal Federal, por via indireta, em grau de recurso extraordinário?

Ocorre, pois no caso impossibilidade jurídica que reconheço de ofício."

Essa questão voltou a ser examinada pela Excelsa Corte no RE 92.169, interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão do TJSP, que, julgando representação da Procuradoria Geral do Estado, declarou a inconstitucionalidade de lei do município da Capital. O STF manteve a orientação anteriormente esposada, afirmando a incompatibilidade com o ordenamento constitucional brasileiro da extensão do controle de constitucionalidade em tese.

Todavia, no RE 92.169, acima referido, suscitou-se, interessante controvérsia sobre a possibilidade de se proceder ao controle de constitucionalidade de leis municipais, mediante representação do Procurador Geral da República ao Supremo Tribunal Federal. O eminente Min. Cunha Peixoto vislumbrou a existência de uma lacuna na disposição contida no art. 119, I, "I", da Constituição, por não se referir a lei municipal. Convém registrar, a propósito algumas passagens de seu voto, *verbis*:

"(...) nossa Constituição, embora postulando a independência e harmonia dos Poderes, fez do Judiciário um Super Poder, pela prerrogativa que lhe concedeu de considerar inconstitucionais e portanto, sem efeito, as leis e os atos dos demais Poderes. A forma pela qual este Superpoder é exercido constitui uma determinação da própria Constituição e, conseqüentemente, não se pode dizer que, fixados dois sistemas pela Constituição, um é o normal e outro excepcional. Ambos estão colocados no mesmo pé de igualdade e, se se pudesse considerar anormal um deles, seria sem dúvida, a nosso ver, o método difuso, pois nele se permite que um juiz de primeiro grau decrete a inconstitucionalidade de um ato do Chefe do Poder Executivo, enquanto que, no sistema concentrado, esta atribuição pertence à cúpula do Poder Judiciário - Supremo Tribunal Federal.

A expressão literal da norma constitucional pelo método concentrado (art. 119, I, "I") e, sem dúvida, lacunosa, ao omitir referência à lei ou ato normativo municipal.

Acontece, porém, que os municípios são entidades político-administrativas e, conseqüentemente, parte integrante da União, e que o Supremo Tribunal Federal foi erigido em guardião da Constituição.

Não seria lógico que os desvios constitucionais das leis e atos normativos federais e estaduais estejam sob o crivo direto do Supremo Tribunal Federal, através de representação do Procurador Geral da República e os municípios fiquem sobranceiros a esta espécie de censura.

(...)

Não é, possível, assim que, dentro da sistemática brasileira, se negue ao Procurador Geral da República o direito de acionar o Supremo Tribunal Federal para, diretamente invalidar uma lei que traga tal defeito, apenas porque é da órbita municipal e a ela não se referiu a Constituição.

Nem se objete que a competência do Supremo Tribunal Federal é de ordem constitucional, porque aqui, a nosso ver, se trata de competência implícita, ou por força de compreensão, que plenamente se justifica e foi muitas vezes reconhecida pela Excelsa Corte, como assinalava o saudoso Min. Luiz Galotti.

(...) acolhendo esta tese — de ser o Supremo Tribunal Federal competente para propor ação direta, examinar a constitucionalidade ou não de lei municipal em face da Constituição Federal — escreveu Frederico Marques: "A omissão do mandamento constitucional, que só menciona lei federal ou estadual (e ato normativo federal e estadual) não impede que se estenda ao âmbito do município, o que ali está escrito, pois, *a fortiori* há de poder-se a lei ou ato normativo municipal que vulnera a Constituição da República" (Reforma do Poder Judiciário, vol 1º, p. 316, nº 175).

A titularidade para a arguição de inconstitucionalidade da lei ou ato

normativo por ação direta é do Procurador Geral da República.

O Min. Rafael Mayer também manifestou-se no mesmo sentido:

“Tenho por válida a tese do douto Relator no sentido de ser implícita a competência do Supremo Tribunal para julgar — e exercitável pelo Procurador Geral da República — a ação direta para a declaração da inconstitucionalidade de leis municipais em tese, pois a interpretação construtiva faria compreender no âmbito do estadual os seus componentes municipais.

Dir-se-ia, em detrimento da tese, que o propósito do constituinte corresponderia ao limite verbal, pois aí confinaria com a própria Federação, que somente ela está em causa e não os municípios que não comparecem à sua composição.

Todavia, ao formal se deve sobrepor a realidade de exigências a realidade incontornáveis. Pela sua autonomia também constitucionalmente reconhecida o município tem atividade legiferante significativa, que pode interessar à própria Federação como um todo bastando ver sua integração no Sistema Nacional Tributário e as possíveis repercussões que, neste, as suas normas possam causar.

A proposição formulada não mereceu, então, maiores desenvolvimentos. Todavia o Procurador Geral da República, Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence, ofereceu representação de inconstitucionalidade contra a Resolução 267, de 20.1.83, editada pela Câmara Municipal de Aracruz - ES, que introduziu a alteração no Regimento Interno da Câmara Municipal, estabelecendo que, em caso de empate, seria eleito o mais idoso. Na oportunidade, ressaltou-se que a representação envolvia, já quanto à preliminar de sua admissibilidade, já no que toca ao mérito da arguição de inconstitucionalidade suscitada, questões relevantes sobre as quais parece conveniente e oportuno ao representante provocar a decisão da Alta Corte.”

Destacou a Procuradoria Geral da República, na sua representação, que, não obstante o entendimento do Excelso Pretório no sentido da invalidez das normas das Constituições Estaduais que atribuem aos Tribunais locais o controle, por ação direta, da constitucionalidade de leis municipais e, a respeito da

expressão literal do art. 119, I, "I", da Constituição, que limita o objeto da representação por inconstitucionalidade do Procurador Geral da República, perante o STF, o "ato normativo federal ou estadual", existiriam valiosos pronunciamentos que consideravam as normas municipais subentendidas na menção aos atos normativos estaduais.

Contudo, para a análise desta controvérsia, afigura-se indispensável breve consideração sobre o desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro.

Como ressaltado, embora o constituinte tenha buscado inspiração no Direito norte-americano, a evolução do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro assumiu características próprias. O Dec. 510, de 22.06.1890, instituiu o recurso para o STF, da decisão da Justiça do Estado, em última instância "quando se constatar a validade de leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou essas leis impugnadas" (art. 58, § 1º, "b").

Posteriormente, o Dec. 848, de 11.10.1890, instituiu, de forma expressa, o sistema de controle por via de exceção, estabelecendo que, "na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a Magistratura Federal só intervirá, em espécie e por provocação da parte". Tal orientação foi mantida pela Carta Magna de 1891 (arts. 59, § 1º, e 60). A Lei 221, de 10. 11. 1894, veio completar o sistema difuso do controle de constitucionalidade, fixando no art. 13, § 1º, que "os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição".

A Constituição de 1934 inovou significativamente o sistema de controle, estabelecendo o quorum especial para a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais (art. 179) e admitindo a suspensão de execução pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pela Excelsa Corte (art. 91, IV).

Pode-se atribuir, destarte, eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

E foi com a Constituição de 1934 que se introduziu, entre nós, ainda que de forma incipiente, o controle de constitucionalidade por via de ação, atribuindo-se ao Procurador Geral da República a legitimidade para provocar o exame do STF sobre constitucionalidade da lei declaratória de intervenção, no caso de violação

dos chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 12, § 2º, c/c art. 7º, I, "a" a "h").

A Constituição de 1946 preservou, em linhas gerais, o sistema da Constituição de 1934, condicionando a intervenção federal, na hipótese de violação aos princípios sensíveis (art. 7º, VII), à prévia declaração de inconstitucionalidade pelo STF do ato de governo estadual submetido a seu exame e julgamento mediante representação do Procurador Geral da República (art. 8º, parágrafo único).

E a EC 16, de 26.11.63, introduziu, dentre as atribuições do STF, a competência para processar e julgar originariamente a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (Constituição Federal de 1946, art. 101, I, "k"). Assim, procedeu-se à extensão do controle direto de constitucionalidade às leis federais, desvinculando o exercício de ação de inconstitucionalidade do processo interventivo.

Passou-se a adotar, assim, no Direito Constitucional Brasileiro, ao lado do amplo controle difuso, o julgamento da constitucionalidade da norma federal ou estadual, em tese, sem outra finalidade que não a de preservar o ordenamento jurídico de intromissão de leis com eles incompatíveis.

A Exposição de Motivos do Projeto de Emenda subscrita pelo Ministro da Justiça dedicou o seguinte trecho ao novo instituto, ora transcrito:

"Ao lado desse conjunto de providências, outras foram aventadas em direção oposta: a do reforço da competência do Supremo, através de dois novos institutos de "legitimidade constitucional", que ele mesmo propôs:

a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, parágrafo único, da CF);

b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo".

“A “representação”, limitada em sua “iniciativa”, tem o mérito de facultar desde logo a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres. Afeiçoa-se, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados dos princípios que integram a lista do inc. VII do art. 7º de algum modo a inovação, estendendo a vigilância às leis federais em tese, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos”. (Diário do Congresso Nacional de 5.11.65, p. 9297)

Ainda que esse documento aludido fizesse menção, tão-somente, a lei federal, o Projeto de Emenda já se referia, de forma expressa “à lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual”. Todavia, não cuidou o referido Projeto — e também a Emenda 16 — do controle de constitucionalidade *in abstracto* da lei municipal em face a Constituição Federal. Não se tratava, porém, de olvido ou omissão. Ao revés, atento a relevância do controle direto de constitucionalidade da lei municipal, estabeleceu o constituinte, no art. 124, XIII, a seguinte norma, *in verbis*:

“(…) a lei poderá estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado.”

A Constituição de 1967 reproduziu as disposições da Carta Magna de 1946 pertinentes ao controle de constitucionalidade, omitindo, porém o dispositivo que permitia a disciplina do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça do Estado para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato dos municípios que contrariassem a Constituição Estadual. Com a EC 1/69, foi introduzida a representação interventiva da lei municipal (art. 15, § 3º, “d”).

Já a Constituição Federal de 1988 manteve a mesma linha da Carta anterior, sendo plenamente aplicáveis os princípios da doutrina e jurisprudência anterior.

Há, ainda de se indagar se o silêncio da Constituição Federal acerca da inconstitucionalidade da lei municipal face a ela, configuraria lacuna.

Inicialmente, há de se observar que a moderna doutrina costuma distinguir as lacunas da lei em dois tipos básicos. As chamadas lacunas autênticas *de lege*



*lata*, ou lacunas de formação dizem respeito à própria formulação de norma legal afetando a sua inteligência, tornando-a contraditória ou incompleta. Por seu turno, as lacunas inautênticas, *de lege ferenda* ou lacuna axiológica ou de valoração, não envolvem propriamente uma contradição do Texto Legal, decorrendo da própria "instituição jurídica" ou do próprio "sentimento jurídico" (Rechtsgefühl).

("Eine formulierungslücke liegt also dann vor, wenn das Gesetz schon seinem Wortlaut nach keine komplette verhaltensrichtlinie gibt"; "Von Wertungslücken sprechen wir dort, wo eine Rechtsnorm zwar ihrem Wortlaut nach ohne Ergänzung widerspruchsfrei anwendbar wäre, aber nach dem Rechtsgefühl einer Ergänzung bedarf").

Também com relação aos textos constitucionais costuma-se proceder à distinção entre lacunas inautênticas (**wirkliche un vermeintliche Verfassungslücke**). E, entre lacunas autênticas, a doutrina logra distinguir a chamada lacuna aberta ou patente (**offene Lucke**), da lacuna oculta (**verborgene oder verdeckte Lucke**).

Configura-se uma lacuna patente (**offene Lucke**) quando a lei não contém disposição relativa a um grupo de casos, embora, conforme sua teologia, devesse estabelecer tal regra. Da mesma forma, cuida-se de uma lacuna oculta (**verborgene Lucke**) quando a lei não contém uma restrição que se afigura imanente à regra estabelecida. Outros autores, como Loewenstien e Maunz, identificam uma lacuna constitucional oculta "quando en el momento de crear la constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular noemativamente una situación determinada".

Cumprе ressaltar que a lacuna latente constitui, não raras vezes, expediente técnico utilizado pelo legislador ou pelo constituinte. Nesse caso, há uma abstenção consciente permitindo que eventual solução seja encontrada no âmbito da doutrina e da jurisprudência, ou, mesmo da legislação.

Por outro lado, a doutrina registra a caracterização do chamado "silêncio eloqüente". Nesse caso, a aparente omissão do legislador tem especial significado, traduzindo, em geral a vontade de não facultar a instituição de determinados regimes ou sistemas, ou de

vedar a adoção de determinadas práticas.

E, é nesse contexto que Larenz assevera com razão, que a "lacuna e o silêncio da lei não são simplesmente a mesma coisa" (**Lucke und Schweigen des Gesezes sind also nicht einfach dasselbe**).

O próprio desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil parece demonstrar que a norma contida no art. 119, I, "l", da Constituição, vigente, não parece conter lacuna patente ou oculta.

Tanto é assim, que, na EC 16/65, houve por bem o constituinte diferenciar o controle de constitucionalidade das leis estaduais e federais, daquele relativo às leis municipais (Constituição Federal de 1946, com EC 16/65, arts. 101, I, "k", e art. 124, XIII).

E a disposição contida no art. 15, § 3º, "d", da Constituição de 1967 com a EC 1/69, que atribuiu ao Tribunal de Justiça a competência para conhecer da representação interventiva proposta pelo Chefe do Ministério Público local, ressalta, de forma nítida, tal entendimento.

Tendo em vista a amplitude do controle direto de constitucionalidade de Lei estadual e federal, poder-se-ia vislumbrar, na ausência de mecanismo de controle direto de constitucionalidade da lei municipal, uma lacuna de ordem axiológica ou de *lege ferenda*, tal afirmado no preclaro voto proferido pelo Min. Cunha Peixoto.

Assim dever-se-ia indagar sobre a legitimidade da ampliação, por via interpretativa, das excepcionais tarefas políticas outorgadas pelo constituinte ao Procurador Geral da República e ao Supremo Tribunal Federal.

É evidente que a interpretação há de estar vinculada ao texto da lei. E, no tocante à hermenêutica constitucional, não parece haver dúvida quanto a necessária observância da sistemática de distribuição de funções, sendo vedado ao intérprete alterar os mecanismos inerentes à distribuição de poderes. Tem-se aqui o princípio que a doutrina constitucional alemã denomina "correção ou exatidão funcional" (**funktionelle Richtigkeit**).

Por outro lado, é de acentuar-se que os limites da hermenêutica

constitucional admitem a interpretação construtiva ou evolutiva (**Vergassungswandel**), mas excluem, terminantemente, tanto a possibilidade de violação do Texto Constitucional, através de um afastamento ou desvio, quanto a hipótese de sua modificação, pela via interpretativa (**Verfassungsänderung durch Interpretation**). Daí ressaltar Hesse que, quando o intérprete se desvincula do Texto Constitucional, deixa ele de exercer atividade interpretativa, provocando alteração ou violação da norma, o que lhe é vedado (**Wo der Interpret sich über die Verfassung hinwegsetzt, interpretiert er nicht mehr, sondern er ändert oder durchbricht die Verfassung. Biides ist ihm durch das gettende Recht verwhrt**).

Ora, a síntese da evolução histórica de nosso modelo de controle de constitucionalidade está a demonstrar que o constituinte pretendeu distinguir o sistema de controle, atinente às leis estaduais e federais, daquele aplicável às leis municipais. E a introdução da representação interventiva, na esfera estadual, longe de autorizar uma interpretação ampliada do disposto no art. 119, I, "I", da Constituição, parece traduzir, de forma inequívoca, o intento restritivo do legislador constituinte. É que a representação interventiva não caracteriza o modelo de controle abstrato de normas, constituindo mecanismo singular de composição de conflito de interesses entre a União e Estado (C.F. arts. 11, § 1º, "c", c/c 10, VI, 1ª parte e VII), ou entre a unidade federada e o ente comum (25, § 3º, "d", C.F.). Assim, não há como afirmar a competência do STF para conhecer de ação direta de inconstitucionalidade, de lei municipal, sem proporcionar a ampliação de monumental poder político que lhe defere, expressamente, a Carta Magna. Em última instância, tal extensão de competência resultaria na própria alteração da norma constitucional, com a conseqüente modificação da sistemática da divisão de poderes.

A aparente omissão contida no art. 119, I, "I", da Constituição, antes de caracterizar uma lacuna, configura, em verdade, um "silêncio eloqüente" (**beredte Schweigen**). O silêncio do legislador constituinte há de ser entendido, nesse aspecto, como expressa vontade de restringir o controle de constitucionalidade abstrato do modelo explicitamente definido no Texto Magno." (Gilmar Ferreira Mendes, *in* "Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais em Tese",

RDP nº 90, p. 138-150).

A par destas considerações, temos de analisar a possibilidade de criação na esfera estadual de uma jurisdição constitucional.

Para tal é necessário que seja reconhecido aos Estados Federados o poder de instituir órgãos para a defesa da Constituição.

Nesse sentido, temos os ensinamentos de Ernest Friesenhahn, in RDP 90/146:

"Constitui tarefa de jurisdição constitucional garantir, nos diferentes processos, uma defesa institucional autônoma da Constituição. A jurisdição constitucional distingue-se de outros tipos de jurisdição mediante uma peculiar relação com o texto constitucional. E, por isso ocupa lugar de destaque na organização estatal concebida pela Constituição. Os Tribunais constitucionais são considerados entre os chamados "órgãos constitucionais" (*Verfassungsorgane*).

No Estado Federal, somente pode existir jurisdição constitucional no âmbito do Estado-membro se a Constituição Federal assegura às unidades federadas não só a liberdade para criar, por sua própria deliberação, constituições autônomas, mas também o poder para regular, especificadamente, a defesa judicial de sua Constituição."

Ainda, sobre o tema o ilustre Procurador da República, Gilmar Ferreira Mendes, no trabalho supra citado, expressa:

"Tal peculiaridade legitima a conclusão de Pestalozza, segundo a qual a existência das jurisdições estaduais e federal outorga ao lesado uma dupla proteção, seja quando o ato se afigure incompatível com disposições federais e estaduais materialmente diversas, seja quando malfira preceitos concordantes da Constituição Federal ou da Carta Estadual.

Como observado, a coexistência de jurisdições constitucionais federal e estadual enseja dúplíce proteção judicial, independentemente de coincidência ou divergência das disposições contidas na Carta Magna e na Constituição Estadual. A ampla autonomia de que gozam os estados-membros em alguns modelos federativos milita em favor

da concorrência de jurisdições constitucionais.

Assim, uma lei estadual pode ser compatível com a Lei Maior e incompatível com a Carta estadual. Daí abster-se o **Bundesverfassungsgericht** de se pronunciar sobre a validade da lei estadual, limitando-se a declarar a sua compatibilidade com a Lei fundamental ou com o direito federal. E às objeções quanto à inexistência de objeto no controle de constitucionalidade em face da Lei Fundamental, no caso de inconstitucionalidade diante da carta estadual responde Friesenhahn, com proficiência: "Tal restrição não leva em conta o Direito constitucional, há de se distinguir o juízo de validade da norma, e a competência para apreciar essa validade ou declarar a invalidade." (Dieser Einwand übersieht, dass im Verfassungsrecht zu unterscheiden ist, ob materiell eine Norm ungültig ist und wer befugt ist die Gültigkeit zu prüfen und die Ungültigkeit geltend zu machen).

(...)

As considerações então expendidas faziam referência a instituição de mecanismo de controle de constitucionalidade, no âmbito da unidade federada, tendo em vista as especificações do Direito Constitucional positivo brasileiro. Todavia, parece lícito enfatizar que a possibilidade de coexistência entre jurisdições constitucionais federal e estadual pressupõe, em uma estrutura federativa, expressa previsão constitucional e uma definição dos "parâmetros de controle" (**kontrollmasstabe**). Destarte, mesmo quando as disposições dos textos constitucionais federal ou estadual tiverem idêntico conteúdo, há de se admitir a autonomia dos pronunciamentos jurisdicionais da corte Federal ou do Tribunal estadual.

O **Bundesverfassungsgericht** firmou entendimento no sentido de que a adoção pela Constituição estadual de normas com conteúdo idêntico a preceitos constitucionais federais, dilarga a dúplice garantia jurisdicional, permitindo que as reclamações constitucionais e o controle de normas possam ser instaurados perante o Tribunal Constitucional estadual, nos termos da Constituição Estadual, ou perante a Corte Constitucional Federal, tendo por parâmetro a Lei fundamental. E, em caso de dissídio jurisdicional específico entre o

**Bundesverfassungsgericht e um Landesverfassungsgericht,** há de prevalecer a orientação consolidada pelo órgão federal.

Vê-se, assim, que dado o caráter vinculativo e a índole genérica inerentes ao modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a possibilidade de coexistência entre jurisdições constitucionais federal e estadual, em uma ordem federativa, exige, igualmente, a definição de "parâmetros de controle" (**Kontrollmasstabe**) autônomos e diferenciados. Do contrário o exercício do controle de constitucionalidade por Tribunal federal e estadual com base em um mesmo "parâmetro de controle" acabaria por ensejar a vinculação da corte Federal julgada proferido pelo órgão estadual, tal como apontado pelo Ministro Moreira Alves."

A par destas considerações, cabe por fim verificar como estão sendo julgados os pedidos de inconstitucionalidade de lei municipal, pelos nossos Tribunais, após a promulgação da atual Constituição Federal e da Nova Carta Paulista.

Em decisão estampada na RT 680/80, observamos que o Tribunal de Justiça de São Paulo, vem acolhendo a competência para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal e da Constituição Paulista. Esse V. Acórdão expressa:

"LEI MUNICIPAL - Determinação quanto a uso especial de público - Fixação, ainda, sobre a instalação e execução de serviços de lanchonete, restaurante e refeitório - Competência do Prefeito - Caracterização de usurpação de poder - Lei nº 3.541 do Município de São Bernardo do Campo declarada inconstitucional.

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos estes autos de ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 3.414, de 05 de dezembro de 1989 do Município de São Bernardo do Campo 12.325-0, da comarca de São Paulo, em que é requerente o Prefeito do Município de São Bernardo do Campo e requerida a Câmara do Município de São Bernardo do Campo: Acordam, em Sessão Plenária do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotando o relatório de fls., repelir a preliminar e julgar procedente a ação como consignada no acórdão.

(...)

Em conseqüência, acolhe-se a ação, para declarar inconstitucional a Lei Municipal nº 3.541, de 06.08.90, do Município de São Bernardo do Campo, oficiando-se a Câmara Municipal de São Bernardo do Campo, dando-lhe conhecimento desta decisão, como de direito."

Entretanto, essa competência do Tribunal de Justiça, que está de acordo com a Constituição Paulista, não vem sendo confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

A título ilustrativo transcrevo o seguinte acórdão dessa Egrégia Corte:

"LEI - Representação de inconstitucionalidade - Lei municipal em tese - Propositura pelo Procurador Geral da Justiça perante o Tribunal de Justiça Estadual - Fato que não justifica o ajuizamento de reclamação ao STF, posto não verificada qualquer das hipóteses do art. 156 do RISTF, ou seja, desrespeito a competência ou autoridade do julgador do Supremo - Ilegitimidade "ad causam", ademais, de quem não figura como parte no processo para ajuizamento da reclamação - Não conhecimento desta.

(...)

Aliás, causam estranheza essas renovadas tentativas no sentido de fazer prevalecer uma competência que o STF jamais reconheceu, nas inúmeras ocasiões em que teve de apreciar a matéria, saliente-se nesse ponto, que o TJRS talvez seja o único que ainda à completa uniformização da jurisprudência do STF no tocante a matéria, do que, por óbvio, se vale o Procurador Geral da Justiça deste Estado, reiteradamente intentando pedidos dessa natureza, a maioria dos quais, por envolver municípios do interior, nem sequer chegam ao exame da Corte Suprema, com notório prejuízo às partes interessadas.

(...)

Não menos verdadeiro é o fato de que sob a égide da atual Constituição Federal, o STF, em momento algum, acatou esse posicionamento nos Tribunais estaduais. E nem poderia ser diferente porquanto não há interpretação sistemática da Carta Magna capaz

de retirar daquela Corte Superior a função exclusiva de resguardá-la às agressões aos seus princípios e às suas normas. Até porque esse é um dos pilares sobre o qual se sustenta o sistema federativo.

Cite-se, para ilustrar, a controvérsia instalada em torno do art. 51 da Constituição do Estado de São Paulo, já pacificada pela decisão unânime do STF, sempre que apreciou aquele dispositivo, dito legal, ocasiões em que o considerou flagrantemente inconstitucional."

Outra decisão estampa:

"Competência — Controle concentrado de constitucionalidade - Exclusividade deferida à Suprema Corte em sua composição plenária - Controle prévio do relator - Requisitos prévios e exame dos pressupostos processuais e condições da própria ação direta - Controle recursal "a posteriori" dos atos decisórios do relator - Aplicação do princípio de reserva do Plenário - Inteligência dos arts. 97 da CF e 5º, VII e 173 do Regimento Interno (STF)." (RT 683/200)

Perante o aqui exposto, podemos concluir que a hierarquia das leis é princípio do nosso ordenamento jurídico, sendo a Constituição Federal o texto legal situado em seu ápice.

O controle dessa hierarquia é fundamental, pois caso contrário inexistiriam os próprios direitos e princípios do nosso ordenamento.

É justamente para resguardar os princípios de nosso sistema e eliminar a incompatibilidade vertical que existe a ação direta de inconstitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal tem propiciado amplo debate na doutrina e na jurisprudência, a respeito da competência de órgão do julgador e por conseqüência a capacidade postulatória para a propositura.

Pelas razões doutrinárias expostas acima e pelo art. 74 da Constituição Paulista, não há razão para se considerar incompetente o Tribunal de Justiça de São Paulo.

A omissão da Constituição Federal, antes de se considerar uma lacuna configuraria "um silêncio eloqüente", com a intenção de se reservar a competência do Supremo Tribunal Federal ao controle da constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais.



A Constituição Federal, contudo, admite o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à Carta Paulista, conforme estipulado no § 2º de seu art. 125. Entretanto, esse controle só é admissível se houver relação de hierarquia entre a Constituição Estadual e as normas municipais.

Tratando-se de Lei do Município de São Paulo, a Constituição Estadual delega competência ao Tribunal de Justiça para apreciação da sua constitucionalidade.

É perfeitamente lícito a coexistência de jurisdição constitucional federal e estadual.

Diante do conflito entre a Lei Municipal e a Constituição Federal e Estadual, nada impede que mediante representação requeira-se a propositura da ação direta de inconstitucionalidade diante do Tribunal de Justiça.

Cabe ressaltar, que a propositura perante esse Tribunal seria mais conveniente tendo em vista os seus julgamentos que acolhem a competência.

Contudo, tendo em vista a jurisprudência do S.T.F., seria conveniente que a propositura da ação fosse fundamentada em dispositivos da Constituição Paulista.

Com a propositura desta ação, o Exmo. Sr. Prefeito Municipal não deixará de cumprir a providência para efetivação da Lei Municipal, o que impedirá o oferecimento de denúncia contra a sua pessoa, pela prática de conduta tipificada no art 1º, XIV do Decreto Lei 201/67.

Entretanto, a fim de ser suspensa a instauração de processo criminal em face do Sr. Prefeito, seria recomendável após o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, seja impetrado Habeas Corpus preventivo até que o Poder Judiciário aprecie as medidas judiciais promovidas.

O pedido de representação de inconstitucionalidade, conforme exposto nas fls. 39 deste P.A., deve ser oferecido ao Exmo. Sr. Prefeito, pelo Sr. Procurador Geral do Município, na forma disposta no art. 7º, inciso X, do Decreto Municipal nº 27.321/88, em consonância com as competências estabelecidas no art. 90, incisos II e III, da Constituição do Estado de São Paulo, com base na previsão contida no § 2º do art. 125 da Constituição Federal e no art. 74, inc. VI, da Carta Paulista, por manifesta violação de dispositivos constitucionais,

comportando, ainda, pedido de suspensão de liminar de eficácia da aludida lei municipal até o julgamento final da ação de inconstitucionalidade.

Deixamos de apontar os dispositivos inconstitucionais da Lei Municipal nº 11.341, neste momento, por já terem sido apreciados anteriormente.

Esperando ter cumprido a determinação da Administração Superior, e esclarecendo o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, encaminho o presente para apreciação.

Vossa Senhoria, contudo, melhor saberá apreciar.

São Paulo, 13 de maio de 1993.

**JORGE DA FONSECA OSÓRIO**

**Procurador Municipal**

**Prêmio "Trabalho Relevante do Ano"  
do Departamento Patrimonial**

CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELA MUNICIPALIDADE  
DE SÃO PAULO EM AÇÃO DEMARCATÓRIA.

---

*Elaborado por José Eduardo Martins Cardozo*

Exmo. Sr. Dr. Juiz De Direito  
Da 9ª Vara Da Fazenda Pública Da Capital

PROCESSO Nº 1288/92  
AÇÃO DEMARCATÓRIA  
AUTORES: ESTHER FANGANIELLO E OUTROS  
RÉUS: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO E OUTROS

**A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por seu procurador que a esta  
subscrive, vem, nos autos da **AÇÃO DEMARCATÓRIA** promovida por **ESTHER**

**FANGANIELLO E OUTROS**, com base nos artigos 297,954 e 188 do Código de Processo Civil Brasileiro, apresentar sua **CONTESTAÇÃO** ao pedido deduzido pelos autores na presente ação, pelas razões de fato e de direito que a seguir passa a expor:

#### **PRELIMINARMENTE**

##### **DA INÉPCIA DA INICIAL**

I- Em total desconformidade com os requisitos básicos estabelecidos pela nossa legislação processual civil se encontra a peça vestibular apresentada pelos autores.

II- Diz o artigo 950 do nosso Código de Processo Civil, "in verbis":

"art. 950. Na petição inicial, instruída com os títulos da propriedade, designar-se-á o imóvel pela situação e denominação, **descrever-se-ão os limites por constituir, aviventar ou renovar** e nomear-se-ão todos os confinantes da linha demarcada." (grifo nosso)

Claro está, pois, que nas ações demarcatórias, **a apresentação da descrição detalhada dos limites que pretende o autor sejam fixados para a sua propriedade, é condição indispensável para a admissibilidade da inicial, e por conseguinte, para o regular processamento do feito.**

III- Aliás, pondere-se, é natural e até mesmo óbvio que assim seja. Se a ação divisória, como bem ensina ORLANDO GOMES (Direitos Reais, n. 140, pág. 196, 6ª ed., 1978, Forense), tem por objeto "a fixação de rumos novos ou a aviventação dos já existentes" em relação aos limites de um imóvel, é imprescindível que o autor apresente em Juízo, ao deduzir a sua pretensão, a linha divisória que julga ser acertada para a delimitação física dos prédios que tem em vista. É esta linha divisória, afinal, o verdadeiro pedido que devem os promoventes deduzir na ação demarcatória, e que, evidentemente, em boa acepção processual, não pode deixar de ser formulado de forma clara na exordial.

Se assim não procedeu o autor, seja por equívoco grosseiro ou má-fé, a verdade é que processualmente terá a inicial deixado de apresentar o pedido capaz de definir o próprio objeto litigioso da lide. Impossível será aos réus conhecer com clareza a pretensão que motiva a "actio finium regundorum", e por conseguinte, o próprio exercício regular do seu direito de defesa, dentro de

padrões mínimos de segurança.

Nestas condições, pois, a inépcia da inicial estará plenamente configurada, nos termos dos artigos 294, parágrafo único, I, e 286 do C.P.C.

IV- É lapidar a respeito, em uníssono com toda a doutrina pátria, o ensinamento do emérito Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro HAMILTON DE MORAES E BARROS, ao comentar os dispositivos que no nosso direito cuidam da petição inicial das ações demarcatórias:

"Assim, da inicial deverão constar:

1º (...)

**6º a descrição dos limites a constituir, ou seja, a descrição da linha divisória que se pretende seja certa; ou então, quais são os limites e marcos a aviventar, ou a renovar; (...)**

**"Essa linha divisória proposta pelo promovente é de grande relevo processual. É tão importante indicá-la e descrevê-la o autor, que a sua falta torna inepta a inicial. (...)**

E conclui o precitado mestre:

**"...se o autor não descreve a linha divisória e nem nada pleiteia como limites, não chega a transferir para seus eventuais opositores um ônus que é seu, *porque sua inicial seria inepta, imprestável que é para o fim a que se destina, uma vez que não oferece elementos para a defesa do réu, para armar-se a controvérsia ou para placitar uma aceitação.* Não deixaria uma tal omissão o autor e o réu a salvo de eventual invasão que, de suas terras, fizesse o agrimensor, já que ficaria armado da faculdade de fixar a linha divisória segundo seu entendimento e arbítrio, substituindo-se, por inteiro, à vontade das partes. *Cumpra ao juiz analisar e acolher ou repelir a pretensão das partes, porém nunca a missão de formulá-la. A fixação da linha é o pedido da demarcatória. Cabe ao autor formulá-lo.*" (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. IX, págs. 78 a 90, 2ª. ed., 1980, Forense) (grifos nossos)**

V- Em igual sentido tem se pronunciado, de forma torrencial, a jurisprudência pátria, como bem indica ALEXANDRE DE PAULA em seu "Código de Processo Civil Anotado" (IV volume, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, págs. 164 e 165):

**"Na 'actio finium regundorum' é mister a descrição minuciosa dos limites que devem ser fixados ou aviventados." (TJMG, RF 178/241; Jurisp. Min. 13/22)**

(...)

**"Na petição inicial das ações de demarcação de terras deve se incluir como um dos requisitos essenciais, a descrição minuciosa dos limites a serem fixados ou aviventados" (TJCE, Jurisp. e Dout. 8/271)**

(...)

**"Sem que o promovente diga qual a linha pleiteada é impossível aos promovidos conveniente defesa e igualmente ao juiz a apreciação da controvérsia e a fixação da linha demarcatória." (TJSP, RT 191/286; RF 140/264).**

Dúvidas, pois, não podem existir quanto a necessidade de ser indeferida a inicial da ação demarcatória sempre que, em ofensa aos artigos 950 e 286, "caput", do nosso estatuto processual civil em vigor, deixar o autor de apresentar de forma precisa o seu pedido quanto a linha divisória que deve ser estabelecida entre o seu imóvel e o dos demais confinantes.

VI- Se assim é, emérito julgador, ao se examinar a peça vestibular juntada a estes autos às fls. 2 a 6, e o seu respectivo aditamento constante de fls. 83 e 84, salta aos olhos, e de forma indubitosa a sua inépcia. **Nela, em nenhum momento se encontra proposta pelos autores, mesmo em delineamento grosseiro, qualquer linha divisória, seja em relação às áreas públicas da Urbe que com ela confrontam, seja em relação aos demais confrontantes.** Descrevem os autores seus imóveis (fls. 3 e 4), alegam que a demarcação existente foi apagada (fls. 4), reclamam de um possível esbulho (fls. 4 e 5), e pedem a delimitação do seu imóvel com o dos confinantes (fls. 5). **Em nenhum momento, porém, como seria devido, postulam a linha divisória que julgam deva ser aviventada ou formulada entre o seu imóvel e o da Municipalidade, ou entre aquele e os dos demais réus.**

Nem mesmo, diga-se a bem da verdade, no pouco preciso "croquis" de fls. 46, tal linha divisória pode ser vislumbrada com um mínimo de exatidão, **principalmente no que concerne aos limites existentes entre a área dos autores e as que integram o domínio da Urbe que, diga-se, sequer se encontram convenientemente identificadas.**

VII- Não há, portanto, como possa ser admitida a inicial que motiva a presente ação demarcatória. Inconteste é a sua inépcia.

Requer, pois, a Municipalidade seja ela indeferida, com base nos artigos 950, 295, I, e 295 parágrafo único, I, do Código de Processo Civil Brasileiro, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, I, do mesmo "Codex".

#### **NO MÉRITO**

VIII- Apesar da absoluta incerteza que resulta dos termos em que se faz deduzir a inicial, "ad cautelam", não poderá a Urbe deixar de se manifestar, mesmo que por ilação, em relação ao mérito da pretensão que presumivelmente parece ser a dos autores.

IX- Realmente, tomando-se por base a descrição "in abstracto" empreendida pelos autores dos seus imóveis, e supondo-se que sejam tais limites os que se pretende converter em fáticos na delimitação entre estes mesmos imóveis e os bens públicos de propriedade da Municipalidade, não pode ser acolhida por este R. Juízo tal pretensão.

Com efeito, **conforme puderam constatar os órgãos técnicos da Municipalidade, ao descreverem seus imóveis, englobaram os autores cerca de aproximadamente 4.500 metros quadrados de área pública municipal, pertinente a faixa reservada do antigo leito do rio Tietê** (v. planta em anexo - doc. 1).

Se esta é, pois, a pretensão dos autores, por óbvio, não pode ser acolhida. Não podem estes definir como suas, por via da pretendida demarcatória, áreas que indubitavelmente são consideradas como municipais, na conformidade do que se demonstrará a seguir.

### **A) Da Natureza Pública da Faixa Reservada do Antigo Leito do Rio Tietê**

X- A demonstração da natureza pública das áreas que integram a faixa reservada do antigo leito do rio Tietê, por imperativo lógico, pode ser dissociada em duas questões. A primeira, naturalmente, será a demonstração de que os denominados "terrenos reservados" existentes às margens dos rios públicos são igualmente públicos, seguindo a própria natureza do rio a que se referem. A segunda, por sua vez, será a demonstração de que no caso concreto do antigo leito do rio Tietê, tanto o antigo álveo como os "terrenos reservados" continuam a integrar o domínio público.

XI- Em relação a primeira questão acima referida, a mera leitura do direito positivo pátrio nos dá o seu pronto equacionamento.

De fato, expresso é o nosso Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 17 de julho de 1934) em dizer, nos seus artigos 11, 2º, e 14 que:

"art. 11. São públicos dominicais, se não estiverem destinados ao uso comum, ou por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular:

1º (...)

**2º os terrenos reservados nas margens das correntes públicas de uso comum, bem como dos canais, lagos e lagoas da mesma espécie, salvo quanto às correntes que, não sendo navegáveis nem flutuáveis, concorrem apenas para formar outras simplesmente flutuáveis, e não navegáveis;"**

(...)

"art. 14. **Os terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés vão até a distância de 15 metros para a parte da terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias**"(grifos nossos).

XII- Claro está assim, que se um rio é público, as faixas de terras existentes nas suas margens, na medida em que se definam como "terrenos reservados" nos termos da precitada legislação, **presumem-se também como integrantes do**



**domínio público.** Só como bens desta natureza não se definirão, por evidência, se concretamente restar demonstrado em algum caso concreto que por algum título legítimo tais imóveis deixaram o patrimônio público, passando para o domínio de particulares.

Anotando, com a habitual acuidade a posição majoritária entre os doutos, é este o escólio de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“Os terrenos reservados podem ser bens públicos ou bens particulares. Há uma presunção em favor da propriedade pública, devido à própria história das terras no Brasil: todas pertenciam à coroa. Essa presunção se desfaz nos casos concretos em que particulares demonstrem que receberam essas terras por concessão (aforamento) do poder público” (Direito Administrativo, Atlas, 1990, pág. 402).

Nesse sentido, aliás, tem sido unânime a jurisprudência em afirmar a presunção de que os terrenos reservados nas margens de rios públicos, integram igualmente o domínio público (RDA 3/256; RDP 3/99; RT 379/149; RT 395/139; RTJ 47/486; RETJ 44/111; RT 462/159; RT 175/823; RF 104/241; RF 103/41).

A título de mera exemplificação, vem a talho a lembrança de expressivo acórdão do Egrégio Tribunal de Alçada de São Paulo que assim se posicionou:

“REIVINDICAÇÃO - Faixa de terreno situado à margem de rio navegável que serve de limite entre dois Estados - Área considerada como “terrenos reservados” - Bens de domínio público - Inexistência de título legítimo do reivindicante - Carência de ação decretada - Voto vencido - Inteligência e aplicação dos arts. 34, nº I, da Constituição Federal, 11 do Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas e art. 39 da Lei nº 1507, de 1867).

BENS DO DOMÍNIO PÚBLICO - Faixa marginal de rio navegável que serve de limite a dois Estados - Título legítimo do particular o que vem a ser.

A expressão “título legítimo” de que se vale o art. 11 do Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 1934), deve ser interpretada em consonância com o art. 39 da Lei nº 1.507, de 1867, decorrendo dessa combinação que o título legítimo é aquele emanado da União por força de concessão e não o proveniente de mera aquisição de particular.

***Julga-se o reivindicante carecedor de ação de reivindicação de faixa de terreno situado às margens de rio navegável, que banha a mais de um Estado, se funda em título de aquisição de particular, sem comprovar que ele ou seus antecessores obtiveram qualquer concessão do Poder Público***". (Ap. nº 26.232 - Ourinhos - 4ª Cam. - TACSP - rel. Hoepfner Dutra - RT 285/648) (grifo nosso)

XIII- Por fim, cumpre ainda dizer, tão expressivo vinha sendo este posicionamento, que o próprio Pretório Excelso, objetivando dirimir definitivamente qualquer dúvida sobre a matéria, houve por bem editar a respeito a Súmula nº 479, que afirma:

**"Súmula 479. As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo excluídas de indenização."**

XIV- Diante do exposto, dúvidas não podem existir quanto ao fato de que os **"terrenos reservados"** às margens dos rios públicos também têm como pública a sua própria natureza dominial, desde que, comprovadamente, por título legítimo, não tenham saído do patrimônio do ente federativo a que estavam integrados.

XV- Resta, assim, a resposta a segunda questão acima indicada: tratando-se do antigo leito de um rio de águas públicas (como de forma inconteste se reconhece que é o rio Tietê que corta a cidade de São Paulo), os terrenos que se tinham por públicos na condição de reservados, terão perdido esta qualidade quando um novo álveo passou a dar vazão às águas que o serviam? Estarão assim os "terrenos reservados" do antigo leito do rio Tietê, em decorrência do seu novo curso, ainda integrados ao patrimônio público?

XVI- A matéria, também aqui deve ser equacionada a partir dos mandamentos do nosso direito positivo. Diz o artigo 27 do nosso Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934) que:

**"art. 27. Se a mudança da corrente se fez por utilidade pública, o prédio ocupado pelo novo álveo deve ser indenizado, e o álveo abandonado passa a pertencer ao expropriante para que se compense da despesa feita."**(grifo nosso)

Ora, como é notório, e poderá ser demonstrado ao longo da presente, o

antigo álveo do rio Tietê não foi abandonado por acidente ou por fatos atribuíveis à natureza, **mas por ação direta do próprio Poder Público**. Assim, por força da regra de direito positivo acima transcrita, o antigo álveo do rio Tietê pertence, na sua totalidade, à Municipalidade de São Paulo.

E se assim é, os terrenos reservados, que já integravam o patrimônio público, em acompanhamento ao próprio álveo abandonado, também não poderiam ter perdido esta mesma condição. **Se o álveo abandonado não teve alterada a sua natureza dominial, razão jurídica não haveria para que os terrenos reservados que sempre o acompanharam, viessem a ter de pronto alterada esta mesma condição**. Se antes do álveo ser abandonado pelas águas tais terrenos eram públicos, continuam hoje, em iguais condições, a pertencer ao patrimônio público. Ressalve-se apenas, como já observado, a hipótese de tais terrenos terem comprovadamente, por algum título legítimo, passado de patrimônio público para o patrimônio privado.

XVII- Para que se consolide definitivamente a fundamentação desta conclusão, sem maiores delongas, invoquemos de pronto os termos de recente acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação reivindicatória proposta pela Municipalidade de São Paulo, **e em que se pleiteava o reconhecimento do domínio público das áreas identificadas como terrenos reservados do antigo leito do rio Tietê**. Em palavras que sinteticamente justificam e confirmam o sustentado nesta contestação, disse o v. acórdão em apreço ao fundamentar o seu "decisum" exarado favoravelmente à pretensão da Urbe:

"O leito do rio Tietê, como está afirmado, sem qualquer contestação, aliás fato reconhecido de todos os paulistanos, foi já faz alguns anos (e no trecho a perícia indica o ano de 1960) modificado por obras empreendidas pela Administração e no interesse público.

Aqui vale transcrever parte do v. acórdão antes mencionado do Egrégio Primeiro Tribunal, que ensina de forma perfeitamente adaptada a hipótese agora em estudo:

'A circunstância de ter havido retificação do curso do rio Tietê, decorrente de obra humana, não fez com que aquela faixa marginal reservada perdesse a sua condição de bem público dominial e, via

de consequência, passasse a integrar a propriedade dos particulares. A área que era pública continuou sendo como tal e jamais perdeu essa característica.

Se de acordo com o artigo 27 do Código das Águas (Decreto nº 24.643/34) o álveo abandonado passa a pertencer ao expropriante, quando a mudança da corrente se faz por utilidade pública, o mesmo destino deve ser dado às margens, que como visto integram o rio.'

Em tal ponto a lei é clara, não deixa dúvidas.

(...)

Os réus insistem em que é caso de álveo abandonado, buscando arrimo no disposto no art. 26 do Código das Águas e também no artigo 530, II, combinado com 536, IV, estes do Código Civil.

***O art. 26 do Código das Águas trata do álveo abandonado, em situação natural. O art. 27, ao contrário, trata do álveo abandonado por obra humana e por utilidade pública. Em hipóteses diferentes, tratamentos diversos.***

***Pelo que consta dos autos, o álveo não foi abandonado por acidente ou por natureza, mas sim por ação do Poder Público.***

(...)

Em resumo, no que tange à reivindicação, a ação tem procedência, devendo os réus devolverem à autora as faixas reclamadas e descritas na petição inicial." (apelação nº 138.578.1/2 - relator Desemb. Oliveira Neto - doc. 2) (acórdão transcrito - RJTJ 88/242)

XVIII- Conclui-se, pois: **os terrenos reservados situados ao longo do antigo leito do rio Tietê são públicos, e inteiramente integrados ao patrimônio público do Município de São Paulo. Só não possuirão essa natureza dominial, se demonstrado que por algum ato legítimo do Poder Público passaram a integrar o domínio privado.**

XIX- Donde a plena inadmissibilidade do pretendido pelos autores na presente ação, se correta — é importante frisar — a interpretação de que pretendem ver demarcados seus imóveis na conformidade da descrição destes

apresentada na petição inicial. Querem os promoventes separar dos terrenos da Municipalidade, e integrar a seu domínio, expressiva faixa de terras indubitavelmente pertencente ao domínio público municipal, qual seja a pertença a terrenos reservados do antigo leito do rio Tietê que confrontam com seu imóvel.

Tal intenção, em bom direito, não pode ser acolhida. Não demonstram os registros dominiais da Urbe (dotados como quaisquer registros administrativos de indiscutível "presunção de legitimidade"), **a saída de faixa de terreno aparentemente pretendida pelos autores do patrimônio público municipal**. Nunca foram objeto de cessão ou alienação a qualquer título a pessoas privadas.

Não integram, pois, os terrenos reservados do antigo leito do rio Tietê, no segmento que confronta com o imóvel dos autores, o patrimônio destes. São bens públicos que, como tais, não podem indevidamente ser usurpados ou apropriados por quem melhor título de direito não possui.

XX- Improcedente será, portanto, a pretensão demarcatória dos autores se desta forma efetivamente se pretender configurada. Dos limites do seu terreno deverá ser excluída a faixa de terra em apreço, que deverá constar, em correta aceção de direito, da delimitação do domínio das áreas que a Municipalidade possui no local.

#### **B) Do Não Cabimento da Alegação de Ebulho Praticado Por Terceiros na Presente Ação**

XXI- Alegam os autores na exordial que "por autorização da ora requerida Municipalidade de São Paulo, o Clube Desportivo da Penha — a quem a mesma já havia cedido o uso de parte de seus terrenos confinantes com o dos autores — passou a empreender várias obras de terraplanagem na região..." E que tais obras "espraíram-se para muito além dos terrenos municipais, atingindo toda a região, vale dizer, pousando sobre ambas as glebas dos autores e sobre parte, ao menos, dos terrenos pertencentes aos ora demais requeridos".

Diante de tal ponderação, postulam "a restituição das porções de terrenos invadidas, com os rendimentos dela extraídos, na forma do artigo 951 do CPC".

XXII- De imediato, cumpre esclarecer a este R. Juízo que **em nenhum momento a Municipalidade de São Paulo efetuou, ou mesmo autorizou a terceiros, qualquer invasão de áreas privadas de propriedade dos autores**

**ou de quem quer que seja.** Todos os atos de cessão de seus terrenos que praticou, inclusive o pertinente ao citado Clube Desportivo da Penha, se aperfeiçoaram rigidamente dentro da lei e dos limites do domínio público municipal. De nenhum modo veio a Municipalidade, efetivamente, seja de forma direta ou indireta, a proceder a esbulho, ou mesmo a qualquer ato de turbação, na posse do imóvel dos autores.

XXIII- Assim, se o Clube Desportivo da Penha, ou qualquer outro particular veio a turbar ou a esbulhar a posse dos autores, nada tem a Urbe com tais alegados comportamentos abusivos, sendo descabido, por óbvio, discutir-se esta matéria na presente ação. Realmente, como ninguém ignora, tem a ação demarcatória como partes, única e exclusivamente, **os proprietários de imóveis confinantes. Nela, evidentemente, nenhuma pretensão pode ser dirigida contra quem não é proprietário, ou réu da ação.**

Donde, se eventualmente se sentem os autores atingidos em seus direitos possessórios por comportamentos de cessionários de bens públicos, ou por particulares "sem teto", contra estes, por meio de ação própria, deverão agir, propondo adequado pedido de tutela jurisdicional. O que é de todo descabido, e vedado aos autores, é o invocar do artigo 951 do Código de Processo Civil, pleiteando nesta ação promovida contra quem nada tem a haver com o alegado esbulho, a reintegração na posse do seu imóvel e uma conseqüente indenização.

A Municipalidade — repita-se pela derradeira vez — em todos os seus atos fáticos e jurídicos, se **conteve estritamente dentro dos seus limites dominiais.** Se esbulho houve, que proponham os autores contra os verdadeiros esbulhadores a ação correta, propiciando por via processual idônea, a satisfação do seu melhor direito. Mas nunca por meio da presente "actio finium regundorum". Nesta, aliás como em qualquer ação, não se pode legitimamente pretender dirigir pretensão contra quem não é parte, mas apenas terceiro.

### **C) Do Caráter Dúplice da Ação Demarcatória**

XXIV- É pacífica a doutrina brasileira em afirmar o caráter dúplice da ação demarcatória. A respeito, expressando a opinião dos doutos, ensina o emérito magistrado e professor da Universidade de São Paulo ANTÔNIO CARLOS MARCATO, ao comentar as ações divisórias e demarcatórias:

"Ambas as ações sob exame têm caráter dúplice, isto é, nelas os

figurantes da relação processual são simultaneamente autor e réu, posto que comum a sua pretensão.

Autor, conseqüentemente, será aquele que tome a iniciativa de promover a ação, nada obstando ao réu, tendo em vista a similitude de sua pretensão, pedir uma solução jurisdicional que, resolvendo a demanda, seja mais adequada à proteção de seus interesses.

Assim, cada um deles, autor e réu, pleiteia junto ao órgão jurisdicional a demarcação ou a divisão, sem que haja a necessidade, por parte do segundo, de ofertar reconvenção.”

(...)

**“Finalizando, convém notar que, dado o caráter dúplice da demarcatória (...), poderá o réu formular, em sua contestação, a queixa de esbulho ou turbação, pleiteando igualmente a restituição do terreno invadido pelo confinante-autor, mais os rendimentos por ele auferidos, ou a indenização dos danos decorrentes da usurpação”.** (Procedimentos Especiais, 2ªed., Ed. Revista dos Tribunais, págs. 108, 113 e 114) (grifo nosso)

XXV- Confirmada a interpretação de que efetivamente julgam os autores estar incluída dentro de seu domínio as áreas pertinentes aos terrenos reservados do antigo leito do rio Tietê, não pode a Municipalidade permanecer inerte. Valendo-se do caráter dúplice da presente ação, **pretende a Municipalidade não só ver adequadamente demarcado o seu imóvel existente no local, reconhecendo-se juridicamente a sua propriedade sobre os aludidos terrenos reservados, mas como também eliminado, por via de determinação judicial, qualquer esbulho possessório dos autores que porventura exista “in loco”. Da mesma forma, comprovada uma possível invasão por parte dos autores, pretenderá a Urbe, na presente ação, a condenação destes no pagamento da indenização cabível “in casu”, na forma da lei.**

Assim sendo, e diante do exposto, é a presente contestação para postular a Vossa Excelência:

a) seja indeferida a petição inicial dos autores, por inepta, nos termos do artigo 295, I, do C.P.C., por manifesto desatendimento desta aos artigos 950, 295, parágrafo único, I e 286 do mesmo estatuto;

b) na hipótese de não ser acolhida a preliminar, seja recebida a presente contestação para fins do artigo 955 do C.P.C., proferindo-se, uma vez cumprido o procedimento legal, sentença que determine o traçado da linha demarcanda, incluindo-se como integrante da área de domínio da Urbe os terrenos considerados reservados do antigo leito do rio Tietê;

c) seja julgado como improcedente o pedido dos autores de restituição da área de sua propriedade que reputam esbulhada, e o de indenização a ser fixada por este apossamento irregular, por tratar-se de pretensão que só pode ser dirigida contra terceiros que não integram a presente lide;

d) uma vez fixada por sentença a linha demarcanda, sejam restituídas eventuais áreas municipais indevidamente ocupadas pelos autores, condenando-se estes ao pagamento de indenização a ser devidamente apurada na forma da lei.

Por fim, protesta ainda a Municipalidade por provar o alegado por todas as formas admitidas em direito, por mais especiais que sejam, em particular pela produção de prova documental e pericial, com a respectiva indicação de assistente técnico, na forma do estabelecido pela nossa legislação adjetiva civil.

Termos em que

P. Deferimento

São Paulo, 19 de novembro de 1993.

**JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO**  
**Procurador Municipal**



## **Prêmio "Trabalho Relevante do Ano" do Departamento Fiscal**

CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELA MUNICIPALIDADE  
DE SÃO PAULO, EM AÇÃO DECLARATÓRIA, VISANDO O  
NÃO RECOLHIMENTO DE TAXA DE CONSERVAÇÃO DE  
VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS, INSTITUÍDA PELA LEI  
Nº 6.989/66. PROCESSO Nº 321/93.

---

*Elaborado por Neusa Iervolino de Aguiar.*

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito  
da 12ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo - Capital.

**A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por sua procuradora, nos autos  
da **AÇÃO DECLARATÓRIA** que lhe move **SOBLOCO CONSTRUTORA S/A**,  
vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, no prazo legal, apresentar sua  
**CONTESTAÇÃO** pelas razões a seguir expostas:

Trata-se de ação declaratória visando o não recolhimento da Taxa de  
Conservação de Vias e Logradouros Públicos, instituída pela Lei Municipal nº  
6.989/66, referente aos imóveis indicados na inicial.

Em síntese, pretende, nesta ação, que seja declarada por sentença a inexistência de relação jurídica entre a autora e a Municipalidade de São Paulo que obrigue ao recolhimento da Taxa de Conservação de Vias e Logradouros Públicos, relativamente aos imóveis relacionados no item 11 da inicial, enquanto vigorar o direito real de uso das vias em que se localizam os referidos imóveis, direito este concedido mediante escritura pública (doc. 14).

Aduz, basicamente, que o lançamento perpetrado pela Municipalidade não encontraria base legal, alegando que a referida taxa está sendo exigida independentemente da ocorrência do fato gerador, não se encontrando em consonância com a legislação citada.

Com o devido respeito, Ex<sup>ª</sup>. não procedem os argumentos da autora, senão vejamos:

Preliminarmente,

1- Alega a autora ser aquela exação indevida, em face da existência de contrato de concessão real de uso celebrado entre a Municipalidade e a Sociedade Civil dos Amigos do Residencial Morumbi.

Nesse contrato, celebrado através de escritura pública, conforme documentos de fls. 50 e seguintes, comparece como outorgada cessionária a "Sociedade Civil dos Amigos do Residencial Morumbi", que portanto, detém os poderes de representação do referido contrato de concessão, e que, no entanto, não se encontra representada na presente ação.

Dessa forma, a inicial deve ser afastada por ilegitimidade da parte.

2- Sabe-se que a ação declaratória não cria nem constitui direitos. Apenas os declara.

Por isso é que o Egrégio Tribunal de Justiça assentou:

"A ação declaratória tem por objeto uma relação jurídica e não fatos."  
(TJSP - 2ªc. - Ap. - Rel João Del Nero - RT 537/78)

Por essa razão também, a doutrina vem negando a possibilidade de desconstituir crédito fiscal existente pela via declaratória, só admitindo possível esse procedimento quando se trate de crédito ainda não constituído definitivamente.

No dizer de Milton Flaks, a ação meramente declaratória "pressupõe um crédito fiscal ainda não constituído, uma vez que, se já estiver constituído, a hipótese será de ação anulatória. Em outras palavras: pressupõe a inexistência de um lançamento fiscal ou que este ainda não esteja dotado de eficácia preclusiva". (Comentários à Lei de Execução Fiscal - Forense, Rio, 1981, 1ª Ed. p. 335).

Em conseqüência, se a parte está em condições que lhe permitam o exercício de ação condenatória ou constitutiva, falta-lhe interesse para propor a ação declaratória valendo a solução particularmente para os casos em que se questiona a validade de atos administrativos.

No presente feito, percebe-se que o crédito tributário que se busca afastar já foi constituído, já é uma realidade do mundo fático e afetado de consistência jurídica.

Ora, a pretensão da autora tem nítido caráter constitutivo-negativo, mostrando-se a ação escolhida inadequada ao atingimento do fim visado na inicial.

Sustenta o Prof. Arruda Alvim que a ação anulatória de débito fiscal é constitutiva e não declaratória, não se confundindo com a ação declaratória negativa de débito fiscal:

"Esta ação declaratória negativa difere da ação anulatória de débito fiscal, dado que aquela tem cabimento antes do lançamento, ao passo que esta última pressupõe o lançamento e tem por escopo anulá-lo." (Direito Processual Civil - "Teoria Geral do Processo de Conhecimento" Ed. RT. 1972, vol. II, pág. 349 e 352).

O entendimento jurisprudencial também é nesse sentido:

"A ação declaratória pressupõe crédito fiscal ainda não constituído definitivamente, uma vez que se já o estiver, a hipótese será de ação anulatória." (TJSP 15ª C. - Ap. nº 121.941-2, Rel. Pinto Sampaio - j. em 11.11.87).

"Com efeito, sobretudo no âmbito do Direito Público, a ação declaratória assume o caráter de remédio subsidiário, só admissível quando não possam ser propostas as ações de condenação ou constitutivas" (TJSP, 114ª C. - Ap. Rel. Dinio Garcia - j. 25.9.84 - RT 591/98).

A ação escolhida não foi adequada, vez que não se presta ao fim visado.

Sob o *nomen juris* de "ação declaratória", pediu-se a declaração de inexistência de relação jurídica entre a autora e a ré, pretendendo-se, no entanto, vincular questões fático-jurídicas a essa declaração, visando que a declaração atinja os lançamentos fiscais, desnaturando-os ou negando-lhes a eficácia.

Ainda que se admita, apenas para argumentar, que fosse julgada procedente a ação, a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes não teria o poder desconstitutivo, pois a sentença apenas poderá declarar essa inexistência com eficácia para o futuro, sendo que, para desconstituir, a autora deveria formular pedido de caráter anulatório, ainda que cumulado com a pretensão declaratória.

Assim, a inicial não merece ser acolhida, devendo ser afastada, sem julgamento do mérito.

No mérito, caso superadas as preliminares, não merece prosperar o pedido da autora.

O eminente jurista Aliomar Baleeiro define taxa da seguinte forma:

"Taxa é a contraprestação de serviço público, ou de benefício feito, posto à disposição ou custeado pelo Estado, em favor de quem a paga, ou se este, por sua atividade provocou a necessidade de criar-se aquele serviço público." ("in" Uma introdução à Ciência das Finanças, Editora Forense, 1976).

A existência do serviço, no presente caso, é inequívoca: existe, e é prestado pela Municipalidade, atingindo, genericamente, a toda a comunidade, ensejando a legitimidade da cobrança do tributo.

Instituída pela Lei nº 6.989 de 29/12/66 (art. 91 a 96), alterada por inúmeras leis, a última das quais, a Lei nº 11.152 de 30/12/91, a Taxa de Conservação é calculada por metro linear ou fração em toda extensão do imóvel no seu limite com a via ou logradouro público, correspondendo anualmente:

1- 17,20% da UFM nos casos dos imóveis localizados em logradouros pavimentados no todo ou em parte na sua largura.

2- 6,70% da UFM, quando o imóvel se localiza em logradouro ou via pública não pavimentado, mas com assentamentos de guias e construção de sarjetas ou sarjetões.

3- 4,30% da UFM, nos demais casos que não incluídos nos itens anteriores.

A taxa não pode ser inferior a 10% da UFM vigente em 01 de janeiro no exercício do lançamento.

De acordo com a referida lei, constitui fato gerador da Taxa de Conservação de Vias e Logradouros Públicos a utilização, efetiva ou potencial, dos serviços de conservação do calçamento e dos leitos não pavimentados das ruas, praças e estradas do Município.

O sujeito passivo da taxa é o proprietário, titular do domínio útil ou o possuidor do imóvel, construído ou não, situado em logradouro beneficiado pelos serviços acima referidos.

A taxa de Conservação de Vias e Logradouros Públicos de que trata o art. 94 da Lei nº 6989/66 utiliza, como critério de repartição do custo da respectiva atividade estatal o metro linear em toda a extensão do imóvel.

O Estado não dispõe do serviço público: presta-o, nos termos da lei, para atender, conforme determina a Constituição, ao interesse público. O fator desencadeante do serviço público não é o pagamento que a pessoa por ele alcançada faz ao Estado mas exclusivamente a lei, que determina a sua prestação. Com ou sem pagamento da taxa, o Estado não pode se eximir de, em cumprimento à lei, prestá-lo.

Exige o art. 145, II da Constituição Federal, que, se a pessoa política que presta um serviço público ou pratica um ato de polícia quiser obter dinheiro por isto, deverá fazê-lo por meio de taxa (de serviço ou de polícia, conforme a hipótese), sempre observado o regime jurídico tributário.

É um direito do contribuinte — no mais das vezes esquecido — de só ser compelido a pagar pelo serviço público ou pelo ato de polícia que o alcança, se a importância dele exigida for uma taxa (criada por lei, acatados os princípios da anterioridade, da igualdade, da reserva de competências tributárias etc.).

Como observou Geraldo Ataliba, o princípio informador das taxas é o da retributividade, melhor dizendo, o contribuinte, nelas, retribui o serviço público ou as diligências que levam ao ato de polícia que o alcança, pagando a exação devida.

A pessoa política que realizou uma atuação estatal não está autorizada a

cobrar uma taxa no valor que quiser e de quem quiser: só poderá exigir a taxa daquela pessoa alcançada pela atuação estatal e desde que o tributo tenha por base de cálculo o custo da atuação estatal.

O valor da taxa, seja de serviço, seja de polícia, deve corresponder ao custo, ainda que aproximado, da atuação estatal específica.

É claro que, neste campo, não precisa haver uma precisão matemática; deve, no entanto, existir uma razoabilidade entre a quantia cobrada e o gasto que o Poder Público teve para prestar aquele serviço público ou praticar aquele ato de polícia, sendo essa razoabilidade, em último caso, aferível pelo Poder Judiciário, mediante provocação do contribuinte interessado.

Note-se que os serviços públicos que abrem espaço à instituição desses gravames devem estar, sempre, necessariamente, dentro do campo de competência administrativa da pessoa política tributante.

Segundo a inicial, os logradouros integrantes do loteamento Residencial Morumbi são oficializados pelo Decreto nº 23.266/87, significando que, através de contrato de concessão real de uso, celebrado em 17 /dezembro/91, passaram os particulares a ter a posse das ruas e áreas verdes do loteamento, como direito real resolúvel por prazo indeterminado e condicionado.

Trata-se de loteamento fechado, no sentido de que suas vias de circulação podem ser fechadas ou vedadas a estranhos, mediante autorização da Municipalidade.

Nos termos do art. 22 da lei de Parcelamento do Solo (Lei nº 6.766/79), "desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo."

Assim, à luz da norma legal, as ruas do loteamento não são de propriedade dos adquirentes dos lotes, presumindo-se, pois, de domínio municipal, donde a incidência do imposto sobre a propriedade territorial (urbana) nos termos dos arts. 32 e 34 do Cód. Tributário Nacional.

O contrato de concessão real de uso acima referido foi condicionado, a uma série de exigências, descritas na sua cláusula 4ª, atendendo aos requisitos do art. 22 e seus parágrafos da Lei nº 9.413 de 30/12/81, devendo, cada caso

concreto, ser submetido à apreciação da Administração Pública, quanto à definição dos requisitos a serem obedecidos pelos contribuintes quando da elaboração dos lançamentos fiscais para esse tipo de loteamento.

De qualquer modo, a prevalência do referido contrato de concessão de uso real dependerá do cumprimento daquelas obrigações assumidas pelos adquirentes dos lotes quando da celebração daquele contrato de concessão de direito real de uso, e isto, somente através da análise da situação fática existente é que poderá ser definido.

De fato, a lei não obriga o particular a exaurir a via administrativa, mas sem dúvida deveria ser esse o caminho utilizado pela autora, para, com maior facilidade, e menor ônus para a Administração, esclarecer seu direito.

Não se demonstrou, em nenhum momento, tenha a Municipalidade sequer se manifestado ou se recusado a acolher o pedido da autora, que aliás é parte ilegítima, pois somente a "Sociedade Civil dos Amigos do Residencial Morumbi", outorgada cessionária do contrato de concessão de uso real daquele loteamento fechado poderia representá-lo.

Como se vê, Emérito Julgador, as razões colacionadas pela autora em sua inicial são insuficientes para apoiar o pedido nela contido.

Ao contrário, os argumentos esposados nesta contestação deixam clara a legalidade do tributo exigido.

Pelo exposto, caso superadas as preliminares, aguarda-se, com os doutos suprimentos desse D. Juízo, a decretação da improcedência da ação, condenando-se a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Termos em que, protestando provar o alegado por todos os meios de prova que se fizerem necessários,

P. Deferimento.

São Paulo, 05 de julho de 1993.

**NEUSA IERVOLINO DE AGUIAR**  
**Procurador do Município**  
**FISC**

## **Prêmio "Trabalho Relevante do Ano" do Departamento Judicial**

INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO PREFEITO DE SÃO PAULO E PEDIDO DE INGRESSO NA LIDE COMO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL PASSIVA FORMULADO PELA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, EM MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 19.543-0/1.

---

*Elaborado por Antônio Miguel Aith Neto*

Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador  
Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo

O **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO** prestando as informações requisitadas através do Ofício nº 11342/93, e a **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por seu procurador, requerendo seu ingresso na lide como assistente litisconsorcial passiva, vêm, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos autos do **MANDADO DE INJUNÇÃO** impetrado pelo **SINDICATO DOS ENFERMEIROS DO ESTADO DE SÃO PAULO**, expor e requerer o quanto segue:



## HISTÓRICO

1- Impetra o Sindicato dos Enfermeiros do Estado de Paulo o presente mandado de injunção alegando, em suma, que:

a) a Constituição Federal, em seus artigos 7º, IX e 39, Parágrafo 2º, e a Lei Orgânica do Município de São Paulo, em seu artigo 96, Parágrafo 2º garantem aos servidores municipais a "remuneração do trabalho noturno superior à do diurno";

b) no âmbito do município, somente ao pessoal do quadro de natureza operacional é assegurado o direito à percepção do adicional noturno, fixado pelo artigo 104 da Lei municipal nº 8.989, de 29.10.79, em 25% (vinte e cinco por cento) da hora normal;

c) o Parágrafo primeiro do artigo 39 da Constituição Federal, tutelando a isonomia no trato dos servidores públicos, impõe a extensão do adicional noturno, previsto na legislação municipal, à categoria representada pelo impetrante;

d) em decorrência do que expõe, pede a concessão da ordem "para declarar o direito dos enfermeiros do município de São Paulo a percepção do adicional noturno superior à do diurno, fixando o valor percentual" (*sic*).

2- Como veremos, o pleito do impetrante não reúne condições e requisitos para seu conhecimento e, no mérito, não ostenta razões para obter guarida.

## PRELIMINARMENTE

### DO NÃO CABIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO EM FACE DE PRETENSÃO AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA MUNICIPAL

3- Hospedam-se exclusivamente no texto constitucional as regras que delimitam e assentam o âmbito de incidência do mandado de injunção e seus pressupostos.

Destarte, a análise do seu cabimento há de se ater ao que o legislador constituinte deixou esparsamente firmado sobre o instituto, em variados capítulos de nossa Carta Magna.

4- E é no Capítulo III, do Título IV, de nosso diploma maior, que trata do Poder Judiciário, onde encontramos regra segura e excludente do exercício do

mandado de injunção em face do poder público municipal.

5- De fato, ao minudenciar as competências para o seu julgamento, o legislador deliberadamente negou aos Tribunais dos Estados aptidão para conhecê-lo, e, portanto, vedou a injunção do Poder Judiciário nos sistemas normativos municipais e estaduais.

6- Ao Supremo Tribunal Federal coube tão somente a competência para, **originariamente**, processar e julgar o mandado de injunção “quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal” (artigo 102, I, q, da Constituição Federal).

Em sede recursal, restringe-se sua competência para julgar o mandado de injunção, em recurso ordinário, quando decidido “**em única instância pelos Tribunais Superiores**, se denegatória a decisão” (artigo 102, II, a, da Constituição Federal).

Como é cediço, os Tribunais de Justiça não são considerados pela Constituição como Superiores, já que o são apenas os Tribunais que têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional (artigo 92, Parágrafo Único, da Constituição Federal).

7- Já ao Superior Tribunal de Justiça foi outorgada competência **originária** para processar e julgar o Mandado de Injunção, “quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal” (artigo 105, I, h, da Constituição Federal).

A Constituição Federal negou ao Superior Tribunal de Justiça competência para julgar, em nível recursal, o mandado de injunção.

8- Diante desse quadro, exsurge solarmente que o mandado de injunção somente poderá versar matéria que se atenha à competência dos Tribunais nomeadamente designados pela Constituição para o seu julgamento, **não se incluindo sabidamente nesse rol os Tribunais de Justiça**.

9- Frise-se, ainda, que os Estados, ao organizar sua Justiça, não foram autorizados a instituir o mandado de injunção, ou a completar ou inovar o que a Constituição sobre ele já firmara.

Ao fixar os lindes intransponíveis em que as Justiças estaduais hão de se organizar, a Constituição Federal delega, aos Estados da Federação, **unicamente a instituição da representação de inconstitucionalidade**, na estreita conformidade do Parágrafo 2º do artigo 125 da Constituição Federal:

“Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

10- Assim, desenganadamente, não é cabível a impetração de mandado de injunção, quando a elaboração de norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade municipal, pois que inexistente previsão e Juízo constitucionalmente designados para a sua solução, não tendo mesmo os Estados competência para instituí-lo em seu território.

#### **DA ILEGITIMIDADE ATIVA DO IMPETRANTE**

11- Não tem a entidade sindical legitimidade para, na qualidade de substituto processual da categoria que representa, impetrar mandado de injunção.

12- É sabido que — por desbordar do princípio processual de que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio (artigo 6º do C.P.C.) — a substituição processual somente é admitida em nosso sistema legal em hipóteses apoucadas e taxativas:

**“Incomum e restrita a casos específicos e taxativos**, a legitimidade extraordinária apresenta uma problemática mais rica e multifária no processo civil. (...) Da mesma forma, exatamente por ser a substituição processual figura excepcional no plano da legitimidade, **os poderes deferidos ao substituto devem ser estritamente compatíveis com a outorga legal**, ou seja, aqueles poderes indispensáveis para o desempenho de sua função processual normal, quer no pólo ativo, quer no pólo passivo da relação jurídica processual.” (DONALDO ARMELIN, Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil, pg. 120 e 134, editora RT, 1ª edição)

13- Portanto, em face do caráter restritivo da legitimidade extraordinária, seria imprescindível a existência de clara autorização admitindo a impetração de mandado de injunção por ente sindical.

Todavia, não só omite a Constituição Federal autorização nesse sentido, como também não se afeiçoa, à índole dessa ação, o seu exercício por substituto processual.

14- O artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, em face de seu comando genérico, não permite inferir com indevida amplitude que os Sindicatos, sem peias de qualquer espécie, possam sempre atuar como substituto processual de sua categoria.

Assevera o texto constitucional, com largueza, que ao sindicato **cabe a defesa** da categoria, e não que ele atuará como seu substituto processual. Ora, o dispositivo, tautologicamente, somente indica a natural vocação das entidades sindicais, que é a de sempre amparar, socorrer, assistir e auxiliar, no genérico cumprimento de seu objeto social, a categoria que representa.

15- Ademais, é certo que a atuação judicial dos Sindicatos, em defesa dos interesses de sua categoria, pode expressar-se simplesmente através da **representação** de seus membros, o que certamente não lhe confere qualquer laivo de legitimação extraordinária:

"O substituto processual é parte, no sentido processual. Quer na posição de autor, quer na de réu, o substituto processual é sujeito da relação processual da qual participa **em nome próprio**, não em nome do **substituído**. Nisso difere a substituição processual da figura da **representação**, em que o representante não é parte, mas apenas representante da parte, que é o **representado**. Enquanto na substituição processual o **substituto age em nome próprio**, na representação **o representante age em nome do representado**.

O Código de Processo Civil permite expressamente a substituição processual, mas exige que ela tão-somente possa exercer-se **quando autorizada por lei**. E o que se lê no seu artigo 6º: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, **salvo quando autorizado por lei**." (MOACIR AMARAL SANTOS, Primeiras Linhas de Processo Civil, 1º volume, pg. 353, Saraiva, grifos do autor)

16- Quando quis legitimar extraordinariamente as organizações sindicais, a Constituição o fez com também extraordinária clareza. Assim, por exemplo, ao legitimá-los a impetrar mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX) ou mesmo a propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, IX).

17- Diante disso, fixou o Supremo Tribunal Federal, em julgados que deram definitivos contornos ao instituto, que é parte legítima para impetrar mandado de injunção unicamente o titular do direito cujo exercício esteja inviabilizado por falta de regulamentação:

**“Portanto, se a pretensão formulável ao Judiciário por meio de mandado de injunção é esta — e o é, como decidiu esta Corte —, só tem legitimação para agir, segundo a teoria dominante de que o direito de ação é o direito público abstrato, quem for titular dessa pretensão. Di-lo com clareza Frederico Marques (Manual de Direito Processual Civil, vol. 1, 2ª edição, pág. 158, Edição Saraiva, São Paulo, 1974): “Aquele que pede a tutela jurisdicional em relação a um litígio deve ser o titular da pretensão formulada ao Judiciário, e deve apresentá-lo em face de quem é o sujeito passivo dessa mesma pretensão. O presidente de uma sociedade não pode querer para si o pagamento da dívida em que a sociedade seja credora. E tampouco pode alguém pretender da sociedade que pague dívida exclusivamente pessoal de um dos sócios. No primeiro caso, falta o que se denomina legitimação ativa para agir, e no segundo caso, a legitimação passiva”.**

Em se tratando de mandado de injunção, como a pretensão deduzida em juízo é a da obtenção de declaração, para ciência do omissor, de que o exercício de um direito, prerrogativa ou garantia constitucionais está sendo obstado pela falta de regulamentação destes, **só é titular dessa pretensão formulada ao Judiciário aquele a quem a Constituição outorgou, em seu texto, um direito, uma prerrogativa, ou uma garantia cujo exercício dependa de regulamentação, o que implica dizer que a omissão se prende apenas ao exercício de direito, prerrogativa ou garantia já concedida pela própria Constituição.”**

(Mandado de Injunção n. 188- RJ, Tribunal Pleno, relator Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, trecho de voto vencedor do Sr. Ministro Moreira Alves, j. 11.6.90, in RTJ, volume 134, pg. 21, grifamos).

"O mandado de injunção, como previsto no inc. LXXI do art. 5º da Carta Magna, só é cabível quando 'a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania', o que implica dizer que só tem legitimidade para propô-lo o titular desses direitos, liberdades ou prerrogativas cujo exercício esteja inviabilizado por falta de regulamentação." (Ementa oficial, Mandado de Injunção 395-5 Medida Liminar, PR, Tribunal Pleno, j. 27.5.92, rel. Ministro Moreira Alves, DJU 11.9.92, RT 691/218, grifamos)

18- Admitir o mandado de injunção coletivo — cujo provimento pode implicar a criação de norma abstrata e genérica é subverter os valores constitucionais; nem mesmo ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, Par. 2º), permitiu-se tal liberdade.

19- Também não socorre a legitimidade do impetrante o artigo 5º, XXI, da Constituição Federal. Além de ele referir-se à representação processual, a entidade sindical não cuidou de juntar aos autos a expressa autorização de seus pretensos substituídos e, tampouco, o rol de seus filiados, cujos direitos constitucionais estariam sendo procurados.

De nada serve, aqui, a juntada da relação de todos os enfermeiros ligados ao serviço municipal — relação essa perfeitamente conhecida pela Municipalidade — pois que nem todo o membro da categoria é necessariamente filiado ao impetrante (artigo 8º, Inciso V, da Constituição Federal).

#### **DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO**

20- Nos moldes em que foi vazado, o pedido deduzido implica o grave ferimento do princípio da separação dos poderes e, ainda, retira do legislador a liberdade da decisão política que lhe parecer melhor, já que o texto constitucional não definiu em quanto o trabalho noturno será melhor remunerado que o diurno.

21- Nossa Corte Maior, ao fixar a natureza jurídica do Mandado de Injunção, e esse Egrégio Tribunal de Justiça, no julgamento de caso concreto, definiram que o novo remédio constitucional não goza da amplitude e presteza queridas pelo impetrante:

“Já com relação à primeira corrente — o mandado de injunção é ação que se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência de omissão constitucional, ou que marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão —, não há qualquer óbice de natureza constitucional. Ao contrário, os textos constitucionais a ele referentes são indicativos da índole que essa corrente lhe atribui. (...)

Ademais, se o próprio Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade não pode, como decorre de texto constitucional expresso, suprir, ainda que provisoriamente, a omissão constitucional de qualquer Poder, órgão, entidade ou autoridade a que incumbe elaborar norma regulamentadora, direta ou indiretamente, de texto constitucional que verse direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5º, LXXI, da Constituição — o que, como já se viu era expressamente admitido no Primeiro Substitutivo da Comissão de Sistematização, e foi, afinal, substituído pela ‘ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias’ —, resulta daí, logicamente, que não poderá ele, em mandado de injunção em que o autor — ao contrário do que sucede na ação direta de inconstitucionalidade — não defende interesse público, mas interesse individual, regulamentar texto constitucional genericamente (para os que entendem que sua decisão tem eficácia *erga omnes*), ou até para o caso concreto, pois ainda nessa hipótese, haverá uma regulamentação, que — admitido o mandado de injunção coletivo — poderá abarcar todos os destinatários da norma, ou boa parte dele. **Aliás, a admitir-se essa regulamentação ter-se-á esse absurdo: o que o Supremo Tribunal Federal não poderá fazer em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Órgão Judiciário inferior a ele — assim, os Tribunais Superiores ou os Tribunais Regionais — poderá fazê-lo, em mandado de injunção.** (Mandado de Injunção, nº 107-3, DF, Tribunal Pleno do STF, relator Ministro Moreira Alves, j. 23.11.89, RTJ 133, pág. 35/36- grifamos)

“O Supremo Tribunal Federal, em ementa ao Mandado de Injunção n. 107-3, delimitou com exatidão os lindes desse novo remédio constitucional: ‘Em face dos textos da Constituição da República relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de

direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão ou entidade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que se adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, Par. 2º), e de que se determine a suspensão dos processos judiciais ou administrativos que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional." (TJSP, Pleno, Mandado de Segurança n. 10.936-0, 21.3.90, RJTJESP 126/381)

22- Mais não fosse, também padece de solar inépcia o pedido do impetrante, pois que, para dar-se validade à sua redação, teríamos de idear um inexecutável "adicional diurno" (*sic*).

Vejamos: "Ante o exposto, requer a esse C. Tribunal que conceda a impetrada ordem, para declarar o direito dos enfermeiros do município de São Paulo a percepção do adicional noturno superior à do diurno, fixando o valor percentual" (*sic*). (grifamos)

23- O pedido, portanto, não se amolda com justeza nos exigentes figurinos ditados pela lógica e por nosso Poder Judiciário.

#### **DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR**

24- Também carece o impetrante de interesse de agir, já que, no ordenamento municipal, há lei prevendo a melhor remuneração do trabalho noturno.

25- Além do artigo 104 da Lei nº 8.989, de 29.10.1979, que prevê a gratificação por serviço noturno aos funcionários do Quadro de Cargos de Natureza Operacional, também a Lei municipal nº 10.073, de 9.6.1986, e o Decreto nº 22.497, de 24.6.1986, que a regulamentou, prevêm que os servidores municipais, quando convocados para prestar horas suplementares de trabalho, receberão, pelo serviço noturno assim prestado, o valor da hora normal acrescido de 25 % (vinte e cinco por cento).



A Lei municipal nº 11.036, de 11.7.1991, concedeu aos servidores que atuam na rede municipal de ensino, em horário noturno, um adicional de 30% (trinta por cento).

26- Destarte, verifica-se que se insurge o impetrante não contra a ausência de regulamentação de direito constitucional, mas sim contra a pretensa injustiça da regulamentação existente.

Tanto é assim, que a inicial a todo o momento traz em seu socorro o refrão da isonomia e da igualdade.

27- Esse Egrégio Tribunal de Justiça, construindo com sua notável percuciência o novo instituto, pôde asseverar que os eventuais defeitos da norma regulamentadora já posta não desafiam o manejo do Mandado de injunção, sob pena de tornar-se o remédio constitucional o apanágio dos descontentes:

**“MANDADO DE INJUNÇÃO- impetração visando à alteração de legislação já existente—Meio inidôneo para correção de eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade que infirme a validade da norma em vigor- Ação constitucional que tem como pressupostos a existência de direito fundamental e a falta de norma regulamentadora que torne viável seu exercício- Inteligência e aplicação do art. 5º, LXXI, da CF.**

A ação de mandado de injunção tem como condições a existência de direito fundamental e a falta de norma regulamentadora que torne viável seu exercício.

Assim, existente a norma e decorrente a frustração do exercício do direito fundamental de outra causa, inviável seu uso.

Não fosse assim, a ação constitucional transformar-se-ia quase que no único meio cabível no Direito brasileiro para os casos de inconstitucionalidade ou ilegalidade, fim que, à evidência, não teve o constituinte, nem a Constituição.

(...)

Com efeito, se cabível fosse a injunção, ora perseguida, o exame do direito dependeria de comprovação fática inexistente nos autos, qual seja, de que as funções dos impetrantes são iguais às dos funcionários

com os quais se pretende a equiparação, bem como de que seus cargos são 'de atribuições iguais ou assemelhadas', como preceitua o Par. 1º do art. 39 da Carta Constitucional." (TJSP, Mandado de Injunção 10.604-0, Tribunal Pleno, j. 26.9.90, Rel. Des. Oliveira Costa)

28- Assim, e também não demandando o artigo 39, Parágrafo 1º, da Carta Maior — insistentemente citado pelo impetrante- qualquer regulamentação, é manifesta a inadequação do instrumento processual de que lançou mão:

"Enfrentando hipótese idêntica, concluiu o Tribunal que o disposto no Par. 1º do artigo 39 da Constituição Federal não demanda, em si, lei que estabeleça a isonomia. O preceito, de acordo com o precedente, tem contornos informativos, obstaculizando a possibilidade de a lei vir a dispor sobre vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder, ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sem observância da isonomia". (S.T.F., Mandado de Injunção 60- DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.9.90, RTJ 133, pág. 7)

#### **DA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO CONSTITUCIONAL**

29- A Constituição Federal erigiu como pressuposto incontornável do conhecimento do mandado de injunção a inviabilidade do exercício de direito constitucional, em virtude da falta de norma regulamentadora.

Esse pressuposto há de ser entendido como a completa ausência de instrumentos ordinários de que possa, o titular do direito frustrado, valer-se para exercê-lo.

30- OSCAR RABASA, jurista mexicano, em sua clássica obra "El Derecho Angloamericano", ensina dever ser o mandado de injunção o último e único recurso processual posto à disposição do impetrante. Em havendo outro lenitivo para seu reclamo, descabe a impetração:

*"el injunction como todos os demás recursos del derecho-equidad, es extraordinario, aunque del orden común y constitucional (en los Estados Unidos), sólo es procedente a falta de un recurso ordinario del comon law; pues cuando las partes disponem de una acción o medios adecuados en los procedimientos ordinarios del*

**derecho común para obtener una reparación plena y satisfactoria, no pueden acudir a la vía extraordinaria de la equidad ni promover el otorgamiento del recurso también extraordinario del injunction.**  
(op. cit., 1ª edição, 1974, *apud* Acórdão TJSP, MI n. 9.951-0, RJTJESP, 120, pág.439)

31- Citando o eminente jurista mexicano, essa Egrégia Corte Paulista adotou as mesmas exigências para o conhecimento de pedido de injunção:

"Assim, caracterizada a finalidade do mandado de injunção, é de se observar que, se o obstáculo que se interpõe à atuação do preceito constitucional for de outra espécie, que não a falta de norma regulamentadora, o caso não será jamais de mandado de injunção, mas de recurso às vias judiciais próprias, mediante a ação a que corresponder o direito, ou a outro remédio constitucional.

Está evidente, portanto, que o mandado de injunção pressupõe um ato de resistência ao cumprimento de mandamento constitucional, que não tenha por fundamento senão a inexistência de norma regulamentadora. Na ausência de fato motivado, **cumprirá ao interessado valer-se das vias próprias; se receber decisão contrária fundada na falta de norma regulamentadora, estará habilitado, a partir daí, a impetrar mandado de injunção.** Não porque se imponha o princípio da exaustão das vias administrativas ou judiciais, mas porque, antes de uma tal decisão, não haverá nada que garanta que, no caso, se tenha configurado o pressuposto constitucional do mandado de injunção" (vide JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, em sua 'Exposição de Motivos ao Projeto de Lei'). (TJSP, Pleno, Mandado de Injunção n. 9.951-0, j. 28.6.89, rel. Des. Alvares Cruz, RJ TJ ESP 120, pág. 440)

32- Destarte, existindo em nosso ordenamento uma plethora de instrumentos hábeis a veicular a pretensão ora deduzida, e em não havendo notícia de decisão judicial que tenha negado aos enfermeiros municipais o adicional noturno — **pelo só fato da ausência de norma regulamentadora** — não se aperfeiçoou o pressuposto necessário ao exercício da ação constitucional.

33- Quadra, nesse passo, a advertência sabiamente formulada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido na apreciação do primeiro

mandado de injunção impetrado no S. T. F.:

"Quero frisar, afinal, Sr. Presidente, pela importância que dou a esse tema, um ponto decisivo nas minhas preocupações: é que a prática do mandado de injunção, que hoje se inicia nesta Casa, não deve servir de escusas às acomodações do Judiciário. Sua utilização se há de fazer como *ultima ratio*, na medida em que esgotadas, efetivamente, as possibilidades de construção jurisprudencial da solução do caso concreto, que é de preferir-se, sempre que seja possível extraí-la pela utilização dos métodos de integração da ordem jurídica, a partir da analogia e dos princípios gerais extraídos do próprio sistema constitucional positivo." (Mandado de Injunção, nº 107-3, DF, Tribunal Pleno do STF, relator Ministro Moreira Alves, j. 23.11.89, RTJ 133, pág. 51)

#### MÉRITO

34- Ainda que superadas todas as preliminares acima argüidas, também no mérito a impetração não mereceria abrigo.

35- Ao contrário do que afirma o impetrante, e como já noticiado, há no ordenamento municipal normas regulamentando a maior remuneração do trabalho noturno.

Disciplinando o tema, vigem as Leis municipais nº 8.989, de 29.10.1979, nº 10.073, de 9.6.1986 e nº 11.036, de 11.7.1991, bem como o Decreto nº 22.497, de 24.6.1986.

36- Não bastasse, visando à melhor adequação dos preceitos, o Executivo municipal sempre dedicou especial cuidado à essa questão.

37- Em 20 de agosto de 1990, por exemplo, foi encaminhado projeto de lei à Câmara Municipal, que dispunha genericamente sobre a melhor remuneração do trabalho noturno exercido pelos servidores municipais. Esse projeto tomou o nº 269/90.

38- Após intenso labor, que não redundou, porém, na aprovação final do projeto pela Câmara Municipal, foi solicitada, em 13 de janeiro de 1993, a sua retirada e arquivamento, a fim de que a propositura fosse reexaminada pelo Executivo, para posterior e melhor encaminhamento à deliberação legislativa.

39- Assim, não há que se falar em omissão do Poder Executivo, seja porque há normas municipais em vigor, disciplinando a remuneração do trabalho noturno de servidores, seja porque estão sendo promovidos estudos visando ao aperfeiçoamento da anterior propositura, que não lograra aprovação, para oportuno reenvio à Câmara Municipal.

Diante do exposto, requerem o acolhimento das preliminares argüidas, extinguindo-se o feito sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267 do C.P.C., ou, sucessivamente, requerem a denegação do pedido, condenando-se o impetrante nas verbas decorrentes de sua sucumbência.

Nestes termos,

Pedem deferimento.

São Paulo, 7 de dezembro de 1993.

**PAULO SALIM MALUF**  
Prefeito do Município de São Paulo

**ANTONIO MIGUEL AITH NETO**  
Procurador Municipal

## **Prêmio "Trabalho Relevante do Ano" do Departamento de Desapropriação**

*PARECER SOBRE OCUPAÇÃO DE ÁREA SITUADA EM  
EXTINTO ALDEAMENTO INDÍGENA, POR SOCIEDADE DE  
ECONOMIA MISTA FEDERAL - LOTEAMENTO  
ANTERIORMENTE IMPLANTADO NO LOCAL - DEFESA  
DA PROPRIEDADE MUNICIPAL SOBRE OS  
LOGRADOUROS E ESPAÇOS LIVRES DO LOTEAMENTO.*

---

*Elaborado por Ligia Maria Torggler Silva*

### **DESAP 23 - Chefia**

A Rede Ferroviária Federal S/A intentou ação de desapropriação direta em face de Maria Lúcia Carvalho Lima de Toledo Piza e outros, que tramita perante a 7ª Vara da Justiça Federal sob nº 57.303-5. Inicialmente pleiteou a expropriação da área composta de 65.770 m², situada no bairro denominado Jardim das Oliveiras, em São Miguel Paulista, neste Município.

Na defesa, os expropriados demonstraram que no local haviam implantado um loteamento, devidamente registrado e que, por isso, parte da área objeto da ação correspondia aos espaços livres e logradouros, deixados em cumprimento da legislação pertinente, numa extensão de 17.127,50m².

Na fase instrutória houve realização de prova pericial que não cuidou de avaliar a parte referente aos espaços livres, mesmo porque a fls. 97/99 dos autos principais a expropriante requereu a exclusão do pedido quanto aos 17.137,50m<sup>2</sup> aludidos, ressaltando-se, entretanto, inexistir decisão do Juízo em relação à questão.

A União Federal interveio no feito (fls. 181), invocando a propriedade da área em litígio por se tratar de extinto aldeamento indígena. A ação prosseguiu, sobrevindo decisão em que o MM Juiz afastou a alegada propriedade da União Federal e, reconhecendo como válida a cadeia sucessória apresentada pelos expropriados, fixou indenização pela expropriação das quadras do loteamento.

Em grau de recurso, todavia, a Sentença foi anulada para que nova perícia fosse realizada. Nada mais foi apreciado no julgamento.

Os autos voltaram à Vara de origem e, então, houve o ingresso da Municipalidade, que pretendia a ressalva de seus direitos relativos aos espaços livres, com a fixação, ao final, de indenização para a área. Contudo, acolhendo as alegações dos expropriados (fls. dos autos judiciais), entendeu o MM Juiz da causa tratar-se de hipótese de litisconsórcio facultativo haja vista inexistir comunhão entre as áreas privada (quadras) e pública (logradouros). Em assim sendo e não tendo a Rede Ferroviária Federal inserido no polo passivo da ação também o Município de São Paulo, a participação na demanda por vontade deste foi indeferida e definitivamente excluída a Municipalidade do feito.

Acresce que, paralelamente à ação de desapropriação até aqui relatada, quando do ingresso da União Federal na demanda, os expropriados ajuizaram ação declaratória visando o reconhecimento da propriedade da área, ação essa que tramitou perante a 18ª Vara da Justiça Federal sob nº 1299.972/082. A fls. 727 dos autos da expropriatória a Rede Ferroviária Federal fez anexar cópia da Sentença proferida em primeiro grau nesta ação declaratória, que a julgou improcedente para reconhecer a propriedade da União sobre a área. Dita demanda pende de julgamento pelo E. Tribunal Regional Federal.

A manutenção dessa decisão relativa à propriedade da área implicará diretamente na impossibilidade jurídica da ação expropriatória, uma vez que não são passíveis de desapropriação os bens da União Federal. Além disso, a Rede Ferroviária Federal é sociedade de economia mista de que a própria União Federal é detentora de aproximadamente 99% de seu capital, segundo informações de fls.

727/728 dos autos da expropriatória.

Temos, pois, que a Municipalidade para pleitear seus direitos deveria intentar ação de indenização por desapossamento administrativo (desapropriação indireta) em face da Rede Ferroviária Federal que, de fato, está imitada na posse dos espaços livres do loteamento desde 16.08.1977. Contudo, algumas questões se apresentam no momento, cabendo sua análise antes da adoção de qualquer medida judicial, como adiante se tentará demonstrar.

Numa primeira hipótese, de reforma da decisão proferida na ação declaratória intentada pelos expropriados e conseqüente reconhecimento de sua propriedade sobre a área, com a abertura de loteamento nos idos de 1924 e sua regularização após a edição do Dec-lei 58/37, inclusive com pedido de averbação dos logradouros ao cartório de Registro de Imóveis apresentado anteriormente à propositura da ação expropriatória, torna certa a existência das vias públicas no local, sendo também o que se infere do trabalho pericial realizado na demanda (fls. 23/32).

Assim sendo e em virtude do denominado concurso voluntário consagrado pelas legislações que ao longo do tempo regularam a matéria, não haveriam dúvidas quanto à propriedade municipal sobre aqueles logradouros.

Do trabalho "O Domínio dos Espaços Livres nos Loteamentos Urbanos", de autoria de Rivadávia Xavier Nunes, publicado na RT 638/252, extrai-se que a transferência de domínio daquelas áreas referidas (ruas, praças e espaços livres dos loteamentos) opera-se por simples destinação pública. Mais adiante, também destaca o autor a posição jurisprudencial, afirmando: A orientação dos tribunais brasileiros é a mesma e sem qualquer discrepância. O STF já decidiu várias vezes que: "Loteamento. Aprovado o arruamento, para urbanização de terrenos particulares, as áreas destinadas às vias e logradouros públicos passam automaticamente para o domínio do município, independentemente de título aquisitivo e transcrição, visto que o efeito jurídico do arruamento é, exatamente, o de transformar o domínio particular em domínio público, para uso comum do povo" (Ac. unân. da 2ª T. do STF, relatado pelo Min. Cordeiro Guerra, in RTJ 79/991-1.002).

Todavia, caso mantida a Sentença proferida em primeiro grau, reconhecendo-se à União Federal a propriedade da área questiona-se: sendo nula de pleno direito a aprovação do loteamento, título aquisitivo da propriedade



municipal, quais as conseqüências para o patrimônio do Município? A sua ocupação por empresa federal daria ensejo a indenização"?

Salienta-se desde logo que aquela decisão proferida na ação declaratória intentada pelos loteadores e expropriados, "data venia", não faz coisa julgada em relação à Prefeitura Municipal que da demanda não participou, sendo pertinente nova discussão, agora em relação à propriedade dos logradouros e ruas que existiam na área ocupada pela Rede Ferroviária Federal desde 1977.

A questão relativa aos extintos aldeamentos indígenas não é matéria assentada, recebendo da doutrina e da jurisprudência as mais diversas interpretações.

A União Federal indistintamente reclama para si a propriedade de toda a área compreendida no extinto aldeamento indígena de São Miguel e Guarulhos, sustentando, em síntese, que as terras abandonadas pelos índios num primeiro momento foram devolvidas à Nação. Posteriormente, foram concedidos aforamentos dessas áreas que, todavia, caíram em comisso, consolidando-se o domínio pleno da União sobre as terras. Com isso, não foram inseridas nas hipóteses previstas pela Constituição de 1891 de transferência aos Estados, pois já não configuravam terras devolutas e nem próprios nacionais desnecessários ao governo federal, mantendo-se como integrantes do patrimônio da União Federal, salvo a hipótese de comprovação pelo particular de manutenção até o presente do aforamento concedido.

Entretanto, interpretações há no sentido de que a área em questão, realmente, ao longo do tempo foi transferida aos Estados e aos Municípios, em razão de Cartas Constitucionais ou legislações que advieram nesse sentido.

Segundo trabalho elaborado pela Dra. Ângela Maria Rocha de Biase, publicado na revista *Estudos de Direito Público* nº 10, fls. 51/71, também o Banco Evolucionista teria adquirido 50.000 hectares dentro do Aldeamento de São Miguel, destinados a urbanização, isto em 1890. Posteriormente, tal gleba teria sido reduzida à metade e, mais tarde ainda, em razão de litígio com o Estado de São Paulo, lhe foi reconhecido o direito sobre 12.500 hectares, estes objeto de transcrição 9.095.

Mas ainda em consonância com a obra referida, tal transferência seria nula perante a Municipalidade de São Paulo porquanto as áreas objeto da concessão ao Banco Evolucionista foram anteriormente transmitidas à Prefeitura Municipal,

aqueles onde já existiam povoações ou poderiam surgir, bem como as necessárias a logradouros públicos, e o remanescente ao Estado, em conformidade com o Dec. Legislativo 2.672/1870 e Lei 3.348/1887 (pág. 70).

Outrossim, a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao tratar do tema, assim esclarece: No Estado de São Paulo, parte das terras devolutas que lhe foram transferidas pela Constituição de 1891 passou para os Municípios. A Lei de Organização Municipal (Lei nº 16, de 13.11.1891) concedeu às municipalidades, para a formação de cidades, vilas e povoados, "as terras devolutas adjacentes às povoações de mais de mil almas em raio de círculo de seis quilômetros a partir da praça central" (cf. Hely Lopes Meirelles, 1948:455). Em 1945, pelo Decreto nº 14.916, de 6.8.45, esse raio foi aumentado para 12km no Município da Capital e 8km nos demais. Pelo Decreto-lei Complementar nº 9, de 31.12.69 (Lei Orgânica dos Municípios), acrescentou-se ao patrimônio municipal a porção de terras devolutas situadas no raio de 6 km de seus distritos (art. 60, parágrafo único).

Ademais, especialmente após a edição da Carta Constitucional de 1988, vem ganhando maior força a interpretação no sentido de que à União Federal pertencem apenas aquelas terras efetivamente ocupadas pelos índios (artigo 20, inciso XI - C.F.) porque, segundo ensinamentos do Professor Miguel Reale, o que o texto constitucional tem tido em vista é exclusivamente a defesa dos índios que ainda vivem à margem da civilização nacional, constituindo núcleos populacionais de cultura primitiva e, assim, só integram o patrimônio da União aquelas glebas que podem ser consideradas "habitadas pelos indígenas, nelas se localizando com todas as características de uma tribo, sedentária ou não" (RTJ 107/461).

A jurisprudência mais recente, ao seu turno, apesar de não pacificada, tem reconhecido como inexistente o interesse da União Federal em casos como tal, senão vejamos:

Assim, as alegações formuladas pela **União Federal** às fls. 222/228, sustentando ser o imóvel de seu domínio pleno da União Federal, esbarra com o fato de que o imóvel expropriado fora objeto de loteamento regularmente processado e devidamente inscrito no Registro Imobiliário, sem qualquer impugnação por parte da mesma União Federal.

Ora, o especial cuidado que teve o legislador na exigência de cumprimento de formalidade relativamente aos loteamentos e a

venda de terrenos para pagamento em prestações, foi motivado fundamentalmente na obtenção da segurança das transações realizadas e a perfeita verificação dos títulos de propriedade dos vendedores conforme se vê dos "CONSIDERANDA" que precederam o Decreto-lei nº 58/37. No caso presente a inscrição do loteamento data de mais de 20 anos, tanto que a escritura definitiva do expropriado é de 03 de março de 1958.

Fica desta forma excluído o alegado domínio da União sobre os imóveis expropriados, o que importa em reconhecer a possibilidade jurídica do pedido, recusada a preliminar de fls. 228. (9ª Vara da Justiça Federal Seção de São Paulo - proc. 804975 - expropriante: Municipalidade de São Paulo; expropriado: Nicolau Lucca).

**USUCAPIÃO.** Antigo aldeamento de índios. Constituição Federal de 1988.

1. À luz da vigente Carta Magna, só integram o patrimônio da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios ou que, para eles, estejam demarcadas (CF, art. 20, XI; arts. 231, §§ 1º e 4º, e art. 67 do "Ato das disposições constitucionais transitórias").

**2. Os extintos aldeamentos indígenas, nos quais estão implantados bairros e até cidades, pelo que na posse dos particulares, já não podem ser considerados bens dominicais da União.**

**3. Nesses casos, eventual ação da União seria não só paradoxal, como ocasionaria verdadeira convulsão social, em desrespeito aos princípios constitucionais que buscam a proteção do indivíduo ou aqueles que noteiam a atuação do Poder Público Federal (CF, arts. 193 e ss.; 21, XX, e 23, IX).**

4. Anteriormente ao Código Civil, os bens patrimoniais da União, dos Estados e dos Municípios eram declarados alienáveis e, no tocante ao usucapião, equiparados aos particulares.

5. No tocante aos extintos aldeamentos indígenas, o Estado não mais poderá demarcar essas terras, vez que só demarcará as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 67 do "Ato das disposições

constitucionais transitórias”).

6. Milita a favor do particular presunção de que está na posse da terra, por si ou seus antecessores, desde data anterior à edição do Código Civil, quando, neste século, historicamente, não houver relato da presença de índios no local.

7. Recurso improvido (TRF - SP - 2ª T. - DJU 7.10.91 - RT 675/197 - grifos nossos).

Finalmente, não se pode olvidar que a Lei Orgânica do Município de São Paulo, editada em 1990, incluiu dentre o patrimônio municipal as terras devolutas que se localizam dentro de seus limites.

Destarte, torna-se evidente que a alegada propriedade da União sobre os extintos aldeamentos indígenas não é e não pode ser indistinta como por ela invocada. Mais ainda, no caso sob exame, salvo melhores interpretações, a propriedade Municipal sobre os logradouros é a que deverá prevalecer, dando ensejo à indenização em razão da ocupação pela Rede Ferroviária Federal S/A.

De qualquer forma, não se pode afastar definitivamente a possibilidade, ao menos em tese, de reconhecimento da propriedade à União Federal.

Diante do exposto, solicito orientação quanto à conduta a ser adotada em relação aos espaços livres envolvidos, anexando à presente cópias das principais peças processuais extraídas da ação de desapropriação promovida pela Rede Ferroviária Federal, assim como da R. Sentença proferida na ação declaratória intentada pelos expropriados.

São Paulo, 16 de junho de 1993.

**LÍGIA MARIA TORGGLER SILVA**  
Procuradora do Município  
DESAP - 23

**Prêmio "Trabalho Relevante do Ano"  
do Departamento de Procedimentos  
Disciplinares**

**PARECER EM PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO INTERPOSTO  
POR EX-SERVIDOR CONTRA DECISÃO QUE O DISPENSOU  
DO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL. DEFERIMENTO PARCIAL  
DO PEDIDO.**

---

*Elaborado por Neli Aparecida de Faria.*

Senhor Diretor

Irresignado com o r. despacho prolatado nos autos do processo nº 19-000.001-92\*67, em que foi apenado com a Dispensa do Serviço Público Municipal, o ex-servidor Carlos Augusto do Nascimento interpõe pedido de reconsideração, aduzindo, sucintamente: em preliminar, que não existem nos autos Portaria instauradora do processo; que não consta o rol de testemunhas arroladas pela C.P.; que no documento de fis. 72 não consta o local dos fatos; que esse documento é chamado Mandado de Intimação, quando o correto deveria ser Mandado de Citação; que não há nos autos ata designando ou nomeando os membros da C.P., contrariando a doutrina e a Formulação do DASP nº 131; que o comissário 'ad hoc' não foi nomeado previamente (grifei); que houve

alteração dos membros da Comissão Processante, e isso contrariou a recomendação do DASP, consubstanciada na Exposição de Motivos nº 352, de 4/3/52; que a Formulação do DASP nº 183 determina que os membros da Comissão deverão ter suas férias adiadas; que não houve, nem relatório nem motivação, na r. decisão de nove linhas; e, no mérito, que a r. decisão é contrária às provas dos autos contra o interessado; que para não ser alvo de **chacotas** (grifei) de seus companheiros, apresentou diversas versões acerca do fato; que foi cancelada a continuidade no curso de graduação para Classe Especial, teve sua funcional e seus fardamentos recolhidos; que, somente pela acusação, teve sua inscrição na condição de efetivo, suspensa, até decisão do processo; que a citação menciona infração aos arts. 178, XII e 179 "caput", dando-as como procedimento irregular de natureza grave, art. 188, III, todos da Lei 8.989/79 e o art. 188, VI descreve quais são as transgressões de natureza grave mencionadas no art. 179 e não se vê o "caput", não sendo possível a aplicação da pena de demissão; que à época da Dispensa se encontrava em licença médica; que o processo teve maior celeridade em razão de motivos políticos; que não foi apreciada matéria suscitada pela defesa, isto é, pedido de suspensão do feito para aguardar o término do processo criminal; no relatório da Comissão Processante consta que, diante da gravidade do comportamento, os elogios e as referências favoráveis são anuladas; que é absurdo afirmar reincidência no processo crime, pois ambos estão em andamento; que requer a reconsideração da r. decisão, reformando-a, em favor do requerente, juntando os documentos de fls. 9 "usque" 29.

Analisando os autos em apreço, verifica-se que o interessado respondeu a procedimento sumário, com fulcro nos arts. 20 e 23, IV da Lei 9.160/80, combinado com o art. 188, III, por infração ao disposto nos arts. 178, XII e 179 "caput", todos da Lei 8.989/79, "em razão de ter sido detido de posse de um auto roubado e encaminhado à 1ª Delegacia de Furtos e Roubos de Veículos da DIVECAR em 25/11/91, por volta das 19h 30 min, onde foi instaurado o I.P. 768/91 para esclarecimento e no qual foi indiciado".

As hipóteses trazidas à luz na prefacial não são subsumíveis ao inciso II do art. 176 da Lei 8.989/79, razão pela qual não deve prosperar o pedido.

I - Com efeito, as preliminares foram lançadas sem nenhum lastro jurídico, motivo porque devem ser repelidas, posto que descabidas.

1 - Aludiu que: existem "inúmeros vícios administrativos constantes dos autos, os quais, por si só, anulam todo procedimento".

As palavras do sábio Ministro Francisco de Campos, insertas na Exposição

de Motivos do CPP - XVII, clarificam a questão:

"O projeto não deixa respiradouro para o frívolo **curialismo**, que se compraz, em espiohar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para o autor ou a defesa.

Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, **quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial**". (grifos no original, o primeiro, e meus).

Na moderna ciência processual, o rigor dos ritos, mesmo na seara penal (basta uma singela leitura nas palavras do velho Ministro), que sempre foi mais exigente, deixou de ser absoluto, remanescendo consagrado o vetusto brocardo francês: 'pas de nullité sans grief'.

2 - No seio do rito disciplinar, onde é mais acentuado o predomínio da **verdade real**, o ato, desde que preencha o mínimo formal, será tido como válido, prevalecendo, pois, a flexibilidade formal que seja atenta à veracidade fática.

Aliás, por outras palavras, é o que aduz, o entendido em processo disciplinar, José Armando da Costa:

"O vício de forma que, provocando prejuízo em detrimento da verdade substancial dos fatos imputados ao acusado, contamina a validade do ato e do respectivo processo".

E, mais adiante com toda cadência, assevera:

"Esclareça-se, contudo, que **nem todos os defeitos** que inquinam os atos processuais disciplinares **são definíveis como causa de nulidade**". (Teoria e Prática do Processo Administrativo - p. 276 - 1984 - G. M.)

Assim, é de se repetir que as preliminares foram dardejadas sem nenhum suporte jurídico.

3 - O Município, por gozar de plena autonomia legislativa "ex vi legis constitutiones", não é subalterno a nenhuma Norma Federal, e nem a órgão da Administração Direta da União, como era o DASP e suas formulações.

O combativo defensor, parece-me, por falta de argumentos substanciais para impugnar o mérito processual, isto é, para elidir a irregularidade gravíssima

cometida pelo interessado, se apegou a formulações de um órgão que **há muito foi extinto no bojo da União Federal: DASP**. As suas formulações eram recomendações de índole facultativa, que os presidentes das Comissões Processantes acolhiam ou não, dentro do critério de melhor conduzir o "iter" processual. O não acolhimento, por parte da Comissão Processual Federal, da formulação do DASP, não ensejava a nulificação do feito.

E, não obrigando uma Comissão Processante (do INAMPS, por exemplo), jamais obrigaria uma Comissão Processante de PROCED, isto é, do Município de São Paulo (pela autonomia municipal) a curvar-se perante formulações de um órgão que foi **extinto há muito tempo na União**.

O nobre defensor apegou-se às formulações do DASP como se fossem dogmas sacrossantos. Se o fossem, **o DASP não teria sido extinto**. Dogmas não deixam de existir.

4 - No bojo disciplinar municipal, o inquérito administrativo é instaurado através de **Despacho** da Autoridade Maior do Município que poderá delegar essa atribuição, como na espécie dos autos, conforme se depreende, com a clareza do sol de meio dia, da leitura do art. 208 da Lei 8.989/79 e não através de Portarias como quer o subscritor da prodrômica.

5 - As designações (do Presidente e dos Comissários) são efetuadas através de Portarias, publicadas no DOM.

Os despachos, portarias, etc. publicados no Diário Oficial visam dar **publicidade** aos atos administrativos.

No seio do Poder Judiciário (Justiça Comum ou Especial), as férias dos magistrados ou dos vogais são **publicadas no Diário Oficial** (do Estado e/ou da União), com isso, cumpre o princípio da publicidade dos atos administrativos. Não se coloca o transunto da publicação nos autos. É dever de todos os interessados lerem o diário oficial nos assuntos de seus interesses.

A servidora Soraya Marques Sinna Trindade, reg. 638.746.2.00 foi designada para os trabalhos (**audiências**) do dia 1/7/92, isto é, "ad hoc", ou no vernáculo camoniano para aquele ato, razão porque não houve prévia publicação no DOM. Aliás, nenhum ser humano sabe de antemão que no dia seguinte irá faltar porque adoeceu, motivo pelo qual é impossível e descabida a designação de comissário "ad hoc" para o dia seguinte. As audiências em que a servidora Soraya participou, como comissária "ad hoc", foram regulares, perfeitas, contudo, poderiam ter sido impugnadas (absurdamente, se fosse o caso) no momento oportuno. No entanto, o culto defensor nada aludiu. Demonstrando, com sua omissão, a



perfeição de um ato imaculado: a participação, como comissária "ad hoc", da servidora Soraya nas audiências.

6 - É sofisticada a dedução de que teria ocorrido a quebra do sagrado princípio do contraditório e ampla defesa, pois a Comissão não teria indicado o rol de testemunhas. O interessado teve oportunidade de inquirir, reinquirir, em suma, de refutar todos os fatos narrados pela prova vocal nas audiências. E mais, no processo disciplinar, frise-se, prevalece a verdade real sobre a formal, conforme já aduzi retro.

É de se pôr em destaque que o interessado era servidor admitido, não possuindo a estabilidade constitucional.

Vêm apropriadamente os ensinamentos do maior entendido em Direito Constitucional hodiernamente no Brasil prof. José Afonso da Silva:

"A estabilidade é assim, um direito que a Constituição garante ao servidor público:

São requisitos para adquiri-la:

a) nomeação por concurso (art. 37, II), de onde se vê que os nomeados para cargos em comissão, **admitidos em funções** nunca obtêm estabilidade, podendo, pois, ser exonerados ou **dispensados** sem formalidade do processo administrativo..." (grifei - Curso de Direito Constitucional Positivo - p. 581 - RT - 6ª edição - 1990).

No mesmo diapasão soam as palavras do saudoso Hely Lopes Meirelles:

"...para os estáveis poderá ser utilizado processo administrativo disciplinar (Constituição da República - art. 41, § 1º), e que para **instáveis bastará sindicância despida de maiores formalidades, desde que por ela se demonstre a falta ensejadora da pena demissória.**" (os grifos são meus - Direito Administrativo Brasileiro - RT - 14ª Edição - p. 418).

A inferência na leitura dos autos do processo gênese está a demonstrar que foi dado ao requerente amplíssimo direito de defesa, teve prazo suficiente para ilidir as imputações, não o fez, recebendo, pois, a reprimenda expulsória.

7 - O descumprimento do prazo de sessenta dias para a conclusão do procedimento sumário, preconizado pelo Decreto nº 27.178, igualmente, não conduz à nulificação processual, eis que dilatou a instrução probatória, em benefício do interessado. Cabe, novamente, trazer às claras o velho aforisma da

culta França: 'pas de nullité sans grief'.

8 - Aponta o requerente que não teria havido a motivação no despacho final.

Tudo se cifra à correta inteligência do r. despacho.

Di-lo:

"1 - À vista dos elementos de convicção constantes do presente, em especial **as manifestações da Comissão Processante...**" (grifei).

A moderna doutrina considera o despacho supra fundamentado, pois motivados foram o Relatório da Comissão Processante, o despacho do Diretor.

O prof. Diógenes Gasparini, em sua obra Direito Administrativo nos termos da Constituição Federal de 1988, clarifica a questão:

"... Observe-se que estará assim **atendida a disposição legal se a título de motivação for indicado que o ato é praticado em razão do que consta no processo administrativo tal e qual ou que está calcado no parecer de folhas . Nesses casos, o conteúdo do processo e as conclusões do parecer constituem a motivação dos respectivos atos**". (os grifos são meus - Ed. Saraiva - 1989 - p. 591).

Acerca do tema fotografado, o entendimento do notável processualista Néelson Nery Júnior desata o nó:

"De todo modo é **fundamentada a decisão que se reporta a parecer jurídico constante dos autos**, ou às alegações das partes, desde que nessas manifestações haja exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz..." (Princípio do Processo Civil na Constituição Federal - RT - 1992 p. 156 - "in fine" - também os grifos são meus).

Percebe-se, assim, que a jurisprudência apontada, pelo interessado, a fls. 4 está divorciada pelo tempo, razão pela qual deve ser readaptada cotejando-a com moderna processualística pátria, de sorte que não merece prosperar, no caso ora guerreado.

Ainda no tocante às preliminares, trago a lume as palavras do entendido em hermenêutica, o grande Carlos Maximiliano, que põe um ponto final às questões argüidas pela defesa:

"331 - Propende o Direito moderno para **atender mais ao conjunto do que às minúcias**, interpretar as normas com complexo ao invés de as examinar isoladas, preferir **o sistema à particularidade**. Se isto se diz da regra escrita em relação ao todo, por mais forte razão se repetirá acerca da **palavra em relação à regra**. Ater-se aos vocábulos é processo casuístico, retrógrado..." (Hermenêutica e Aplicação do Direito - p. 270, Forense - 9ª Edição - 1979 - os grifos são meus e do mestre).

Como na espécie da prefacial.

Percebe-se, pelo exposto, que as preliminares são totalmente infundadas, posto que o "iter" processual transcorreu isento de vícios ou máculas, é de se apontar, que o interessado teve direito a mais ampla defesa, do que seria cabível, dada a sua condição de servidor instável.

## **II - No Mérito**

1 - Nenhum argumento expendido na inicial serve de subsunção fática ao inc. II do art. 176 da precitada Lei.

Com efeito, o interessado respondeu a procedimento sumário em virtude de praticar irregularidade gravíssima, consistente em ser detido de posse de um carro roubado, isto é, por comportamento não condizente com a função exercida pelo servidor.

2 - No presente contexto não é caso de discutir se houve ou não o fato. Isto é problema que deve ser resolvido no âmbito do Judiciário.

Na leitura dos autos do processo originário há a demonstração superlativa da conduta irregular perpetrada pelo interessado.

O interessado, ao cometer o ilícito penal, infringiu o dever legal e moral de modo a elevar ao ápice a nobre função pública.

Trago à baila o pensamento do prof. Carlos Schmidt de Barros Júnior que deslinda o tema debatido neste item:

"... Os deveres a que estão os funcionários públicos adstritos não são, apenas, **diretamente concernentes** ao ofício, mas também de ordem geral, como membros da coletividade a que pertencem,

porque, consoante observa, com acerto, Tito Prates da Fonseca o desmerecimento ou desprestígio do funcionário reflete na Administração". (Do Poder Disciplinar na Administração Pública - RT - 1972).

E mais adiante, arremata:

"Deve o funcionário público ser pessoa que mereça o **respeito de seus concidadãos pela conduta civil**, o que, segundo pensa Zanobini **importa a observância de todas as leis proibitivas, e, sobretudo, das leis penais e de polícia**". (grifei - p.107 - Como na espécie. - op. cit.).

3 - O fato de no relatório da Comissão Processante constar que o indiciado seria reincidente na prática do crime de receptação, não desnaturou o ilícito administrativo cometido, eis que o termo **reincidência** não foi usado em linguagem jurídica escorreita, mas sim no sentido prosaico.

A propósito, cumpre alertar, nesse passo, que o indiciado responde, criminalmente, a **dois processos** pela prática do crime de receptação.

É o que se infere da leitura da pesquisa fonética criminal acostada a fls. 40 do presente (Ação Criminal nº 429/93 - 2ª Vara - Foro de Santo Amaro e Ação Criminal nº 343/93 - 30ª Vara - Foro Central). Inferindo-se, outrossim, da citada leitura que o interessado responde ao processo nº 740/92 pela prática de contravenção penal.

Enfatizo que no relatório da Comissão Processante, no processo gênese, o termo reincidência foi usado no sentido de que o indiciado teria cometido duas vezes o crime de receptação.

O relatório da Comissão Processante, como também a sentença prolatada por um magistrado, deve conter termos claros de modo que qualquer leigo ou profissional não entendido na matéria perceba, à primeira vista, tudo que aconteceu no feito. Foi o que ocorreu no caso fotografado.

4 - O inc. III do art. 188 da Lei 8.989/79 é norma de eficácia material (e não processual como quer a culta defesa); é fácil perceber a intelecção da irregularidade grave nele inculcado, abrangendo toda ação ou omissão, culposa ou dolosa, praticada pelo servidor no exercício da função ou fora dela.

O "caput" do art. 179 subsume toda e qualquer hipótese fática, através da ação ou omissão.

A cabeça de um artigo é um "plus" em face de seus incisos, que podem ou não existir, pois os incisos são explicativos do "caput".

O "caput" do art. 179 não precisa estar inserido no art. 188, inc. VI, pois, repisa-se, é um "plus" em relação aos incisos nele transcritos.

5 - A decisão que repulsou as preliminares argüidas pela defesa, no processo gênese (seria também preliminar de recurso e não mérito), foi implicitamente englobada no despacho expulsório. Tivesse acolhido uma delas outra seria a decisão, por uma questão de lógica.

6 - Quanto aos elogios ao interessado, no exercício da função, não ilidiram a imputação contra si.

O ilícito penal cometido pelo interessado, como apontei no item 2, traduz-se num gravíssimo comportamento que deve repercutir na aplicação da pena, razão pela qual os elogios que teria recebido o sumariado, sua aprovação em concurso público, **no decorrer da instrução processual** (fls. 15), **não subsumiram** à letra do art. 192 da Lei 8.989/79, recebendo a reprimenda expulsória.

7 - Por outro lado, na leitura e análise acurada dos autos do processo gênese não se vislumbra, em momento algum, qualquer motivação política no concernente à conduta do interessado.

O interessado, friso, mais uma vez, respondeu a procedimento sumário por ter praticado ilícito penal, isto é, por não ter tido uma conduta condizente no Serviço Público.

Aliás, o interessado respondeu ao processo nº 19-000.562-92\*84, nos termos dos arts. 20 e 23, IV da Lei 9.160/80, por infração aos arts. 188, III, 178, XII e 179 "caput", os três da Lei 8.989/79, por ter sido surpreendido de posse de veículo placa ML7672, produto de roubo, e, ter sido autuado em flagrante por dirigir veículos sem habilitação e por receptação. O processo saiu deste Departamento com proposta de arquivamento, em razão de sua Dispensa.

8 - Através da análise do documento acostado a fls. 38 infere-se que o requerente, no período de 23/11/92 a 18/12/92, encontrava-se em gozo de licença médica, em razão de acidente de trabalho. O r. despacho que o dispensou do Serviço Público Municipal foi publicado em 12/12/92, quando estava em gozo de licença médica.

9 - Diante do exposto, opino pelo deferimento parcial do pedido, para reterificar o r. despacho de fls. 163 (processo gênese), a fim de que a penalidade

imposta ao interessado passe a gerar efeitos a partir do término da licença médica concedida, isto é, 19/12 /92.

Quanto às demais assertivas trazidas à luz, na exordial, por não se subsumirem à hipótese do inc. II do art. 176 da Lei 8.989/79, opino pelo indeferimento do pedido.

À elevada consideração superior.

São Paulo, 01 de junho de 1993.

**NELI APARECIDA DE FARIA**

**Procuradora do Município**

**PROCED**

***Embargos de Divergência em  
Recurso Especial nº 836-0/SP (90.0013859-0)***

RELATOR: O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO  
EMBARGANTE: CREFILEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL  
EMBARGADO: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS: HAMILTON DIAS DE SOUZA E OUTROS  
CARLOS ROBICHEZ PENNA E OUTRO

### **Ementa**

**TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS). LEASING. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. PRECEDENTES DO STF E DESTES STJ.**

Consoante jurisprudência predominante do egrégio Supremo Tribunal Federal e desta egrégia Corte, a prestação habitual de serviços de "leasing" por empresa, está sujeita ao ISS (subsunção no item 52 da Lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68).

Embargos rejeitados. Decisão por maioria.

### **Acórdão**

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, após o voto-vista do Sr. Ministro José de Jesus, a Seção, por maioria, rejeitou os embargos; vencidos os Srs. Ministros AMÉRICO LUZ e ANTONIO DE PÁDUA RIBEIRO (votos anteriores proferidos na presidência do Ministro PEDRO ACIOLI). Os Srs. Ministros HUMBERTO GOMES DE BARROS, JOSÉ DE JESUS (voto-vista), GARCIA VIEIRA, HÉLIO MOSIMANN e PEÇANHA MARTINS votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros MILTON LUIZ PEREIRA e CESAR ASFOR ROCHA. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 7 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

**Ministro AMÉRICO LUZ**

**Presidente**

**Ministro DEMÓCRITO REINALDO**

**Relator**



## **Relatório**

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): A empresa CREFILEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL propôs ação declaratória contra o Município de São Paulo - SP, visando obter o reconhecimento de não incidência tributária do ISS sobre operações dos ramos das suas atividades: arrendamento de bens móveis, através dos contratos denominados de **leasing**.

Julgada procedente a ação, (fls. 235/241), a Municipalidade apelou e obteve da 5ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil provimento do recurso, com a reforma da sentença de primeira instância (fls. 288/294).

Interpostos embargos infringentes pela empresa, foram estes rejeitados (fls. 323/325), seguindo-se a interposição do apelo extremo, com o recurso extraordinário admitido (fls. 362/365) e posteriormente desdobrado em recurso especial, remetido a esta Corte para decisão da matéria infraconstitucional (fls. 202).

Apreciado o recurso especial foi negado provimento, por unanimidade, na forma de voto proferido pelo Ministro PEDRO ACIOLI, de cuja decisão encontra-se o acórdão assim ementado

**"TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING."**

I - O ISS tem incidência nas operações de arredamento mercantil - **LEASING** - na forma dos precedentes deste Tribunal.

II - Recurso a que se nega provimento."

Inconformada com esta decisão, a recorrente traz à colação julgados mais recentes da 2ª Turma deste Tribunal, para suscitar a divergência objeto dos presentes embargos, destacando a ementa do acórdão, em cujo julgado foi relator o Ministro HÉLIO MOSIMANN, no REsp nº 322-SP:

**"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. CONTRATO DE LEASING OU ARRENDAMENTO MERCANTIL. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO.**

O **leasing** ou arrendamento mercantil é contrato típico, de características próprias, embora adotando peculiaridades de outras avenças.

Não podendo ser incluído na categoria de contrato locatício de bens móveis, na operação **leasing** não incide sobre serviços.

Recurso especial conhecido e provido.”

(fls. 233)

Admitidos os embargos, para discussão, ante a evidência da divergência indicada (fls. 245).

É o relatório.

### **Voto Preliminar**

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): A matéria objeto do dissídio suscitado nos presentes embargos de divergência, essencialmente polêmica na doutrina e na jurisprudência, já mereceu estudos aprofundados do Egrégio Supremo Tribunal Federal, assim como das Colendas 1ª e 2ª Turmas deste Tribunal.

A discussão gira, fundamentalmente, em torno da natureza jurídica dos contratos que envolvem operações de arrendamento mercantil de coisas móveis, sob a forma de **leasing**, buscando-se saber se o denominado Imposto Sobre Serviço (ISS) incide sobre tais negócios jurídicos. A verdade, entretanto, é que tanto no Pretório Excelso, quanto neste Tribunal, as dúvidas sobre os principais aspectos jurídicos da controvérsia foram examinadas com percuciência, resultando dos respectivos julgados votos que demonstraram, por parte dos Eminentes Ministros que os proferiram, grande conhecimento da questão discutida.

Entre Turmas desta Colenda 1ª Seção é que se configura a divergência: de um lado, a 1ª Turma, com respaldo em votos proferidos pelos eminentes Relatores Ministros GARCIA VIEIRA (Resp. nº 249-RS), CARLOS MÁRIO VELLOSO (Resp. nº 61-SP) e ARMANDO ROLEMBERG (Resps. nºs 628-SP e 673-SP), PEDRO ACIOLI (Resps. nºs 804-SP e 836-SP) e GERALDO SOBRAL (Resp. nº 2732-SP), tem decidido, por unanimidade, seguindo a jurisprudência do STF, no sentido de que o ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis - **leasing**; do outro, a 2ª Turma, também unânime, acompanhando o voto do Eminente Ministro HÉLIO MOSIMANN (Resp. nº 322-SP), ao reconhecer

que na operação de **leasing** não incide o ISS, por isso que se trata de contrato típico, de características próprias, embora com peculiaridades de outras avenças, mas não incluído na categoria de contrato locatício de bens móveis.

Por reconhecer que se configura a divergência, PRELIMINARMENTE, conheço do recurso.

#### **Voto - Mérito**

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR): Com efeito, depois de fazer acurado estudo sobre os principais fundamentos apresentados nas decisões que se configuram como divergentes, não tenho dúvidas em me inclinar para aceitação do posicionamento adotado, por reiteradas vezes, pela Colenda 1ª Turma. E o faço, com convencimento formado diante da jurisprudência do Pretório Excelso, da qual tem sido destacada, em diversos julgados desta Corte, entre outras, a decisão no Recurso Extraordinário, cuja ementa do acórdão é a seguinte:

"ISS. Arrendamento Mercantil de coisas móveis (**leasing**). Incidência do imposto sobre serviços. Subsunção no item 52 da Lista de Serviços. Razoável o entendimento de que a prestação habitual, pela empresa, de serviço consubstanciado no arrendamento mercantil (**leasing**) de bens móveis, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista.

Recurso extraordinário não conhecido." (Proc. 106.047-2-SP. 1ª Turma do STF).

Na motivação do seu voto, o Eminentíssimo Relator, Ministro RAFAEL MAYER, assim se manifestou:

"Trata-se como se vê, de controvérsia sobre a legitimidade em face da preceituação — referida, da incidência do ISS sobre a realização, pela empresa, de arrendamento mercantil de bens móveis **leasing**, previsto expressamente na legislação local como fato gerador do imposto, em face da conceituação — que se tem no número 52 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68, referente à locação de bens móveis.

Admitindo que o arrendamento mercantil tem constituição complexa, integrada simultaneamente pelos elementos da locação de bens e da opção de aquisição dos bens locados, o venerando acórdão recorrido, endossando a doutrina da sentença de primeiro grau, invoca o critério da preponderância da atividade desenvolvida, pela empresa prestadora de serviço, para o efeito de incidência tributária e de subsunção no item 52 da lista pois "certo é o elemento factual do arrendamento e incerto o evento da aquisição" (fls...).

Ora, o entendimento é decerto razoável.

Improcede, com efeito, a censura que se lhe faz ao argumento de que, na doutrina dominante e na jurisprudência pacífica desta Corte, a lista de serviços tributáveis é taxativa, não havendo como acrescentar-lhe categoria nela não prevista. Pois, ao ser taxativa a lista, não inibe que se dê às categorias o sentido amplo e compreensivo, de modo que o Município possa exercer plenamente a competência que lhe é deferida, no delineamento do que seja o fato impositivo. Assim mesmo é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se vê do acórdão no RE nº 91.737, da Egrégia Segunda Turma aliás, invocado pela Recorrente em seu pro, onde ao mesmo tempo que se reconhece a propensão da jurisprudência do Supremo Tribunal pelo caráter taxativo da lista, admite-se que a prestação de serviço de segurança e vigilância encontra correspondência no item 16 da lista (RTJ 97/361).

Certamente, o arrendamento mercantil **leasing** cujo tratamento tributário é regulado na Lei nº 6.099/74, e para esse efeito vem aí definido, tem aspectos complexos e um sentido econômico peculiar. Conceituado no parágrafo único do art. 1º do diploma legal, como "a operação realizada entre pessoas jurídicas que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos a terceiros pela arrendadora, para fins de uso próprio da arrendatária", ela envolve, de um lado, uma operação de financiamento da aquisição da mercadoria pela arrendadora e, de outro lado, a opção de compra pelo arrendatário, ao término do arrendamento se não o renovar ou apenas devolução do bem, mas o fundamental, a constituir como que no núcleo e razão da atividade, está no arrendamento.

Esse arrendamento de bens, mediante contratos pertinentes, em que a sua configuração é essencial, quanto ao prazo, quanto ao uso da coisa locada e quanto à retribuição, obviamente eventual a verificação da cláusula optativa, é que constitui a substância da prestação do serviço a que se propõe a empresa, pela qual a sua atividade se torna específica e significativa do ponto de vista fiscal.

Não há, portanto, emprego de analogia criadora de tributo à revelia do art. 108, § 1º, do CTN, mas a apreensão da realidade de um serviço prestado habitualmente, cuja conotação essencial, própria do arrendamento mercantil de móveis, encontra correspondência na categoria do serviço prevista no item 52, a saber, a locação de coisas móveis.

Resta acentuar que o aspecto aqui salientado tem ponderável acolhida na doutrina, como dentre outros vem preferido por ALIOMAR BALEEIRO (Dir. Trib. Bras., 10ª ed., pág. 292): a incidência tributária está prevista na legislação dos mais importantes municípios brasileiros e tem o beneplácito da Jurisprudência predonderante dos tribunais estaduais.

Por isso há razão de invocar-se a Súmula nº 400.

Não conheço, portanto, do recurso.”

Na mesma linha de entendimento tem se firmado a Colenda 1ª Turma desta Corte, nos precedentes dos Recursos Especiais já citados, dos quais podem ser mencionados, em prol da tese então defendida, acórdãos e trechos bem fundamentados dos respectivos votos dos Eminentíssimos Ministros Relatores:

“TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prestação habitual de serviço de **leasing** por empresa, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista de Serviços. Recurso especial conhecido com base na letra c, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, e provido.”

**"ISS, ARRENDAMENTO MERCANTIL. INCIDÊNCIA**

A realidade do arrendamento, sua repercussão econômica, a contraprestação pelo serviço prestado (seu conteúdo fático), constitui o fato gerador do imposto de competência dos municípios sobre serviços de qualquer natureza (art. 8º do Decreto-lei 406/68). Demonstrada a divergência e afastada a negativa de vigência ao Decreto-lei 406/68.

Recurso conhecido e improvido".

**"TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING.**

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza-ISS, tem incidência nas operações de Arrendamento Mercantil - **leasing**). Precedentes.

Recurso provido."

**"TRIBUTÁRIO. LEASING. INCIDÊNCIA DO ISS.**

A jurisprudência desta colenda Corte é pacífica no sentido de que o ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis ou **leasing**.

Recurso conhecido e provido."

**"TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING.**

O ISS tem incidência nas operações de arrendamento mercantil - **LEASING** —, na forma dos precedentes deste tribunal.

Recurso a que se nega provimento."

**"TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING.**

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a prestação habitual de serviço de **leasing** por empresa, está sujeita ao ISS, em correspondência à categoria prevista no item 52 da Lista de Serviço. Recurso especial conhecido com base na letra a, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, é provida para reformar a sentença".

**"TRIBUTÁRIO. ISS. LEASING. INCIDÊNCIA DO ISS. LISTA DE SERVIÇOS, ITEM 52.**

O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis **leasing**. Subsunção no item 52 da Lista de Serviços.

Recurso Especial conhecido e provido."

O Ministro GARCIA VIEIRA, na fundamentação do seu voto, como Relator do REsp. nº 249-RS:

"Como se vê, a decisão recorrida se amolda ao entendimento da Corte Maior e não negou vigência a nenhum dos dispositivos da legislação infraconstitucional, apontados pelo recorrente. Não houve emprego da analogia para a exigência de tributo não previsto em lei (art. 100 do CTN) mas, conforme bem acentuou o Eminentíssimo Ministro RAFAEL MAYER "... a apreensão da realidade de um serviço prestado habitualmente, cuja conotação essencial, própria do arrendamento mercantil de móveis, encontra correspondência na categoria do serviço prevista no item 52, a saber, a locação de coisas móveis".

Também, no caso, a lei tributária não alterou a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado ... para definir ou limitar competências tributárias (art. 110 do CTN).

Do mesmo modo, o Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, depois de fazer detalhado estudo sobre a natureza jurídica do **leasing**, afirma que a doutrina, ao que parece, caminha no sentido de caracterizar este contrato "como espécie de locação, não uma locação comum, porque nele está presente, posto que de forma incerta, a opção futura de compra dos bens locados pelo arrendatário". E arremata:

"Sendo assim, certo que predomina no **leasing** a locação, razoável o entendimento de sujeitar-se essa operação ao ISS, presente o item 52 da Lista" (REsp nº 61-SP)".

Diante dos argumentos apresentados pelas duas correntes do dissídio configurado, convenço-me de que, embora não correspondendo rigorosamente à figura clássica da locação, é o **leasing**, como modalidade do arrendamento mercantil, contrato que se caracteriza predominantemente pela locação de bens

móveis, estando sujeito à incidência do ISS, quando ocorra a circunstância da prestação habitual de serviço da espécie. Daí porque não vejo razões para mudar o entendimento que vem sendo adotado pela Colenda 1ª Turma deste Tribunal, na esteira da jurisprudência da mais Alta Corte. Conhecido que foi o recurso, sou pela manutenção desta diretriz jurisprudencial.

É o meu voto, não recebendo os embargos.

### **Voto-Vista**

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ:

Na questão ora em debate busca-se o entendimento da Corte quanto à incidência ou não do ISS nos contratos de **leasing** ou arrendamento mercantil, ante os precedentes deste Egrégio Tribunal a configurar decisões divergentes entre suas Turmas julgadoras.

Sobre a matéria, leio e faço juntar por cópia o voto-vista que proferi na 2ª Turma, no julgamento do recurso especial nº 341-SP, convencido de que o arrendamento mercantil é contrato típico, distinto da locação de bens móveis.

Por tais motivos, recebo os embargos.

### **Voto-Vista**

EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ:

I - Em grau de apelação, o acórdão de fls. da 8ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, reformou a sentença que dera pela procedência da declaratória proposta, ao fundamento de que a operação consistente no arrendamento mercantil de coisas móveis (**leasing**) está subsumida no item 52 da lista de serviços do ISS, e, portanto, sujeita à incidência desse tributo - fls. 426/433.

Processado em face do acolhimento da arguição de relevância, o extraordinário interposto subiu ao Pretório Excelso que, nos termos da decisão de fls. 509, o converteu em especial no que concerne à matéria infraconstitucional.



Nesta Egrégia Turma, o eminente relator, Min. CARLOS VELLOSO, apoiado em precedente de sua própria lavra (REsp. nº 61-SP) decidiu não conhecer do recurso.

Na oportunidade, S. Excia proferiu o seguinte voto, verbis:

“Primeiro que tudo, esclareça-se que a lista de serviços tributáveis pelo ISS, não obstante taxativa, certo é que às categorias ali postas deve-se emprestar sentido amplo, compreensivo, por isso que a lista “pode designar gêneros dos quais o intérprete extrai as espécies”. (A. Baleeiro, “Dir. Trib. Brasileiro”, 10ª. ed., pág. 298). A interpretação extensiva da lista, ou a natureza compreensiva da lista de serviços, tem sido acolhida pela doutrina (Geraldo Ataliba. “Estudos e Pareceres de Direito Tributário”, Ed. RT. 1980, III/220) e pela jurisprudência (RE 91.737, RTJ, 97/357; RE 106.047-SP, “DJ” de 13 de dez/85; RE 104.571-PE, RTJ 113/1387).

Isto esclarecido, a questão a saber é se a locação de bens móveis, que é o serviço tributado pelo ISS no item 52 da lista, compreenderia o **leasing**, arrendamento mercantil, na linguagem da Lei 6.099, de 12.09.74, art. 1º, parág. único, ou “arredamento financeiro”, segundo Penalva Santos (“Leasing”, RF, 250/46, 57).

O **leasing** é, na verdade, um contrato complexo, por que composto de elementos integrativos e caracterizadores de vários contratos: locação, compra e venda, financiamento, mútuo.

Importa verificar, pois, no caso, o elemento factual que predomina no **leasing**, vale dizer, importa perquirir, na hipótese, se o elemento factual que predomina no arrendamento mercantil é o elemento tipificador da locação.

Esta é a questão.

Porque, se o elemento tipificador do **leasing** for aquele elemento que caracteriza a locação, é razoável o entendimento no sentido de que aquele é espécie desta.

A doutrina, ao que parece, caminha no sentido de caracterizar o **leasing** como espécie de locação, não uma locação comum, porque

nele está presente, posto que de forma incerta, a opção futura de compra dos bens locados pelo arrendatário.

Fábio K. Comparato, escrevendo sobre o tema, leciona que "... sobre o **'leasing'** não incide o imposto federal sobre operações financeiras. Sem dúvida, o **'leasing'** pode representar economicamente uma operação de financiamento na aquisição do equipamento industrial ou comercial de uma empresa. Juridicamente, porém, a operação é veiculada nos moldes de uma locação, com opção unilateral de compra..." ("Contrato de **'leasing'**", RF, 250/7, 11; RT, 389/7,13). Para Garcia Hilário, o **'leasing'** poderia ser classificado como arrendamento (RF, 250/70,75). Luiz Mèlega entende que o **'leasing'** está sujeito ao ISS, tendo em vista o item 52 da Lista, "sob o nome genérico de "Locação de Bens Móveis", instituto de que o **'leasing'** é um caso particular." ("Aspectos Fiscais do leasing", RF, 250/89,98; "O 'Leasing' e o Sistema Tributário Brasileiro", Saraiva, 1975, pág. 77). Para Tavares Paes, o **'leasing'** é forma peculiar de locação, pelo que está sujeito ao ISS ("Leasing", RT, 1977, pág. 31).

Segundo El Mokhtar Bey, o que predomina no **'leasing'** é a locação: "C'est le contracte de location qui constitue, assurement, l'instrument juridique fondamental de l'opération de leasing ou crédit bail." ("La Symbiotique dans les Leasing ou Crédit-Bail", pág.3, §1º).

Para Sampaio de Lacerda, o **'leasing'** constituiria uma operação financeira. ("O 'leasing' e a sua aplicação no campo do direito aeronáutico", RF, 250/425). Isto, entretanto, não ocorre. É que a sociedade que pratica o **'leasing'** não faz nenhum empréstimo de dinheiro. O que ocorre, na operação de **'leasing'**, é a cessão de equipamento mediante uma certa remuneração, com a opção de compra no final do contrato. Em termos econômicos, pode-se afirmar que o elemento desse contrato está presente no **'leasing'**; em termos jurídicos, entretanto, o elemento que está presente é o da locação: cessão de equipamento, do bem, mediante o pagamento de um aluguel.

Sendo assim, certo que predomina no **'leasing'** a locação, razoável é o entendimento de sujeitar-se essa operação ao ISS, presente o item 52 da Lista.

Esta é, na verdade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 108.665-SP, Relator o Ministro OSCAR CORRÊA, "DJ" de 16.05.86)."

Após a competente sustentação oral feita pelo ilustre jurista Professor Geraldo Ataliba, com o mesmo brilho e inteligência comum a tantas outras que já assistimos, confesso que dúvidas me assaltaram no trato da questão ora discutida.

Em consequência, diante da oportunidade que se me abriu, resolvi pedir vista destes autos, para rever meu entendimento sobre a matéria, trazendo-os, agora, com este voto.

II - Consabido que a controvérsia sobre a legitimidade ou não da incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil de bens móveis é assaz polêmica, tanto na doutrina como na jurisprudência de nossos Tribunais.

Com efeito. Desprezando-se as divergências doutrinárias, por sinal ricas nos argumentos que lhe dão sustentação, fico com a jurisprudencial, fundamento do conhecimento do recurso.

E aqui reside o ponto nodal da questão.

Para concluir pela tributação, entendeu o acórdão recorrido que compondose o "**leasing**" dos elementos de locação de bens móveis e opção por futura compra dos bens locados pelo arrendatário, certo é o elemento factual do arrendamento e incerto o evento da aquisição. Sendo, portanto, preponderante aquela atividade prestada subsume-se, assim, no Item 52 da lista respectiva.

O entendimento de que o arrendamento mercantil é equivalente à locação foi contestado pelo acórdão exarado no Reexame Necessário nº 185011384, proferido pela IV Câmara Cível do Eg. Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul. Do voto proferido pelo relator, Em. Juiz Décio Antônio Erpen, destaque (fls. 459/460):

"Difere, todavia do arrendamento, porque a prestação no "**leasing**" é sempre maior do valor que seria o aluguel mormente porque aquele em seu somatório final pode integrar, no futuro, o preço de uma compra.

Ademais, o montante da prestação no "**leasing**" é o produto de vários

ingredientes, v.g. o parcelamento do preço do objeto (seu custo), acrescido de juros compensatórios, mais a depreciação do bem, e o lucro, à guisa de venda.

O custo de manutenção do mesmo objeto do contrato, normalmente corre à conta do tomador-arrendatário, sendo que na locação é suportado pelo locador.

No tocante as benfeitoras difere o tratamento num e noutra instituto, porquanto nas locações incidem os preceitos contidos nos artigos 1199 e 516 do C.C., bem assim na atual lei do Inquilinato. No "leasing", o tratamento é diverso.

No campo processual também há nítida distinção entre ambas as figuras. No caso de inadimplência, o proprietário, em se tratando de "leasing" tem a ação de reintegração de posse, ação essa que não se harmoniza com a locação, quando a ação própria é a de despejo.

Quanto ao prazo, nas locações esse é mais breve, ao contrário do "leasing", em que são mais amplos.

Da mesma forma, a jurisprudência tem admitido que o arrendatário no "leasing" responde, isoladamente, pelos danos causados pelo objeto a terceiros, afastada a responsabilidade, ainda que remota, da empresa arrendante. O mesmo não ocorre na locação.

Por derradeiro, no "leasing", há necessariamente uma opção de compra irretroatável em favor do tomador-arrendatário, pré-estabelecido o preço residual, aproveitando-se o somatório das prestações já pagas. E, o valor residual é tão ínfimo que, na prática, o contrato que se aproxima da locação no primeiro estágio, culmina em sendo um contrato de venda de bem móvel, em seu último momento.

Na locação, muito raramente se promove a cláusula de opção de compra, e quase nunca isso ocorre em forma de adesão.

Assim, nítidas distinções existem entre o "leasing", que nosso legislador rotulou impropriamente de "arrendamento mercantil" com a locação. As leis fiscais 5.099/74, com a nova redação dada pela Lei 7.132/83, mantiveram o instituto em sua plenitude, promovendo, tão

só a tradução para o vernáculo com o "nomen juris" de arrendamento mercantil, quando em seu bojo não se fizeram as aproximações para permitir a configuração de uma locação."

Sobre a hipótese, no Recurso Extraordinário nº 106.047-SP (RTJ 116/811), proferiu extenso voto, após pedido de vista, o eminente Ministro Oscar Corrêa, assim concluindo S. Excia.:

"17. Para encerrar esse levantamento — que exclui outros eminentes autores (como Orlando Gomes - "Contratos", RF, 1979, 7ª ed., pág. 570; e Orlando Gomes e Antunes Varela - "Direito Econômico", Saraiva, 1977, pág. 279 — que consideram "elemento essencial da caracterização do **leasing** a faculdade reservada ao locatário de adquirir no fim do contrato, os bens que alugou"), a opinião de Bernardo Ribeiro de Moraes (Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços, RT, 1ª. ed., 1984 pág. 373/374) que, taxativamente, afirma, analisando "alguns casos práticos":

"10. a locação de bens de equipamento com a opção de sua compra a final pelo arrendatário — contrato de **leasing** — não constitui locação de bens móveis. Trata-se de um contrato típico, diverso da locação de bens móveis, inominado, mas com características peculiares inclusive a obrigação do locador em investir, a de constar no preço do aluguel o valor das parcelas de autorização dos bens alugados e percentagem sobre o montante decrescente do valor do contrato, o que não existe na locação de bens móveis. **Leasing** é contrato típico, que não se confunde com o nosso contrato de locação de bens móveis. O que o caracteriza é o investimento a que se obriga o locador e a cláusula de opção de compra em favor do lessee após o término da locação."

18. Feito esse levantamento sumário da doutrina — e nos desculpamos de tê-lo realizado, para nosso próprio convencimento — é hora de nos pronunciarmos.

Não há dúvida de que o leasing hoje, e não só entre nós, é contrato típico, de características próprias, conceituação legal (ainda que deficiente e sumária), constituindo-se — como outros tantos se constituíram — de elementos retirados de outros contratos como a

locação, a compra a prestações, o mútuo, mas assumindo contornos indisputáveis que o diferenciam de todos eles.

Tanto que a Lei nº 6.099/74 o definiu e lhe deu características e nome próprio - de arrendamento mercantil. Bastaria isso para, em face do texto expresso da lei, não pretender incluí-lo na categoria de locação de bens móveis, que se pretende, com a incidência do ISS (item 52 da lista).

19. Para nós, o traço fundamental do **leasing** é o financiamento, sem o qual não se completa e integra a operação financeira em que importa. Enquanto arrendador e arrendatário estão frente a frente, mas não opera o financiamento, não há falar em **leasing**. Pode haver locação de bens, compra e venda; só o financiamento leva ao **leasing**.

Não se trata, porém, de simples afirmação. A comprovação vem da própria Lei nº 6.099/74 que, ao dispor sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil, expressamente vinculou-o todo às instituições financeiras, sob o comando do Conselho Monetário Nacional e o Banco Central.

E à lei seguiram-se as Resoluções do Banco Central que a regularam miudamente.

Cria-se, pois, desde logo, situação estranha: instituto inteiramente regulado por lei federal, que vincula as autoridades administrativas federais, sujeito à regulação que lhe devem; que teve regime tributário estabelecido (com a expressa indicação do imposto de renda e do imposto sobre produtos industrializados), envolvendo, evidentemente, operação financeira, não pode subordinar-se ao ISS, cobrado pelos municípios, quando não se lhe podem encontrar os pressupostos para sua incidência.

Que aliás, hoje se discute mesmo a respeito da locação de bens móveis, se a locação de bens móveis, se a locação de coisa não é serviço, etc.

E se o **leasing** não é necessariamente de bens móveis.

Com efeito, não há qualquer restrição ao **leasing** imobiliário na lei brasileira (nem em outras legislações), como acentuam os autores (**Fran Martins**, ob. cit., pág. 554; Luíz Mélega, ob. cit., pág. 50; Arnaldo Wald, RE 250/44; Penalva Santos, art. cit. RF 250/49; etc.). E a resolução 351, do Banco Central, expressamente o previu.

2. Essas observações — longas que foram — objetivaram demonstrar que não há, data venia do voto do eminente Relator, como aceitar que o **leasing** — arrendamento mercantil, pela lei brasileira — sofra a incidência do ISS, se a locação de bens não lhe é nem mesmo o traço mais forte, e até mesmo a compra a prestações — como se vê do art. 11, § 1º, da Lei nº 6.099/74 — melhor serviria de a ele assemelhar-se, e se o elemento que o configura é o financiamento.

O importante, contudo, in casu, é que não se lhe aplica o item 52 da lista anexa do Decreto-lei nº 406/68, referente à locação de bens móveis, com o que negada vigência ao art. 8º do Decreto-lei nº 406/68 e ao referido item, indebitamente aplicado: e, conseqüentemente, ao art. 24, II, da CF, se não definida, na lei complementar, a referida incidência.”

Destarte, após debruçar-me no exame das teses conflitantes, entendo, data venia do ínclito relator, e não obstante a orientação contrária da Suprema Corte, que não se aplica ao arrendamento mercantil, contrato típico que é, distinto da locação de bens móveis, o ítem 52 da lista de serviços anexa ao DL. 406/68.

Conheço do recurso pelas letras a e c do artigo 105 da Constituição Federal, e lhe dou provimento.

#### **Voto-Vista**

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO:-Sr. Presidente, a questão diz respeito ao reconhecimento da não incidência tributária do ISS sobre operações relativas aos contratos denominados de “**leasing**”.

O Eminente Ministro-Relator proferiu um brilhante voto em que analisou em profundidade a matéria, baseando-se inclusive num precedente do Supremo Tribunal Federal, do qual foi Relator o Ministro Rafael Mayer.

Depois de abordar os vários aspectos do tema, S.Exa.concluiu no sentido de sustentar, conclusivamente, o seguinte:(lê)

"Diante dos argumentos apresentados pelas duas correntes do dissídio configurado, convenço-me de que, embora não correspondendo rigorosamente à figura clássica da locação,é o **leasing**, como modalidade do arrendamento mercantil, contrato que se caracteriza predominantemente pela locação de bens móveis, estando sujeito à incidência do ISS, quando ocorra a circunstância da prestação habitual de serviço da espécie. Daí porque não vejo razões para mudar o entendimento que vem sendo adotado pela Colenda 1ª Turma deste Tribunal, na esteira da jurisprudência da mais Alta Corte. Conhecido que foi o recurso, sou pela manutenção desta diretriz jurisprudencial".

Em suma, o ilustre Relator entende que o ISS incide sobre os chamados contratos de "leasing".

Dele dissentiu o Sr. Ministro Américo Luz,que também proferiu um brilhantíssimo voto. Não o lerei na sua íntegra, a fim de facilitar o nosso julgamento, porque estou mais preocupado em resumir a tese básica, mesmo porque todos os Colegas já conhecem o tema. Se houver necessidade, o lerei com grande prazer.

Em resumo, o Ministro Américo Luz abordou todos os aspectos da questão controvertida, com apoio em precedentes jurisprudenciais. No final, S.Exa. discordou do ilustre Relator, dizendo: (lê).

"Destarte, após debruçar-me no exame das teses conflitantes, entendo, data venia do inclito Relator, e não obstante a orientação contrária da Suprema Corte, que não se aplica ao arrendamento mercantil, contrato típico que é, distinto da locação de bens móveis, o item 52 da lista de serviços anexa ao DL 406/68".

Em tal contexto, toda questão concerne em saber se o contrato de "leasing" inclui-se ou não no item 52 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68. Essa é a grande controvérsia. E, para dirimí-la, creio que o tema há de ser enfocado sob dois ângulos: se se trata de caso de interpretação do texto legal ou se se trata de fazer analogia, diante do texto legal. Esse, no meu ponto de vista, é o aspecto básico. Interpretar o texto legal significa delimitar o seu sentido e seu alcance. Fazer analogia significa procurar pontos comuns em coisas diversas.



Identificar pontos de semelhança em leis diversas.

Vejamos: o que seria o contrato de "leasing"?

Contrato de "leasing", conforme sabemos, se pudermos seccioná-lo, envolve algo parecido com contrato de locação, mais o contrato de financiamento e, afinal, até mesmo, a possibilidade de um contrato de compra e venda.

Então, temos, com as ressalvas quanto à locação, pelo menos três contratos englobados no chamado contrato de "leasing": contrato de locação, contrato de financiamento e contrato de compra e venda. Para aqueles que preferem dar interpretação compreensiva ao texto, há uma preponderância de contrato de locação, daí, o seu enquadramento na mencionada lista de serviços; outros, ao contrário, sustentam que há uma predominância do contrato de financiamento, daí que o enquadramento não ocorreria tratando-se de contrato típico.

Assumindo posição sobre a controvérsia, afigura-se-me que sem se recorrer à analogia não é possível concluir, no caso, pela incidência do tributo. E porque, na hipótese, se trata de analogia. Explico. Fazer analogia significa procurar pontos comuns em coisas diversas. Considerando-se um determinado objeto, cujos elementos constitutivos fundamentais são A, B e C. E outro objeto cujos elementos constitutivos sejam A', B' e C'. São elementos sem os quais deixariam de existir como tais, pois lhes são identificadores. Comparando os dois objetos, através de seus elementos constitutivos comuns, podemos ter três tipos de relação: relação de identidade, quando há uma correspondência entre esses elementos constitutivos comuns; uma relação de diversidade, quando não há correspondência entre os elementos constitutivos comuns; e relação de analogia ou similaridade, quando há pontos comuns e pontos diversos. É o caso típico da conexão de Direito Processual: quando comparamos duas ações, se têm as mesmas partes, causas de pedir e objetos, são idênticas; se não têm, são diversas; se têm alguns pontos comuns relativamente a esses elementos e outros diversos a relação é de analogia que, processualmente, se chama conexão.

Exercitando esse raciocínio, verificamos que o contrato de "leasing" compõe-se de dois contratos pelos menos: um parecido com o de locação e outro de financiamento. Mas, alguns entendem que há, até mesmo, um terceiro contrato, o de compra e venda, se afinal, o beneficiário do financiamento quiser adquirir a coisa. Então, são três os contratos.

Comparando o contrato de locação com o de "leasing" podemos verificar, com muita boa vontade, que o máximo que há entre eles é uma relação de analogia, na parte pertinente, à locação. Com relação ao financiamento, ninguém jamais irá sustentar que o contrato de locação implica contrato de financiamento. Isso não é da natureza do contrato de locação. Tratando-se de analogia e não de interpretação compreensiva penso que não é possível que se tribute sem lei. A propósito, é expresso o § 1º do art. 108 do C.T.N.: "o emprego da analogia não pode resultar na exigência de tributo não previsto em lei". E, no caso, não há lei que permita fazer incidir o ISS sobre operações decorrentes de contrato de "leasing". Tanto assim que se promulgou a Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, alterando a Lista de Serviços que acompanha o Decreto-lei 406, de 31 de dezembro de 1968, dela constando o item 79 com a seguinte redação: "Locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil" (grifei). Como se sabe o item 52 da referida lista, com a redação anterior à citada lei, falava simplesmente em "locação de bens móveis", sem se referir a "arrendamento mercantil". Todavia, a espécie refere-se a hipóteses ocorridas anteriormente à referida lei.

Com essas breves observações e com a devida vênia ao Ilustre Relator que proferiu um voto muito bem fundamentado, tendo em vista a argumentação antes expendida, acompanho o voto do Sr. Ministro Américo Luz.

### **Voto-Vista**

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO:

Para renovar a questão vou ler o relatório e o voto do eminente Ministro Demócrito Reinaldo (Iê). Divergindo do relator e por conseguinte recebendo os embargos votaram os Senhores Ministros Américo Luz e Pádua Ribeiro. Faço agora meu pronunciamento sobre a controvérsia. Esta Colenda 1ª Seção nos Embargos de Divergência no REsp nº 2.732 publicado no DJ de 25.11.91 decidiu pela in incidência do ISS nos contratos de leasing em acórdão exteriorizado nesta ementa:

"TRIBUTÁRIO. CONTRATOS DE LEASING. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISS). Os contratos da espécie não constituem fato gerador do tributo em referência, já que têm por traço fundamental a operação de financiamento neles contida e não a utilização temporária do bem, não sendo por outro

motivo que estão sistematicamente vinculados a uma instituição financeira, nem tampouco, que tais operações são regulamentadas e fiscalizadas pelo Banco Central.

De outra parte, ainda que pudessem ser assimilados à locação, não se prestariam para tal, já que a locação não se confunde com prestação de serviço.

Embargos acolhidos.”

Sendo relator o eminente Ministro Ilmar Galvão com a adesão dos Senhores Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz. E vencidos eu, o eminente Ministro Garcia Vieira e o saudoso Ministro Geraldo Sobral. Com a modificação na composição dos integrantes da Seção com o ingresso de novos Ministros seria conveniente rever aquela decisão, pois à época já se achava em vigor a Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, que ampliou significativamente a lista de serviços inclusive o **leasing**. Assim tanto naquele caso como neste incidiu a norma do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe:

“A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Sendo assim, a Lei Complementar retrocitada incidiu inclusive nas situações anteriormente a sua promulgação respeitado é claro as exceções. Do ponto vista legal é devido o ISS nos contratos de **leasing** como também já era igualmente devido, apesar da lista ser taxativa, mas cada item comporta interpretação ampla e abrangente segundo a jurisprudência firmada pelo STF na análise pormenorizada do eminente Ministro Oscar Correa no RE 104571-0 publicado no DJ de 24.05.85. Tal entendimento veio a ser reafirmado por sua Excelência e publicado na RTJ vol. 117, pág. 1353 “verbis”:

“No mais, cinge-se a controvérsia à lista de serviços dos Decretos-leis nºs 406/68 e 834/65, sua extensão e abrangência. Quanto a isto reafirma-se a tese do acórdão, que esta Corte referenda, de que se a lista de serviços é taxativa, admite interpretação extensiva, nos moldes em que o tem decidido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tivemos oportunidade de resumir no RE 104571 (Sessão de 30.04.85), com o apoio da Turma.”

Pelo exposto, rejeito os embargos acompanhando o eminente relator,

embora reconhecendo os valiosos fundamentos dos que votaram diferentemente.

É o meu voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO**

**PRIMEIRA SEÇÃO**

**Nr. Registro: 90/0013859-0**

**ERESP 00000836-0/SP**

**EM PAUTA**

**JULGADO: 07/12/1993**

**Relator**

**Exmo. Sr. Min. DEMÓCRITO REINALDO**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Min. AMÉRICO LUZ**

**Subprocurador Geral da República**

**EXMO. SR. DR. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA**

**Secretário (a)**

**BEL. JOÃO PEREIRA FILHO**

**AUTUAÇÃO**

**EMBT: CREFILEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL**

**ADVOGADO: HAMILTON DIAS DE SOUZA E OUTROS**

**EMBD: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**

**ADVOGADO: CARLOS ROBICHEZ PENNA E OUTRO**

**Certidão**

Certifico que a Egrégia PRIMEIRA SEÇÃO ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José de Jesus, a Seção, por maioria, rejeitou os embargos: vencidos os Srs. Ministros Américo Luz e Antonio de Padua Ribeiro (votos anteriores proferidos na presidência do Ministro Pedro Acioli).”

Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, José de Jesus (voto vista), Garcia Vieira, Helio Mosimann e Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Américo Luz.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 7 de dezembro de 1993.

**SECRETÁRIO(A)**

**Recurso Especial nº 17.552-São Paulo  
(92.0001706-1)**

**Relatório**

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: - Trata-se de ação anulatória de débito fiscal proposta por POLE TEL FILMES EMPREENDIMENTOS LTDA contra a PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, alegando que exerce duas atividades, ou seja, distribuidora de filmes, intermediária entre o produtor cinematográfico e o exibidor, e cessionária de direitos, relativos a filmes adquiridos do produtor, mediante contratos de cessão de direitos, para exploração da obra.

Sustenta, em suma, que, nessa segunda modalidade, não está sujeita à incidência do ISS, por não figurar na lista de serviços tributáveis.

A sentença (fls. 757-762) julgou a ação improcedente por entender que a atividade descrita pela autora como cessão de direitos sobre a obra cinematográfica é, na realidade, locação de bens móveis, sujeita à tributação do ISS.

O v. acórdão da Nona Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, integrado pelo proferido nos embargos declaratórios interpostos, confirmou a sentença, negando provimento à apelação manifestada pela autora (fls.900-905).

Contra o referido aresto, a autora manifestou recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, letras "a", "b", e "c", da Constituição Federal, sob a alegação de ofensa aos artigos 50, 649 e 1.188 do Código Civil, aos artigos 2º, 3º, 6º, IV, 13, 15, 21, 37,38, 49 e 84, § 2º, da Lei nº 5.988/73 e ao artigo 108, § 1º, do Código Tributário Nacional, afronta ao disposto no artigo 8º, e sua lista anexa, do Decreto-lei nº 406/68, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei nº 834/69, além de dissídio jurisprudencial.

Contra-arrazoado (fls. 984-991), o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 994-996), subiu a esta Corte, onde os autos vieram-me distribuídos.

É o relatório.

### **Ementa**

Tributário. Imposto sobre serviços (ISS). Distribuição de filmes cinematográficos. Hipótese que não configura contrato de cessão de direitos autorais.

I - No caso, a autora não adquire a obra em si, mas apenas um dos direitos inerentes à propriedade, qual seja o de distribuí-la por cinco anos, mediante receita determinável e, por outro lado, os contratos que firma com as exibidoras constituem locação de bem móvel, que, em última análise, não passa de distribuição de filmes cinematográficos, não se tratando, pois, de cessão de direitos autorais. Hipótese que se subsume ao item 52 da Tabela de Serviços anexa do Decreto-lei nº 406, de 1968, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 834, de 1969.

II - Recurso especial conhecido, mas desprovido.

### **Voto**

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (RELATOR): - No despacho em que admitiu o recurso especial, aduziu o ilustre Presidente do Egrégio Tribunal a quo, Juiz Osvaldo Caron (fls. 995-996):

"2. Desmerece prosperar a irrisignação no tocante à alínea "a" do permissivo constitucional.

Os dispositivos arrolados atinentes ao Código Civil, Código Tributário e à lei que rege o direito autoral não foram violados pela v. decisão recorrida, pois decidiu-se a questão analisando a natureza jurídica da atividade exercida pela recorrente, entendendo que não é pelo fato de se ter denominado tal ato como cessão de direitos autorais, que

ficaria descaracterizada a simples distribuição de filmes para televisão, serviço este prestado ao proprietário da obra cinematográfica, mediante comissão sobre os direitos de exibição pagos pelo exibidor.

Tal atividade, que consoante bem assinalou a r. sentença, citando doutrina de peso, caracteriza-se pela presença de elementos essenciais, a saber: entrega do bem móvel, cessão por tempo determinado e a remuneração, é definida como locação de coisa móvel, não se vislumbrando, portanto, a ilegalidade na tributação do serviço controvertido.

3. Doutro turno, em face da argumentação expendida, não se entrevê a ilegalidade do ato do governo local que autuou a ora recorrente pelo não pagamento de ISS, que, conforme argumenta a recorrente, teria violado a lei federal, pois, ao revés do pretendido, encontra-se o ato em conformidade com as normas que regem a tributação das atividades descritas nas Listas de Serviços.

4. Aconselhável, porém, a manifestação do Superior Tribunal de Justiça, no que tange ao apontado dissídio jurisprudencial.

De fato, enquanto a douda Turma Julgadora entende que a atividade descrita pela recorrente, como cessão de direitos sobre a obra cinematográfica é, na realidade, locação de bens móveis e, portanto, sujeita à tributação pelo ISS, os paradigmas invocados, enfocando hipótese semelhante, decidiram pela não incidência do imposto, na hipótese de cessão de direito de seus filmes ou de outros, a terceiros.

Observado o disposto no artigo 255 e seus parágrafos do RISTJ (Emenda Regimental nº 1/91) viabiliza-se o seguimento do recurso especial.

5. Isto posto, defiro o recurso especial pelo pressuposto da alínea "c" do permissivo constitucional."

Correta a transcrita decisão quando não identificou, no caso, ofensa aos textos colacionados da legislação federal e reconheceu a ocorrência do dissídio pretoriano.

Conheço, pois, do recurso.



No mérito, porém, nego-lhe provimento. Com efeito, ao decidir a causa, argumentou a sentença (fls.758-761):

"A autora objetiva desconstituir autos de infração lavrados por agentes da ré, afirmando não estar sujeita à incidência do imposto sobre serviços, sua atividade de cessionária de filmes cinematográficos porque através dessa operação subroga-se nos direitos do autor da obra intelectual, não passível de tributação.

A ré sustenta a incidência do discutido tributo porque, embora rotulados de cessão os contratos de que se origina o direito controvertido, não passam de simples locação de bens móveis como é considerado o direito do autor.

Os documentos colacionados pelos técnicos e integrantes do laudo, particularmente as folhas 587/599, 619/631, 648/678 e 695/715 constituem-se nas cessões discutidas. Do conteúdo deles extrai-se que as empresas produtoras de filmes cinematográficos cedem os direitos de exploração comercial das películas pelo prazo de cinco anos, mediante a remuneração correspondente a 40% da receita bruta, a título de comissão pela distribuição dos filmes. Portanto a autora adquire do produtor estrangeiro o direito de exploração da obra por período determinado, mediante remuneração e não-só isso. Em hipótese alguma os contratos aludidos sugerem ocorrer a cessão do direito do autor da obra intelectual; apenas há uma espécie de permissão onerosa de uso, um dentre muitos atributos da citação imaterial materializada, ou quando muito, uma espécie de locação. O contrato é atípico.

A par disso, não tem grande relevância para o desfecho da causa o relacionamento jurídico entre o produtor estrangeiro da obra e sua distribuidora; apenas importa na medida em que se conclui que a autora da ação não adquire a obra em si, mas apenas um dos direitos inerentes à propriedade dela, qual seja, o de distribuí-la por cinco anos, mediante uma receita determinável.

De outro lado, os documentos acostados as folhas 580/586, 612/617, 643/647 e 684/694 representam o relacionamento jurídico existente entre a distribuidora das películas cinematográficas e as empresas

veiculadoras. O conteúdo deles revela constituírem-se em autênticos e típicos contratos de locação de coisa móvel, por prazo determinado e mediante o pagamento de um preço fixo. Aliás, nem mascarados se acham; estão denominados, mesmo, de contratos de locação celebrados entre locadora (distribuidora) e locatários (exibidoras-veiculadoras).

Convém destacar que em passagem alguma dos autos foi questionada a natureza de bem móvel que detêm o filme cinematográfico e a obra de seu autor, tomando indubitosa essa conceituação jurídica.

Ora, a atividade controvertida é autêntica locação de bem móvel que, em última análise, não passa de distribuição de filme cinematográfico.

Para Bernardo Ribeiro de Moraes (Doutrina e Prática do ISS, ED . RT 1975, pg. 370) a locação de bens móveis caracteriza-se pela presença dos elementos essenciais, a saber: entrega de bem móvel, cessão por tempo determinado e remuneração. Os três estão presentes nas operações de cessão realizadas pela autora, como já foi demonstrado.

A locação de bem móvel é atividade elencada no item LV da lista municipal de serviços, código 7625 e a distribuição de filmes cinematográficos no item LXIV do mesmo rol anexo ao decreto-lei nº 406/68.

Logo, o ISS incide sobre as atividades da autora, sendo devido o tributo, decorre, portanto, serem hígidos os autos de infração que se pretende desconstituir.”

E, ao confirmar a sentença, aduziu o acórdão recorrido (fls.903-904):

“O serviço, na distribuição, é prestado ao proprietário da obra cinematográfica, mediante comissão sobre os direitos de exibição pagos pelo exibidor.

E aqui não se pode afirmar que o prestador do serviço e o dono da obra se confundem na mesma pessoa, o distribuidor, que prestaria, então, serviço a si mesmo, e não a terceiro.

A leitura dos contratos firmados pela apelante, leva à conclusão de que se trata, tão-somente, de ajuste para licenciamento exclusivo,

para exibição, dos espetáculos gravados em filmes ou outros dispositivos.

Como ressaltado na r. sentença recorrida, a autora não adquire obra em si, mas apenas um dos direitos inerentes à propriedade, qual seja, o de distribuí-la por cinco anos, mediante uma receita determinável e, por outro lado, os contratos que firma com as exibidoras constituem locação de bem móvel que, em última análise, não passa de distribuição de filmes cinematográficos.

As atividades da apelante sujeitam-se à tributação do imposto municipal controvertido nestes autos.

Por outro lado, não cabe pleitear nulidade dos autos de infração por motivos outros, não deduzidos na inicial, tal como o alegado erro na base de cálculo, questão que poderá ser abordada em eventual embargos à execução fiscal."

Do estudo a que procedi dos autos, cheguei à mesma conclusão. A hipótese enquadra-se como mera "locação de coisas móveis", hipótese enquadrada no item 52 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei nº 406, de 1968, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 834, de 1969.

Isto posto, em conclusão, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

*RELATOR: SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO*  
*RECORRENTE: POLE - TEL FILMES E EMPREENDIMENTOS LTDA*  
*ADVOGADOS: DR. CARLOS HENRIQUE DE MATTOS FRANCO E*  
*OUTROS*  
*RECORRIDA: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO*  
*ADVOGADOS: DRª. CLÁUDIA ADRI DE VASCONCELOS E OUTROS*

### ***Ementa***

**TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS). DISTRIBUIÇÃO DE FILMES CINEMATOGRAFICOS. HIPÓTESE QUE NÃO CONFIGURA CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS.**

I - No caso, a autora não adquire a obra em si, mas apenas um dos direitos inerentes à propriedade, qual seja o de distribuí-la por cinco anos, mediante receita determinável e, por outro lado, os contratos que firma com as exibidoras constituem locação de bem móvel, que, em última análise, não passa de distribuição de filmes cinematográficos, não se tratando, pois, de cessão de direitos autorais. Hipótese que se subsume ao item 52 da Tabela de Serviços anexa do Decreto-lei nº 406, de 1968, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 834, de 1969.

II - Recurso especial conhecido, mas desprovido.

### ***Acórdão***

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Decide a Segunda Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimidade, conhecer do recurso mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann e Peçanha Martins.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Américo Luz e José de Jesus.

Brasília, 20 de outubro de 1993 (data do julgamento).

**MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO**

**Presidente e Relator**

**Recurso Especial Nº 2.977 - SP -  
(90.0004160-0)**

RELATOR: O EXMO SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO  
RECORRENTE: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO  
RECORRIDO: SOCIEDADE PAULISTA DE TROTE

**Relatório**

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (RELATOR):  
Recurso Extraordinário, convertido em Especial, interposto pelo Município de São Paulo nos autos dos Embargos à Execução em que contende com a Sociedade Paulista de Trote com base no disposto no art.119, III, alínea "a" da antiga Constituição Federal, hoje art. 105, III, também alínea "a".

Pretende o Recorrente ter havido interrupção da prescrição do crédito tributário, relativo ao IMPOSTO TERRITORIAL do exercício de 1978.

A sentença, afastando a incidência do art. 4º da Lei nº 6.830/80, declarou a prescrição (fls. 56/57).

O acórdão, em grau de embargos infringentes, do Tribunal de Alçada Civil - 1ª Câmara, entendeu fixado o termo inicial da prescrição no dia 13/04/78 a quando do lançamento e, como a distribuição do feito ocorrera em dezembro de 1979, antes da vigência da Lei nº 6.830/80, inaplicável seria ao caso dos autos. Ainda assim não fosse, haveria a prescrição intercorrente entre a data da lei (22/09/80) e a citação, ocorrida em 22/11/85 (fls. 106/108).

Sustenta o Recorrente negativa de vigência aos artigos 42 e 8º § 2º da Lei nº 6.830/80. Ao art. 42, porque a Lei nº 6.830/80 entrou em vigor no dia 24/12/80 e não haveria a prescrição intercorrente aventada no acórdão. Ao art. 8º § 2º, quando afirma que a lei processual (L. 6.830/80) passou a "disciplinar situações futuras sem que se possa dar a ato processual praticado anteriormente à sua vigência efeito de interrupção de prescrição". (fls. 110/114).

Despacho admitindo o recurso (fls. 146/147).

Contra-razões às fls. 141/145.  
É o relatório.

MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

### **Voto**

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (RELATOR): A execução para cobrança do IPTU foi distribuída no dia 28.12.1979 (fls. 80). No mesmo dia, expediu-se o mandado de citação (fls. 80). Aos 22.11.1985, ocorreu a devolução do mandado, noticiando a citação verificada no dia 05.09.1985 (fls. 80/81).

O mandado foi entregue ao Oficial de Justiça aos 18.05.81 (fls. 4, apensos). Certidão de fls. 5/6, apensos, noticia que o mandado foi desentranhado no dia 24 de agosto de 1984, com certidão do Cartório de Imóveis.

Às fls. 11, apensos, despacho do MM. Juiz, cobrando o mandado para anotações e aditamento, determinando que, em razão da alienação do imóvel, a ação deveria prosseguir contra a Sociedade Paulista de Trote.

O respectivo mandado foi expedido no dia 24 de agosto de 1984 (fls. 13, apensos), cumprido aos 30.09.1985 (fls. 23, apensos).

**Data venia**, não ocorreu a prescrição, como eruditamente fundamentou o douto voto vencido.

Com efeito, colhe-se dos autos que o Recorrente ingressou tempestivamente em juízo. Houve, é certo, largo tempo para efetivar-se a citação. Observo, no entanto, que o Exequente diligenciou para que acontecesse. Tanto assim, que, posteriormente, comunicou ao juízo a alienação do imóvel, o que levou o MM. Juiz a aditar o mandado para incluir o comprador na relação processual.

“Considera-se proposta a ação, tanto que a petição seja despachada pelo juiz ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara” (CPC, art. 263).

A parte não pode ser sacrificada pela demora na burocracia judiciária. A jurisprudência, sensível ao fato, consagrou não ocorrer a prescrição demonstrado que a parte não dera demonstração de desinteresse no prosseguimento da ação.

Aliás, a Súmula 78 do TFR ostentava este enunciado:

"Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento de prescrição."

Paralelamente a essas considerações, chame-se à colação a Lei 6.830, de 22.09.80. O § 2º do art. 8º comanda:

"O despacho do juiz, que ordenara a citação, interrompe a prescrição."

Sem dúvida, a norma especial rege o caso **sub judice**. Em se tratando de norma processual, tem incidência imediata, garantindo a higidez do direito do Exeqüente.

A referida lei entrou em vigor noventa dias após a data da publicação, ou seja, em dezembro de 1980.

Evidentemente, o despacho que ordenara a citação, a partir de então, passou a gozar daquele efeito. Seria formalismo excessivo exigir que outro fosse lançado pelo juiz.

Assim, Senhor Presidente, dou provimento ao Recurso Especial para que a execução fiscal prossiga como for de Direito.

MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

#### ***Extrato da Minuta***

REsp nº 2.977 - SP (90.0004160-0) - Relator: O Exmº. Sr. Ministro **Vicente Cernicchiaro**. Recorrente: Municipalidade de São Paulo. Recorrida: Sociedade Paulista de Trote. Advogados: Drs. João Baptista Campi e outro e Armando Acquesta e outros.

**Decisão:** A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 30.05.90 - 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Ilmar Galvão.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Velloso.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Américo Luz.

Adriana Ávila de Bessa Freire

Oficial de Gabinete

**Ementa****RECURSO ESPECIAL.PRESCRIÇÃO**

Proposta a ação no prazo legal, demora na citação, decorrente de dificuldade para efetivá-la, não provocada pelo autor, impede o acolhimento da prescrição. Ademais, considera-se proposta a ação, tanto que a petição seja despachada pelo juiz ou distribuída, onde houver mais de uma vara.

**Acórdão**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de maio de 1990 (data do julgamento).

**MINISTRO AMÉRICO LUZ, PRESIDENTE**

**MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO, RELATOR**



**Recurso Especial Nº 2.977 - SP -  
(90.0004160-0)**

RELATOR: O EXMº SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO  
RECORRENTE: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO  
RECORRIDO: SOCIEDADE PAULISTA DE TROTE

**Relatório**

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (RELATOR):  
Recurso Extraordinário, convertido em Especial, interposto pelo Município de São Paulo nos autos dos Embargos à Execução em que contende com a Sociedade Paulista de Trote com base no disposto no art.119, III, alínea "a" da antiga Constituição Federal, hoje art. 105, III, também alínea "a".

Pretende o Recorrente ter havido interrupção da prescrição do crédito tributário, relativo ao IMPOSTO TERRITORIAL do exercício de 1978.

A sentença, afastando a incidência do art. 4º da Lei nº 6.830/80, declarou a prescrição (fls. 56/57).

O acórdão, em grau de embargos infringentes, do Tribunal de Alçada Civil - 1ª Câmara, entendeu fixado o termo inicial da prescrição no dia 13/04/78 a quando do lançamento e, como a distribuição do feito ocorrera em dezembro de 1979, antes da vigência da Lei nº 6.830/80, inaplicável seria ao caso dos autos. Ainda assim não fosse, haveria a prescrição intercorrente entre a data da lei (22/09/80) e a citação, ocorrida em 22/11/85 (fls. 106/108).

Sustenta o Recorrente negativa de vigência aos artigos 42 e 8º § 2º da Lei nº 6.830/80. Ao art. 42, porque a Lei nº 6.830/80 entrou em vigor no dia 24/12/80 e não haveria a prescrição intercorrente aventada no acórdão. Ao art. 8º § 2º, quando afirma que a lei processual (L. 6.830/80) passou a "disciplinar situações futuras sem que se possa dar a ato processual praticado anteriormente à sua vigência efeito de interrupção de prescrição". (fls. 110/114).

Despacho admitindo o recurso (fls. 146/147).

Contra-razões às fls. 141/145.

É o relatório.

MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

### **Voto**

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO (RELATOR): A execução para cobrança do IPTU foi distribuída no dia 28.12.1979 (fls. 80). No mesmo dia, expediu-se o mandado de citação (fls. 80). Aos 22.11.1985, ocorreu a devolução do mandado, noticiando a citação verificada no dia 05.09.1985 (fls. 80/81).

O mandado foi entregue ao Oficial de Justiça aos 18.05.81 (fls. 4, apensos). Certidão de fls. 5/6, apensos, noticia que o mandado foi desentranhado no dia 24 de agosto de 1984, com certidão do Cartório de Imóveis.

Às fls. 11, apensos, despacho do MM. Juiz, cobrando o mandado para anotações e aditamento, determinando que, em razão da alienação do imóvel, a ação deveria prosseguir contra a Sociedade Paulista de Trote.

O respectivo mandado foi expedido no dia 24 de agosto de 1984 (fls. 13, apensos), cumprido aos 30.09.1985 (fls. 23, apensos).

**Data venia**, não ocorreu a prescrição, como eruditamente fundamentou o douto voto vencido.

Com efeito, colhe-se dos autos que o Recorrente ingressou tempestivamente em juízo. Houve, é certo, largo tempo para efetivar-se a citação. Observo, no entanto, que o Exeqüente diligenciou para que acontecesse. Tanto assim, que, posteriormente, comunicou ao juízo a alienação do imóvel, o que levou o MM. Juiz a aditar o mandado para incluir o comprador na relação processual.

“Considera-se proposta a ação, tanto que a petição seja despachada pelo juiz ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara” (CPC, art. 263).

A parte não pode ser sacrificada pela demora na burocracia judiciária. A jurisprudência, sensível ao fato, consagrou não ocorrer a prescrição demonstrado que a parte não dera demonstração de desinteresse no prosseguimento da ação.

Aliás, a Súmula 78 do TFR ostentava este enunciado:

"Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento de prescrição."

Paralelamente a essas considerações, chame-se à colação a Lei 6.830, de 22.09.80. O § 2º do art. 8º comanda:

"O despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição."

Sem dúvida, a norma especial rege o caso **sub judice**. Em se tratando de norma processual, tem incidência imediata, garantindo a higidez do direito do Exeqüente.

A referida lei entrou em vigor noventa dias após a data da publicação, ou seja, em dezembro de 1980.

Evidentemente, o despacho que ordenara a citação, a partir de então, passou a gozar daquele efeito. Seria formalismo excessivo exigir que outro fosse lançado pelo juiz.

Assim, Senhor Presidente, dou provimento ao Recurso Especial para que a execução fiscal prossiga como for de Direito.

MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

#### ***Extrato da Minuta***

REsp nº 2.977 - SP (90.0004160-0) - Relator: O Exmº. Sr. Ministro **Vicente Cernicchiaro**. Recorrente: Municipalidade de São Paulo. Recorrida: Sociedade Paulista de Trote. Advogados: Drs. João Baptista Campi e outro e Armando Acquesta e outros.

**Decisão:** A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator (em 30.05.90 - 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Américo Luz e Ilmar Galvão.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Carlos Velloso.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Américo Luz.

Adriana Ávila de Bessa Freire

Oficial de Gabinete

## ***Ementa***

### **RECURSO ESPECIAL.PRESCRIÇÃO**

Proposta a ação no prazo legal, demora na citação, decorrente de dificuldade para efetivá-la, não provocada pelo autor, impede o acolhimento da prescrição. Ademais, considera-se proposta a ação, tanto que a petição seja despachada pelo juiz ou distribuída, onde houver mais de uma vara.

## ***Acórdão***

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de maio de 1990 (data do julgamento).

**MINISTRO AMÉRICO LUZ, PRESIDENTE**

**MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO, RELATOR**

**Recurso Especial nº 42.439-9 - SP -  
(94.0000633-0)**

RELATOR: O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES  
DE BARROS  
RECORRENTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO  
RECORRIDA: COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO  
ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP  
ADVOGADOS: DRS. JOSÉ MARCOS SEQUEIRA DE  
CERQUEIRA E OLINDA DA SILVA ANTUNES  
E OUTROS

**Ementa**

**PROCESSUAL - EXECUTIVO FISCAL - INSCRIÇÕES DE  
DÍVIDAS ATIVAS PROVENIENTES DE TAXA E IMPOSTO -  
CERTIDÃO RELATIVA ÀS DUAS INSCRIÇÕES - EMBARGOS  
RECEBIDOS PARA DECLARAR IMPROCEDENTE A DÍVIDA  
ORIUNDA DO IMPOSTO - APROVEITAMENTO PARCIAL DA  
CERTIDÃO - CONTINUAÇÃO DO PROCESSO EXECUTIVO.**

Processo executivo fiscal instruído com certidão em que se comprovam duas inscrições em dívida ativa de origens diferentes: uma, proveniente de imposto; outra, oriunda de taxa. Declarada incobrável a parcela resultante de imposto, a Execução continuará, aproveitando-se a certidão, na parte relativa à taxa.

### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro Relator os Ministros Milton Luiz Pereira, César Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 17 de agosto de 1994 (data do julgamento).

**MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO, Presidente**

**MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator**

### **Relatório**

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Município de São Paulo intentou execução fiscal, contra Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Pretendia receber quantias provenientes de Imposto Predial Urbano (IPTU) e Taxas de Conservação e Limpeza.

A execução foi embargada.

Os Embargos foram recebidos parcialmente, para se declarar inviável a cobrança do Imposto. A execução continuaria, assim, no que se refere às taxas.

O E. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, dando provimento a recurso da Executada-embargante, declarou nula a execução e recebeu, por inteiro, os embargos (fls. 70 e segts.).

Para tanto, desenvolveu linha de raciocínio que assim pode ser resumida:

a) a Lei municipal 10.565/89 isentou a SABESP, do IPTU;

b) o título com que o Município instrumenta a execução (a certidão da dívida ativa) traduz quantia maior que a devida pela executada. Por isto, o título perdeu liquidez;

c) o Art. 618, I, do Código de Processo Civil declara nula a execução não fundada em título "líquido, certo e exigível";

d) a teor do CTN, Art. 203, qualquer vício na inscrição da dívida fiscal, torna-a nula;

e) o Município não utilizou a faculdade, que lhe concedia o Art. 203, de substituir a certidão defeituosa, em tempo oportuno;

f) a execução fiscal "não pode estar lastreada, senão em título líquido" (CPC Art. 508);

O Município, em recurso especial, imputa ao V. Acórdão, maltratos ao Art. 153 do Código Civil e divergência com decisão do Supremo Tribunal Federal. Esta, a lide.

PROCESSUAL - EXECUTIVO FISCAL - INSCRIÇÕES DE DÍVIDAS ATIVAS PROVENIENTES DE TAXA E IMPOSTO - CERTIDÃO RELATIVA ÀS DUAS INSCRIÇÕES - EMBARGOS RECEBIDOS PARA DECLARAR IMPROCEDENTE A DÍVIDA ORIUNDA DO IMPOSTO - APROVEITAMENTO PARCIAL DA CERTIDÃO - CONTINUAÇÃO DO PROCESSO EXECUTIVO.

Processo executivo fiscal instruído com certidão em que se comprovam duas inscrições em dívida ativa de origens diferentes: uma, proveniente de imposto; outra, oriunda de taxa. Declarada incobrável a parcela resultante de imposto, a Execução continuará, aproveitando-se a certidão, na parte relativa à taxa.

## **Voto**

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (RELATOR):  
O recurso merece conhecimento.

O V. Aresto trazido a confronto proclama tese simétrica àquela ungida pela  
Decisão recorrida. Nele se diz, in verbis:

"Não é nula a certidão de dívida ativa que contenha parcela  
indevida, se esta é perfeitamente destacável. Aplicação do Art.  
153 do Código Civil". (fl. 96)

Conheço, portanto, do apelo.

No mérito, o V. Acórdão recorrido foi vítima de um engano conceitual:  
confundiu título executivo com o documento que prova sua existência.

Título, em rigor técnico, é o fundamento de determinado direito.

No Direito das Sucessões é comum dizer-se que alguém é sucessor a  
**título universal**. No Direito das coisas, usa-se afirmar que a propriedade foi  
adquirida a título de comprador ou, de usucapião.

É muito comum engano que nos leva a confundir o título com o instrumento  
de sua prova.

Esta confusão ocorre, de forma evidente, quando nos referimos a um dos  
atributos essenciais da cidadania: o título de eleitor. Estamos acostumados a dizer  
que a apresentação do título de eleitor é indispensável para a inscrição em  
concurso público.

Por igual, lamentamos o aborrecimento de havermos "perdido o título  
eleitoral".

No entanto, a realidade é outra: o título, nós adquirimos, quando o Estado,  
através da Justiça Eleitoral, o reconhece e declara sua existência.

Quando perdemos o documento a que chamamos título, nem por isto,  
deixamos de ser eleitores. Simplesmente, ficamos em dificuldade de comprovar  
o STATUS, o Título.



Existem situações em que se opera correspondência absoluta, entre documento e título.

Destas, a mais corriqueira acontece no Direito Comercial, ou, precisamente, no instituto dos títulos de crédito.

Pelo fenômeno a que se denominou "materialização", a cédula em que se descreve o crédito encerra, nela própria, o fundamento do crédito contra o emitente ou aceitante. A causa da emissão é abstraída.

Se alguém perde uma nota promissória, poderá lamentar, dizendo, com exatidão: "perdi o título de meu direito".

No processo executivo, aparelhado em título de crédito, a desconstituição do documento implica no desaparecimento do próprio direito.

Já no processo executivo fiscal, o instrumento não é o título executivo, mas uma certidão de sua existência.

No dizer da Lei 6.830, de 22.9.80 (Art. 2º, § 1º), "o ato de controle administrativo da legalidade" do crédito fiscal é sua inscrição em registro mantido pela Procuradoria da Fazenda (ou órgão equivalente, nos Estados e Municípios).

Este registro insere na dívida ativa, a presunção de liquidez e certeza (Art. 3º). Ele é o título; o fundamento do crédito que o Estado mantém, para com o devedor.

O processo de execução, no entanto, não é instruído com o título, mas com uma certidão de sua existência (LEF, Art. 6º, § 1º).

Nada impede que, em um só documento certifique-se a existência de várias dívidas ativas.

Quando se opõe, à execução, mediante embargos, o executado pode agredir o título, ou sua certidão (que pode ser falsa, incompleta ou apresentar qualquer outra mazela).

Na hipótese ora examinada, a certidão noticiava que foram inscritas dívidas ativas relativas ao IPTU e a taxas municipais.

A Executada, em seus embargos, pediu se declarasse a nulidade da inscrição correspondente ao presumido débito por imposto. Não impugnou a

inscrição relativa às taxas.

A R. Sentença recebeu os embargos, para declarar nula a inscrição do crédito proveniente do imposto. Aquela relativa à taxa, permaneceu eficaz.

Se houvesse ocorrido de outra forma, a R. Sentença teria julgado **extra petitum**.

Assim, a R. Sentença recebeu os embargos, declarando incobráveis os supostos créditos provenientes de impostos lançados indevidamente.

Já os créditos oriundos de taxa, permanecem exigíveis.

No que respeita à certidão, ela nada sofreu: continuou a documentar a inscrição de dívidas ativas com diferentes procedências: impostos e taxas.

O V. Acórdão recorrido afirma que o Município recorrente deixou de salvar o processo, porque não exerceu a faculdade prevista no Art. 203, do CTN, substituindo a certidão nula.

Ora, na hipótese, não se cogitou de certidão nula.

Nula, foi a inscrição de dívida ativa proveniente de imposto lançado irregularmente. Não o certificado que a noticiou.

A certidão continua hábil e aproveitável, como instrumento de execução fiscal, na parcela da dívida ativa correspondente à taxa.

O processo de execução deve continuar, na parte que não objeto de embargos.

Dou provimento ao recurso.

**Certidão de Julgamento**  
**Primeira Turma**

Número Registro: 94 / 0000633-0

RESP 00042439-9/SP

Julgado: 17/08/1994

PAUTA: 10 / 08 / 1994

**Relator:**

Exmo. Sr. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS

**Presidente da Sessão:**

Exmo. Sr. Min. DEMÓCRITO REINALDO

**Subprocurador Geral da República:**

Exmo. Sr. DR. MIGUEL GUSKOW

**Secretário (a):**

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA SOATO

**AUTUAÇÃO**

RECTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: JOSÉ MARCOS SEQUEIRA DE CERQUEIRA

RECDO : COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO  
PAULO - SABESP

ADVOGADO: OLINDA DA SILVA ANTUNES E OUTROS

**Certidão**

Certifico que a Egrégia Primeira Turma ao apreciar o processo em

epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de agosto de 1994.

**Secretário: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha Soato**

**Tribunal de Justiça do Estado  
de São Paulo**

**Apelação Cível nº 219.649-2/0**

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 219.649-2/0, da Comarca de SÃO PAULO, em que é recorrente o JUÍZO EX OFFICIO, sendo apelantes e reciprocamente apeladas CONSTRUTORA FERREIRA DE SOUZA S/A e PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, dar parcial provimento aos recursos oficial e voluntário da expropriante e negar ao do expropriado.

Trata-se de ação expropriatória movida pela Prefeitura de São Paulo à Construtora Ferreira de Souza S/A, julgada procedente pela r. sentença de fls. 388/390, cujo relatório se adota, com a fixação da indenização em Cr\$3.846.337.713,00, acrescida de juros compensatórios de 12% ao ano, contados a partir da imissão na posse e calculados sobre o valor da diferença entre a oferta e a indenização final, além de juros moratórios de 6% a.a., contados do trânsito em julgado desta e calculados sobre a mesma diferença; a sentença, ainda, condenou a expropriante nas despesas processuais, honorários periciais e honorários advocatícios fixados em 6% sobre a diferença entre a oferta inicial e a indenização corrigida incluídos os juros; incidirá correção monetária sobre a indenização a partir da data do laudo (fev/92) a ser calculada de acordo com a Ordem de Serviço nº 01/91, até o efetivo pagamento (Súmula nº 561 do STF).

Apelaram ambas as partes.

A expropriada pede em seu recurso o aumento do percentual fixado a título de honorários advocatícios, que deve ser fixado entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre a diferença entre a oferta e a indenização.

A expropriante em seu recurso, salienta que o MM. Juiz "a quo" fixou a correção monetária sobre a indenização a partir da data do laudo; que em assim procedendo, houve-se com equívoco; aduz que a oferta é parte integrante do preço, e desse modo a sua correção até a data da avaliação é medida que se impõe; requer, ainda, que a base de cálculo da honorária seja fixada conforme a Súmula nº 617, do Supremo Tribunal Federal; pleiteia a exclusão da indenização dos lucros cessantes e por último ressalta que não é possível.

É, em síntese, o relatório.

O D. Magistrado incluiu na condenação, além do valor do bem expropriado, verba correspondente a lucros cessantes. Essa verba não é devida em processo expropriatório, conforme jurisprudência colacionada pela expropriante, em suas razões de recurso, e seu "quantum", acaso existente, só por ação ordinária poderá ser decidido.

Mantém-se a indenização fixada pela sentença, com exclusão da verba referente a lucros cessantes.

Ao resultado da indenização chegou o perito judicial em bem elaborado laudo, que obedeceu as normas fixadas pelo IBAPE para avaliações dessa natureza, não merecendo ele, portanto, as críticas dos assistentes.

Por outro lado, nos esclarecimentos que prestou, o perito respondeu, com vantagens às críticas formuladas, e, portanto, seu laudo é mantido, com exclusão apenas da verba de lucros cessantes.

A verba honorária fixada em 6% não comporta majoração, considerando o elevado valor da indenização.

A oferta será corrigida para todos fins.

Dá-se provimento parcial ao apelo da Prefeitura e, na mesma extensão, ao recurso de ofício, mantida, no mais, a sentença.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO SHINTATE (Presidente), com voto vencido em parte, CORRÊA VIANNA, com voto vencedor.

São Paulo, 14 de dezembro de 1993.

**Benedicto Camargo** - Relator

**Corrêa Vianna** - Vencedor, com declaração de voto em separado

**Paulo Shintate** - Vencido em parte, com declaração de voto em separado.

#### ***Declaração de Voto Vencedor***

Com relação ao apelo da expropriada, não há divergência. A orientação desta Câmara, em se tratando de Fazenda Pública, admite o percentual de 6%, mormente considerando o elevado valor da indenização.

Nega-se provimento.

Quanto à correção da oferta, a matéria está uniformizada: será corrigida

para todos os fins (RJTJESP 95/358).

No que tange aos lucros cessantes, com inteira razão o assistente da autora (fls. 269 e seguintes). A existência de um projeto para construção de casas não significa que a expropriada teria, necessariamente, o lucro previsto. A crise brasileira vem de longe, a época é de clara recessão, pelo que não passa de mera suposição a afirmativa do perito de que o lucro líquido seria de Cr\$5.706.888.021,00 (fl. 186). Indicou essa quantia como poderia ter indicado qualquer outra. Não há segurança alguma de que os imóveis seriam todos vendidos, que as prestações seriam pagas, ou as reais condições do negócio. Atribuir a parcela de "lucros cessantes" à ré seria o mesmo que pagar, às custas dos cofres públicos, o resultado de um hipotético empreendimento e, por incrível que pareça, sem nenhum risco à construtora. Como é sabido, esta situação é irreal no Brasil de hoje, sem prejuízo de que o interessado, por ação direta, e comprovando o que efetivamente deixou de lucrar, venha a pleitear seus direitos.

Nos termos em que colocado o pedido, fica-se ainda com a entendimento da Suprema Corte: "não cabe o pagamento de lucros cessantes no cômputo da indenização devida ao expropriado" (RDA 102/192).

No mesmo sentido, conferir: RDA 31/268, RTJ 86/512, RT 523/171, 550/180, etc.

Assim, acompanhando o Relator, dou provimento parcial ao apelo da Prefeitura e, na mesma extensão, à remessa oficial.

**Corrêa Vianna**

### ***Declaração de Voto Vencido em Parte***

"Data venia" da Douta Maioria pelo meu voto dava parcial provimento aos recursos, oficial e voluntário da Municipalidade, para determinar a correção da oferta depositada para todos os fins, e excluir da incidência do juro compensatório sobre os lucros cessantes.



Negava provimento ao recurso de expropriada.

A indenização foi bem fixada com base no laudo, e as críticas dos assistentes foram bem rebatidas pelo perito, que apenas corrigiu parcialmente o laudo no tangente à parte aceita das críticas.

Quanto aos lucros cessantes, no caso concreto, eles são indenizáveis, independentemente de juro compensatório, que tem fundamento diverso.

A expropriada é proprietária de três quadras e tinha projetado a incorporação com a construção de 460 apartamentos e os contratos previam rendimentos a que a expropriada teria com a implementação da incorporação imobiliária.

Com a desapropriação, a expropriada deixará de perceber os ganhos.

E esses lucros cessantes podem ser deferidos em ação expropriatória se causados ao próprio proprietário do imóvel expropriado, e o dano decorrer do ato expropriatório.

E o deferimento do juro compensatório não constitui objeção séria a afastar o direito ao lucro cessante, porque o juro compensatório tem fundamento diverso: perda da posse antes do recebimento da indenização que deveria ser prévia.

Apenas se exclui da incidência do juro compensatório o valor dos lucros cessantes, porque não se trata de indenização pelo imóvel, mas de indenização decorrente de dano causado com a expropriação.

No mais, a r. sentença fica confirmada.

A verba honorária advocatícia deferida de 6% remunera satisfatoriamente o trabalho do patrono da expropriada, em face do valor considerável da indenização, não comportando a pretendida majoração.

**Paulo Shintate**

**Apelação Cível nº 220.798-2/2**

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 220.798-2/2, da Comarca de SÃO PAULO, em que são apelantes e reciprocamente apeladas COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP e a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Sétima Câmara Civil de Férias do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento integral ao agravo retido, e parcial ao recurso interposto pela ré; improvido o recurso da Autora, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas na forma da lei.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY CAMILO (Presidente) e ROBERTO STUCCHI, com votos vencedores.

São Paulo, 04 de fevereiro de 1994.

**RUY COPPOLA**

Relator

Apelação nº 220.798-2 - São Paulo

Apelante : SABESP - Cia. de Saneamento Básico de São Paulo e

Prefeitura Municipal de São Paulo

Apelados : Os mesmos

Relator : Juiz RUY COPPOLA

Voto nº : 266

Visto.

Trata-se de ação de indenização por apossamento administrativo, julgada procedente pela r. sentença de fls.226/233, cujo relatório se adota, fixado o valor da indenização em Cr\$ 36.314.000,00 (trinta e seis milhões, trezentos e catorze mil cruzeiros), juros compensatórios a partir da ocupação, juros moratórios a partir da citação, prevalecendo ambos até o efetivo pagamento, com correção monetária a partir do laudo, além de carrear à ré o pagamento das custas e despesas processuais, honorários do perito e assistentes e honorária advocatícia de 10% sobre o total de indenização atualizada.

Apela a ré, SABESP, pleiteando: exame do agravo retido interposto contra a fixação dos honorários do perito; não ser devida indenização pois a área é de uso comum e não próprio municipal, não tendo havido desfaique patrimonial da autora, uma vez que a obra realizada tem exclusivo caráter de serviço público; redução do valor da indenização, observando que o magistrado fixou a condenação em quantia superior ao que concluiu o perito judicial; que os juros moratórios sejam contados não a partir da citação, mas do trânsito em julgado da sentença; redução da verba honorária para 6% (fls. 235/249).

Apela a autora, Municipalidade de São Paulo, pedindo a elevação da honorária advocatícia para 20% (fls. 251/253).

Os recursos foram contra-arrazoados e bem processados.

Preparo anotado.

É o Relatório.

A ação é de indenização por apossamento administrativo: desapropriação indireta.

Examina-se, primeiro, o agravo retido interposto pela ré no tocante à verba honorária pericial que foi arbitrada pelo Juízo (fls. 180/183).

Ao entregar o laudo o perito estimou sua honorária em Cr\$ 7.847.720,00 (fls.101), segundo a Tabela do Instituto de Engenharia. Sugeriu, na mesma peça, que se houvesse discordância do Juízo quanto ao valor, poderia ser utilizada outra Tabela, elaborada pela Comissão de Peritos nomeada pelos Juizes da Comarca de São Paulo em 1.9.90, e nesse caso a honorária seria de Cr\$ 2.182.666,00.

O eminente magistrado, após ouvir as partes sobre a pretensão, fixou os honorários em Cr\$ 7.800.000,00 (sete milhões e oitocentos mil cruzeiros) em 6 de novembro de 1992, com correção a partir do mês constante do laudo (outubro/92).

A SABESP pretende que esses honorários periciais sejam reduzidos para Cr\$ 1.964.417,00, conforme sugestão da Tabela de Honorários do IBAPE.

E o agravo deve ser provido, em que pese o respeito que se tributa ao ilustre magistrado e ao trabalho bem elaborado do expert nomeado.

Em 15 de outubro de 1992 o valor de venda do dólar comercial era de Cr\$ 7.118,10. Dividindo-se a verba fixada, pelo valor do dólar comercial, os honorários arbitrados corresponderiam a 1.095,79 dólares americanos, quantia que é excessiva para remuneração do perito pelo trabalho realizado.

O local onde se realizou a perícia não é distante. A área examinada e ocupada é pequena e os trabalhos realizados não demandaram maiores estudos do perito nomeado.

Ademais, não se torna conveniente que se arbitrem honorários periciais segundo Tabelas de órgãos de classe, considerando o tipo de trabalho desempenhado pelos peritos judiciais.

Se existe uma Tabela de Honorários elaborada pelo IBAPE e se existe outro critério que é a Tabela elaborada por uma comissão de peritos nomeados pelos Juízes da Comarca de São Paulo, não se vislumbra motivo plausível para se utilizar de elemento fixador de verba pelo Instituto de Engenharia.

De qualquer forma a pretensão da ré se mostra justa, quando pretende reduzir os honorários para Cr\$ 1.964.417,00, de acordo com o valor sugerido na Tabela do IBAPE e que correspondiam, na ocasião, outubro de 1992, a 275,97 dólares americanos, suficientes para uma remuneração condigna do ilustre perito.

Reduzida a verba pericial arbitrada o perito deverá devolver o que levantou a maior, com correção a partir do levantamento e até final restituição.

O apelo da SABESP não prospera com relação ao direito de não indenizar.

Segundo a ré a obra realizada tem exclusivo caráter de serviço público e utilizou-se de área doada para a mesma finalidade, o que não caracteriza nenhum apossamento ilícito, não sendo a autora dona da área, que é de uso comum.

Para rebater esse ponto busca-se a palavra do nobre juiz sentenciante:

**"Em sua defesa a SABESP, em preliminar, incabimento da pretensão porque a área foi recebida pela Municipalidade para integrar seu patrimônio através de doação feita pelo loteador de área maior, destinando-se a logradouros, jardins e áreas institucionais.**

Tendo caráter social e sendo de uso comum e considerando que a Estação Elevatória de Esgoto também tem caráter social, utilizou-se da mesma área doada para essa finalidade, não havendo como exigir-lhe compensação.

A argumentação é inteligente e sutil.

Contudo, não obstante o brilho com que foi colocada, não pode ser acolhida.

É que o silogismo soa falso, na medida em que as premissas verdadeiras não são.

É certo que, segundo a lei de parcelamento do solo urbano, os loteamentos deverão ser projetados de molde a que percentual da área seja reservada à circulação, ajardinamento, praças e implantação de equipamentos urbanos, ou seja, 20% para ruas e avenidas; 15% para áreas verdes e 5% para uso institucional e equipamentos urbanos.

Essa reserva é feita já no plano de loteamento apresentado para aprovação e a área chamada institucional passa ao Poder Público através de doação.

Mas perceba-se: doação é feita ao Poder Público Municipal, de modo que a ele passa a pertencer "de jure" a área "non aedificandi".

Ademais, se, como a própria ré admite, a área institucional é considerada livre, ou seja, "non aedificandi", já de pronto se afigura sua atitude de se apossar e construir em área onde tal não deveria ocorrer.

Nada justifica, ademais, que a SABESP, que é empresa privada, sob o regime jurídico de sociedade anônima, se beneficie dessas áreas pertencentes ao município tão-só porque ali construiu estação elevatória que, em tese, beneficia a comunidade local.

O que impende considerar é que uma empresa privada, com finalidade de lucro, que cobra da população pelo serviço que presta, não pode se arvorar, nem se arrogar o direito de prerrogativas exclusivas do Estado." (fls. 229/230).

Nada mais é preciso para se rebater a preliminar arguida pela SABESP.

O apelo da ré também não prospera com relação ao valor indenizatório.

O laudo do perito judicial está muito bem elaborado e a pretensão do assistente técnico da ré é descabida.

Não se pode falar em depreciação de 50% como pretendido pelo assistente, simplesmente pelo valor da área ocupada com relação à superfície total do Jardim I, ou pela sua localização, segundo o assistente, uma nesga inaproveitável.

Como bem dito pelo perito a fls. 204, ao responder as críticas do assistente, **"..sendo tal área destinada a uma possível implantação de equipamento urbano e comunitário, como por exemplo escola, creche etc. a Municipalidade de São Paulo, recebida tal área em função da aprovação do loteamento, teria que adquirir uma outra área nas proximidades para tal fim, e tendo portanto que pagar o preço real de mercado"**.

Também na parte relativa ao fator transposição são improcedentes as críticas, uma vez que o perito justificou que não utilizou-se do referido fator pois o imóvel avaliando localiza-se em quadra que não possui índice fiscal, e que conforme análise feita na região os índices fiscais dos elementos comparativos não são coerentes com a localização e situação em que se encontram, principalmente em função à infra-estrutura (fls.203).

Apenas procede o apelo da SABESP no tocante ao quantum da indenização, pois o perito, ao responder as críticas, concordou com uma delas (fatores testada e profundidade) e reduziu o valor da indenização para Cr\$ 30.526.313,00, em outubro de 1992, valor esse que não foi observado pelo ilustre juiz sentenciante, pois se ateu ao valor primitivamente indicado pelo perito como correto.

Com relação aos juros moratórios fixados na sentença a partir da citação, está com razão a SABESP, pois devem eles incidir a partir do trânsito em julgado da r. sentença, segundo Jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

**"Os juros moratórios contam-se do trânsito em julgado da sentença, tanto na desapropriação direta quanto na indireta; já os compensatórios são devidos, na primeira, desde a imissão antecipada na posse e, na segunda, a partir da efetiva ocupação do imóvel". (REsp. nº 10.381-0-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJU de 4.10.93).**

Ou ainda:

**"Na desapropriação direta os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel, contando-se os juros moratórios desde o trânsito em**

julgado." (REsp. nº 7.543-0-SP, Rel. Min. Milton Pereira, DJU de 19.4.93).

Já no que respeita aos honorários advocatícios sem razão a SABESP.

Foram eles fixados com moderação, no percentual mínimo estabelecido pelo Código de Processo Civil, considerando-se que não se trata de ação expropriatória, mas de ação ordinária de indenização por apossamento administrativo, e a honorária foi arbitrada em percentual sobre o valor da condenação por inexistir condição de ser fixada sobre a diferença entre a oferta, que inexistiu e a indenização.

Já o recurso interposto pela Municipalidade de São Paulo, pretendendo a elevação da verba honorária para 20%, não prospera, pelos mesmos motivos acima já expostos.

A causa é de pequena complexidade e o trabalho desenvolvido pelo advogado foi bem remunerado observados os limites fixados pelo artigo 20 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, DÁ-SE provimento total ao agravo retido e parcial ao recurso interposto pela ré, para reduzir o salário pericial, reduzir o valor da indenização e fixar o termo dos juros moratórios, conforme acima explicitado e NEGA-SE provimento ao recurso da autora.

**RUY COPPOLA**

RELATOR

**Apelação Cível nº205.229-1/3**

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 205.229-1/3, da Comarca de SÃO PAULO, em que é recorrente o JUÍZO EX OFFICIO, sendo apelante MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO e apelada OXUMARÉ GALERIA DE ARTE LTDA.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil de Férias "G" do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, dar provimento aos recursos.

Apelação da Municipalidade de São Paulo da r. sentença que julgou extinto o processo com fundamento no art. 267, IV, do CPC, em razão da impossibilidade de obter-se a interdição de estabelecimento em processo cautelar desvinculado de processo de conhecimento. Insiste a apelante nessa possibilidade, ou seja, na existência, no caso, de processo de conhecimento com procedimento próprio de processo cautelar, por força do disposto no art. 888, VIII, do CPC. Em suas contra-razões, a apelada sustenta o acerto da r. sentença, uma vez que, no caso, não está presente o requisito do **periculum in mora** para que, excepcionalmente, o procedimento cautelar substituísse o procedimento ordinário.

Tem razão a Municipalidade quando diz que a providência jurisdicional prevista no inciso VIII do art. 888 do CPC tem caráter satisfativo. A ação cautelar, a rigor, não é acessória da ação de conhecimento. Talvez se deva criticar a própria distinção terminológica entre ação "cautelar" e ação de "conhecimento", uma vez que naquela, em algumas hipóteses, como a do inciso VIII, opera-se verdadeiro conhecimento da lide, pois, uma vez constatada a necessidade da interdição ou da demolição, nada mais restará a ser julgado em momento posterior. Interditar ou demolir prédio nada tem a ver com o asseguramento de tutela jurisdicional a ser posteriormente prestada; a duplicação de processos não teria, no caso, qualquer razão prática, pois em ambos a matéria sob julgamento seria a mesma e sob o mesmo enfoque.

Ao contrário, o processo efetivamente cautelar tem a finalidade de assegurar o pronunciamento jurisdicional a ser proferido em outro processo. Este sim é o procedimento cautelar referido no art. 796 do CPC e que está vinculado



à "ação principal" referida no prólogo do art. 888.

No caso, a pretensão da autora é obter a interdição do estabelecimento da ré e nenhuma outra pretensão, diferente desta, tem a autora para deduzir em outra ação. Logo, o provimento jurisdicional será satisfativo, ou seja, decidirá a lide entre as partes, pois não tem o que assegurar para o sucesso da tutela jurisdicional a ser prestada em outro processo.

Está-se, pois, diante de processo de conhecimento (entendido como o processo que visa à solução da lide e não ao asseguramento dessa solução a ser prestada em outro processo) ao qual o legislador conferiu o procedimento do processo cautelar. Em síntese, de conhecimento é o processo, mas o procedimento é idêntico ao dos processos cautelares (art. 889, caput, do CPC).

No caso, o interesse público, em tese, é evidente: se a ré funciona sem ter obtido a licença para tanto, ou por não ter sido requerida, ou por ter sido regularmente negada, é do interesse público, em tese, que o local seja interditado para o exercício da atividade para a qual não foi obtida licença. Haverá, porém, evidentemente, necessidade de que o direito, em tese, deduzido na inicial, seja aferido à vista das circunstâncias concretas do caso, confrontado com a defesa apresentada pela ré, e produzidas as provas necessárias ao deslinde da controvérsia, para o que o MM. Juiz de primeiro grau apreciará a necessidade ou não das provas requeridas e, se for o caso, designará audiência de instrução e julgamento (v. art. 803, parágrafo único, do CPC).

Não há ofensa ao devido processo legal em seguir-se, no caso, o procedimento próprio da ação cautelar, expressamente previsto no art. 888, VIII, combinado com o art. 889, caput, do CPC. Nem todo processo há de seguir o rito ordinário e nem por isso terá deixado de haver o devido processo legal, se seguido o rito previsto em lei. No processo falimentar, o prazo para contestação é de vinte e quatro horas (art. 11, § 1º, da Lei de Falências); na ação autônoma de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, a contestação deve ser apresentada em três dias (art. 3º, § 1º, do Decreto-lei 911, de 1º de outubro de 1969); na ação de depósito, que pode culminar em prisão civil do depositário infiel, o prazo para resposta é de cinco dias (art. 902, II, do CPC), sem que haja ofensa ao direito de ampla defesa do réu, consagrado na Constituição.

Enfim o devido processo legal não se confunde com o procedimento ordinário, tanto que a própria lei processual dispõe sobre o procedimento sumaríssimo e sobre procedimentos especiais.

O **fumus boni juris** e o **periculum in mora** são requisitos da ação cautelar propriamente dita e não do processo de conhecimento com rito próprio dos processos cautelares. No caso de processo de conhecimento com rito de cautelar, haverá o conhecimento da lide, e os requisitos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora** somente serão exigidos para o deferimento liminar da providência jurisdicional pleiteada, a qual, então, configurará antecipação da tutela a ser, a final, prestada pelo Juiz. Na hipótese vertente, a antecipação da providência jurisdicional sequer foi requerida.

Por conseguinte, DÁ-SE PROVIMENTO à apelação com a ANULAÇÃO da r. sentença, a fim de que o MM. Juiz de primeiro grau se pronuncie sobre as provas requeridas e decida o mérito.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VASCONCELLOS PEREIRA (Presidente, com voto vencedor) e ROQUE MESQUITA, vencido.

São Paulo, 18 de março de 1994.

**LINO MACHADO**

Relator designado

**ROQUE MESQUITA**

Relator vencido, com declaração de voto em separado

#### ***Declaração de Voto Vencido***

Trata-se de apelação proposta nos autos de medida cautelar em face da r. sentença de folhas 108/111 que declarou extinto o processo sem julgamento de mérito com fundamento no artigo 267, inciso IV do CPC em razão da impossibilidade de atribuir caráter satisfativo à medida cautelar, reconhecendo a necessidade do processo principal sob pena de caracterizar cerceamento de defesa. Sustenta a apelante que existe previsão legal para a pretensão, nos termos do inciso VIII do artigo 888 do CPC, que autoriza a interdição de prédio quando assim o exigir o interesse público, além do que presentes os requisitos do **periculum in mora** e

**fumus boni juris.** Nas contra-razões alegou-se a forma correta com a qual se houve o Magistrado do 1º grau.

De início, fica consignado que não se toma conhecimento da juntada dos documentos de folhas 132 porque totalmente intempestiva, vez que deveriam ter vindo com a resposta, nos termos da artigo 396, inaplicável o artigo 397, ambos do CPC. Não se determina o desentranhamento porque a medida, a esta altura, não teria eficácia.

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO afirma na petição inicial que desde 1976 a requerida vem funcionando sem a devida licença, exercendo a atividade de comércio de molduras, classificada como C.2.3 no imóvel da Rua Diogo de Quadros, nº 70, Cedro do Líbano, situado em zona de uso Z.2, onde esse uso é sujeito a controle especial. Por esta razão, propôs esta medida cautelar pedindo a decretação da interdição do prédio, em caráter definitivo, independentemente do ajuizamento da ação principal, dada a natureza satisfativa da pretensão.

Enganou-se, **data venia**, quanto a escolha do meio processual.

O artigo 888 da CPC autoriza que o juiz determine a interdição de prédio "para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público", enquanto na pendência da ação principal ou antes de sua propositura. Inserindo essa possibilidade no seio das medidas cautelares, é evidente que o legislador entendeu viável a pretensão por esse instrumento desde que houvesse o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, no dizer do artigo 798. Assim, não basta a simples pretensão de interditar ou demolir um prédio para adequá-la a essa via processual; exige-se, também, os requisitos do **fumus boni juris** e do **periculum in mora**. Caso inexistam tais requisitos, a interessada deverá socorrer-se do processo ordinário.

No caso, a apelante generalizou a aplicação do dispositivo, pensando que ele se aplica a qualquer evento. Na petição inicial ela mesmo afirmou que a requerida está estabelecida no local sem a devida licença, contrariando os dispositivos de zoneamento, desde 22 de novembro de 1976. Ora, se aguardou até 26 de março de 1992 para socorrer-se do Poder Judiciário visando a interdição, muito embora pudesse fazê-lo por seus próprios meios, é porque sentiu que não havia qualquer receio de lesão diante da demora. Aliás, a Egrégia Primeira Câmara Civil desta Corte, por votação unânime, relator o eminente Desembargador ÁLVARO LAZZARINI, nos autos de Embargos de Declaração nº 140.620-1 de São Paulo, deixou assentado que "a cautelar inominada não pode ter natureza satisfativa, pois a Municipalidade de São Paulo, como toda a Administração

Pública, tem poder de polícia para impor interdição administrativa, dispondo para tanto, o ato respectivo do atributo da auto-executoriedade que torna ilegítima a pretendida intervenção, a priori do Judiciário" (julgado em 2 de março de 1993 - RJTJESP 145/237).

Fundado receio também não houve pois a documentação acostada à inicial mostra que a Municipalidade só começou a se interessar pelo caso depois que um vizinho encaminhou várias cartas cobrando providência. Pelo que se vê, sua fiscalização passou ao largo da requerida até 1989 (data da carta de folhas 15). Não há, pois, a mínima possibilidade de se atribuir caráter satisfativo a esta cautelar e nem mesmo é caso dessa medida, devendo a Municipalidade socorrer-se das vias ordinárias, se assim desejar.

Pelo exposto, o meu voto nega provimento ao recurso.

**ROQUE MESQUITA**

**Apelação Cível nº 221.266-2/2**

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 221.266-2/2, da Comarca de SÃO PAULO, em que é recorrente o JUÍZO EX OFFICIO, sendo apelante a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e apelados GERALDO APARECIDO DE FREITAS e OUTROS e CAERP - EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA.:

ACORDAM, em Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento aos recursos oficial e ao da Prefeitura para decretar a carência da ação.

1. GERALDO APARECIDO DE FREITAS e mais cento e cinquenta e seis autores ajuizaram ação cominatória contra a PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e a CAERP - EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA., alegando que são proprietários de lotes de terrenos situados na Vila Diana, adquiridos da segunda ré; referidos lotes fazem parte de área maior, lançada em nome de Paes de Barros S/A, empresa extinta por liquidação extrajudicial e Carlos Ernesto Pavinato; que tramita pela Secretaria da Habitação procedimento administrativo iniciado pelos autores, em que pedem o desmembramento e a regularização da área; a Municipalidade alega que a regularização depende de providências a serem adotadas pela CAERP, e esta, por seu turno, alega ter cumprido todas as exigências; as requeridas foram interpeladas judicialmente e nada fizeram; ao final pugnam pela procedência da ação, para que a Municipalidade forneça o devido desmembramento e cartela individualizada para pagamento do tributo e taxas devidos e para que a CAERP atenda na íntegra as posturas municipais, com a fixação de uma multa diária pelo descumprimento.

A final a ação foi julgada parcialmente procedente, condenando-se a Municipalidade a responder por multa diária, correspondente à metade do que foi pedido na vestibular, enquanto não regularizado o loteamento, custas, despesas e verba honorária fixada em 10% do valor atribuído à causa, sendo que metade deste valor caberá a CAERP; a ação foi julgada improcedente em relação a CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda. e improcedente o pedido de perdas e danos, por não comprovação das perdas.

2. Ao recurso oficial somou-se tempestiva apelação da Municipalidade,

que em preliminar, salienta a carência da ação, porquanto diante do parcelamento clandestino do solo, como ocorre no caso em tela, o poder público tem a faculdade e não o dever de promover a regularização, segundo critérios de conveniência e oportunidade; que tal providência incumbe ao parcelador e seus sucessores, por haverem auferido lucros com o empreendimento; no mérito salienta que é do loteador a responsabilidade pela regularização do loteamento e assim pede seja dado provimento ao apelo para o fim de condenar a empresa CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda. nos termos da inicial, a regularizar o loteamento atendendo as posturas municipais sob pena de multa diária, custas, despesas e honorários advocatícios.

Os autores não apelaram da sentença.

Contra-arrazoado o recurso, subiram os autos.

É, em síntese, o relatório.

3. Preambularmente, saliente-se que a Prefeitura Municipal de São Paulo, em grau de recurso, após deduzir a preliminar de carência da ação, pediu, ao adentrar o mérito, a condenação da co-ré CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda. a satisfazer o pedido, qual seja, a regularização do loteamento. Não podia fazê-lo, evidentemente, por ser parte ilegítima para formular semelhante pedido. Aos autores é que cabia formular esse requerimento, mas estes conformaram-se com a sentença, não apelaram pedindo a condenação da loteadora, de tal forma que esta solicitação não pode ser apreciada pela Superior Instância.

4. A preliminar argüida pela Municipalidade é de inteira procedência.

A condenação da Municipalidade no que concerne à regularização do loteamento, sob pena de multa diária, ofende ao princípio da Separação de Poderes. A Municipalidade, diante do parcelamento clandestino do solo, tem a faculdade e não o dever de promover a regularização, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

A esse respeito, com agudeza, assim manifestou-se a d. Procuradora do Município, Dr<sup>a</sup> Liliansa de Almeida F. S. Marçal (fls. 1.267/1.275):

“A Municipalidade, diante do parcelamento clandestino do solo, como ocorre o caso em tela, tem a faculdade e não o dever de promover a regularização, segundo critérios de conveniência e oportunidade (art. 40 - Lei nº 6.766/79). Tal dever incumbe ao parcelador e seus sucessores que são os responsáveis pela manutenção e regularização, por haverem auferido lucros com o empreendimento.

Tal entendimento é corroborado pelos ensinamentos do mestre Diogenes Gasparini ao comentar o art. 40 da Lei nº 6.766/79, os quais a Apelante pede vênias para transcrever (in O Município e o Parcelamento do Solo - Ed. Saraiva - 2ª ed. - págs. 145/146):

‘É o que indica o dispositivo ao enunciar, nas hipóteses que mencionou, que o Município poderá. Esse verbo indica uma faculdade. Destarte, não está o Município obrigado a regularizar. A regularização será feita se for conveniente e oportuno para o Município. Não seria, ainda, correto ou legal entender-se nessa outorgada uma obrigação, já que às entidades políticas, por legislação ordinária, não se impõem deveres ou obrigações.’

Daí não poder a Municipalidade ser condenada a regularizar o loteamento clandestino, pois tal regularização é uma faculdade que implica no fato da Administração Pública dispor de recursos próprios para sanar situação a que não deu causa, portanto, não poderá fazê-lo de forma compulsória.

Pede vênias a Apelante para citar o ensinamento do festejado mestre Cândido Rangel de Dinamarco:

"...Outro exemplo muito expressivo e sempre vigorante (da impossibilidade jurídica do pedido) é a incensurabilidade do mérito de ato administrativo em via jurisdicional: chorar-se-ia com o princípio de independência entre os 'Poderes' do Estado a intromissão de um deles nos critérios de oportunidade e conveniência dos negócios de outro..." (in "A Execução Civil" - 2ª ed. - Ed. RT - pág. 214).

Como se depreende do texto acima citado, a pretensão condenatória, no presente feito, não pode ser instrumentalizada sem que se transforme o juiz em administrador de finanças, obras e propriedades públicas. Ou seja, da forma como restou prolatada a r. sentença, ora atacada, condenando a Municipalidade, à multa diária até a regularização do loteamento, o MM. Juiz "a quo" a obriga praticar ato, que, em realidade, constitui uma faculdade da Administração Pública e não um dever que a lei lhe impõe.

Por todo o exposto, requer, preliminarmente, o provimento do presente apelo para decretar a carência da ação, sem julgamento do mérito.

Caso esta Colenda Câmara assim não o entenda, o que se admite "ad argumentandum", também quanto ao mérito, se impõe a reforma da r. sentença.

## **II - Do Mérito**

### **II.A - Da responsabilidade do Loteador pela regularização do loteamento:**

De início, urge à Apelante fazer um breve relato sobre o loteamento, em questão, denominado "Vila Diana".

Em 1965 a Empresa Endira - Engenharia Hidráulica Ltda. requereu, perante a Municipalidade, diretriz para o parcelamento de gleba com área de 93.000 m<sup>2</sup>. Porém, com a verificação de que se tratava de área devoluta, o loteador foi instado pela Municipalidade a requerer a legitimação de sua posse.

Tal legitimação não foi requerida, preferindo o loteador realizar o parcelamento do solo de forma clandestina.

Por outro lado, ao loteador primitivo sucedeu-o a Companhia Construtora Paranapanema, que por seu turno, firmara compromisso de venda e compra da área com Carlos Ernesto Pasinato e sua mulher Diana Clorinda Pasinato. Estes últimos, por sua vez cederam-na a CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda.

Notificado o atual responsável a proceder à regularização da área, com a destinação de 2.650 m<sup>2</sup> para constituição de área verde, posto que a Municipalidade já havia realizado as obras, se manteve inerte. Diante de tal omissão não pode ser expedido o competente Auto de Regularização.

A despeito da total clandestinidade do empreendimento, verificou-se que o Oficial da 12ª Circunscrição Imobiliária da Capital, "sponte propria", abriu indevidamente matrículas para os lotes oriundos do loteamento clandestino em questão. Com isto, os adquirentes passaram a exigir da Municipalidade a realização do desdobro fiscal dos lotes, ou seja, a tributação autônoma de cada unidade oriunda do parcelamento clandestino.

Em face de todas estas circunstâncias, a Municipalidade adotou providências no sentido de sanar as irregularidades existentes, impeditivas de desdobro, para obter a tributação autônoma almejada pelos adquirentes, como de fato ocorreu em 1992.

No entanto, no que tange à designação de área verde, requisito essencial para regularização do loteamento, não foi ele atendido pela empresa-loteadora até o presente momento.

Resta, assim, incontroverso o fato de encontrar-se irregular o loteamento,



cuja aceitação técnica opõe-se à ausência da área verde.

O loteador, embora tenha requerido diretrizes para elaboração de um projeto de loteamento, enveredou na prática clandestina do retalhamento e da comercialização de lotes. Assim, desatendidas as posturas municipais, cumpre ao loteador falto arcar com as responsabilidades oriundas de seu empreendimento.

Consoante dispõe o art. 40 da Lei nº 6.766/79, poderá a Municipalidade regularizar o loteamento não autorizado, para evitar lesão ao desenvolvimento urbano e aos direitos dos adquirentes de lotes.

Tal faculdade implica no fato da Administração Pública dispor de recursos próprios para regularizar situação a que não deu causa; portanto, não poderá fazê-lo de forma compulsória, mas segundo seus critérios de conveniência e oportunidade, respeitando os interesses de todos os Municípios.

Outrossim, o retromencionado artigo não impõe dever ao Município, mas dota-o da faculdade de regularizar o loteamento não autorizado.

Tal entendimento é corroborado pela doutrina de Alaôr Caffé Alves, Toshio Mukai e Paulo José Villella Somar:

"Urge considerar que, uma vez constatada a irregularidade do parcelamento, por parte da prefeitura ou do Distrito Federal, estes passam a ter a faculdade de promover a devida regularização. A expressão 'poderá regularizar' não se põe diretamente com um conteúdo de 'obter', porque não há como compelir entes políticos a fazer algo mediante imperativo de caráter infraconstitucional."

Assim, é facilmente perceptível que, não podendo ser imputada à Municipalidade a responsabilidade sobre a existência de irregularidade na área retalhada clandestinamente, não pode ser esta condenada, como o foi na r. sentença, ora atacada, ao pagamento de multa por dia de atraso na regularização técnica do loteamento.

O loteador e seus sucessores como principais beneficiários do empreendimento, devem responder pela regularização da gleba.

Portanto, resta demonstrada, ao contrário do que entendeu o MM. Juiz "a quo", a responsabilidade da empresa-Apelada CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda. pela regularização do loteamento, em questão, que se cinge à constituição de área verde.

**II.B - Da aplicabilidade do Decreto nº 15.764/79 e da exigência de área verde**

O Decreto nº 15.764/79 dispõe sobre a regularização de arruamentos e loteamentos executados anteriormente a 1º de novembro de 1972, portanto, aplicável ao loteamento objeto do presente feito, contrariamente ao que entendeu o MM. Juiz "a quo".

Mister se faz ressaltar que, nos casos de parcelamento de solo, clandestino ou irregular, a lei aplicável é a vigente à época da regularização do empreendimento.

No caso em tela, a empresa-loteadora foi notificada por diversas vezes a regularizar o loteamento; porém, manteve-se inerte, preferindo enveredar na prática clandestina de lotear.

Assim, não pode a loteadora, ora Apelada, que transgrediu a lei, se beneficiar com o fato de ter solicitado diretrizes para parcelamento em 1965 (doc. nº 01). Época, aliás, em que já havia a obrigação de designar área verde.

Urge esclarecer que as diretrizes requeridas foram concedidas (doc. nº 02), cabendo ao loteador encaminhar à Administração projeto definitivo para aprovação e licença. No entanto, diante de sua omissão e do retalhamento da gleba sem aprovação da Municipalidade, configurou-se o loteamento clandestino.

Nesta qualidade, o loteamento há de ser regularizado segundo as normas em vigor atualmente, e não as existentes em 1965. Em nada adiantaria ter o empreendimento regularizado de acordo com as normas daquela época, as quais não revelam as exigências atuais do parcelamento urbano, que são, de fato, mais rigorosas. Do contrário, estar-se-ia beneficiando o loteador inerte e transgressor da lei.

Todos os loteamentos clandestinos são regularizados de acordo com as normas vigentes à época de sua regularização.

Tal entendimento decorre do estipulado no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, que permite ao Decreto nº 15.764/79 aplicação imediata e geral, porquanto o loteamento clandestino — não aprovado pela Municipalidade e não averbado no Registro de Imóveis — não pode ser considerado ato jurídico perfeito e acabado.

Não é diversa a conclusão do Procurador do Estado Dr. José Eduardo Santos Neves expressa em artigo publicado na Revista de Direito Processual Geral - nº 38 - págs. 334/339, quando analisa a aplicabilidade da lei nº 6.766/79 em

parcelamento urbano executado em data anterior à referida legislação:

"A Lei nº 6.766/79 é aplicável a loteamentos irregulares, sem projeto aprovado pela Prefeitura nem registro perante o Registro Geral de Imóveis, vez que não constituem ato jurídico perfeito, nem há direito adquirido a proteger."

Não é outra a situação que ora se afigura. O loteamento "sub examine", é clandestino e para sua regularização dever-se-á aplicar o Decreto nº 15.764/79, em vigor para o caso em questão.

Consoante ementa abaixo-transcrita da Revista dos Tribunais nº 595/94, quando a aprovação de parcelamento de imóvel feita sob a égide do Decreto-lei nº 58/37 é anulada, o novo pedido há de ser feito com base na legislação atual. Tal interpretação corrobora a tese da Apelante, com mais razão, da aplicabilidade do Decreto nº 15.764/79 em loteamento clandestino:

"Loteamento - Parcelamento de solo situado em zona rural para fins urbanos - Inadmissibilidade Aprovação pelo Decreto-lei nº 58/37 - Inexistência da infra-estrutura necessária - Anulação - Ressalva de novo pedido, nos termos legais - Aplicação da Lei nº 6.766/75."

Na hipótese remota desta Colenda Câmara assim não o entender, urge ressaltar que a área verde exigida pela Municipalidade de São Paulo, já era obrigação do loteador prevista no Código de Obras (Ato nº 663/34), vigente à época do pedido de diretrizes da empresa-Apelada (1965).

Conforme se depreende dos artigos 723, § 1º e 733 do Ato nº 663/34 e art. 1º, II do Decreto-lei nº 58/37, exigia-o que fosse deixado para espaços livres de domínio público, uma área correspondente, pelo menos, a cinco por cento da área total na zona urbana.

Deste modo, mesmo que se aplicasse o Código de Obras da época e o Decreto-lei nº 58/34, o loteador estaria obrigado a constituir área verde.

Face a todas alegações apresentadas, resta comprovada a responsabilidade da empresa-loteadora pela regularização do loteamento com a conseqüente designação de área verde, por exigência legal.

Por todo o exposto, a reforma da r. sentença de fls. 1.254/1.259 se impõe, na parte específica em que condena a Municipalidade de São Paulo à multa diária enquanto não regularizado o loteamento, custas, despesas processuais e verbas honorárias; e que julga improcedente a ação em relação a CAERP -

Empreendimentos e Construções Ltda., levando-se em consideração para isso a própria legislação aplicável, mantendo-se os demais termos por que consta daquele decisório.

E por ser medida de irrefragável **JUSTIÇA**, pede e espera que seja dado provimento ao presente apelo, reformando-se parcialmente a r. sentença, para o fim de condenar a empresa-Apelada, CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda. e não a Municipalidade de São Paulo, nos termos da inicial, a regularizar o loteamento atendendo as posturas municipais sob pena de multa diária, custas, despesas processuais e honorários advocatícios."

5. Tais circunstâncias, que são exatas, dá-se provimento aos recursos oficial e da Prefeitura Municipal de São Paulo, para acolher a preliminar e decretar a carência da ação, condenando-se os autores nas custas processuais, despesas e verba honorária fixada em 10% do valor atribuído à causa, cabendo a metade deste valor a co-ré CAERP - Empreendimentos e Construções Ltda.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores **GILBERTO GAMA** (Presidente, sem voto), **PAULO SHINTATE** e **CORRÊA VIANNA**, com votos vencedores.

São Paulo, 22 de fevereiro de 1994.

**BENEDICTO CAMARGO**

Relator

**Apelação Cível nº 228.243-2/9**

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 228.243-2/9, da Comarca de SÃO PAULO, em que é apelante a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, sendo apelados LUIZ FRADE DE OLIVEIRA e sua MULHER:

ACORDAM, em Décima Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas na forma da lei.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores, BUENO MAGANO (Presidente) e CLÍMACO DE GODOY, com votos vencedores.

São Paulo, 28 de junho de 1994.

**PEREIRA CALÇAS**

Relator

Relator: Juiz Pereira Calças - 16ª Câmara Civil

Apelação Cível nº 228.243-2 - São Paulo

Apelante: Prefeitura Municipal de São Paulo

Apelado: Luiz Frade de Oliveira

### **Voto nº 1.106**

Trata-se de artigos de atentado opostos por Luiz Frade de Oliveira e sua mulher nos autos da ação expropriatória que lhes promove a Municipalidade de São Paulo insurgindo-se contra apossamento administrativo praticado pela expropriante que, tendo a imissão prévia na posse do imóvel desapropriado condicionado ao depósito prévio e integral do valor indenizatório invadiu o imóvel, nele instalou um canteiro de obras e, inclusive, excedeu os limites da área desapropriada.

A respeitável sentença de fls. 107/111, julgou a ação procedente e fixou a indenização de Cr\$ 267.210,60, corrigida a partir de maio de 1992 a ser paga pela expropriante aos expropriados, suspendeu o andamento da ação principal e proibiu a ré falar nos autos até a purgação do atentado.

Inconformada, recorre a Municipalidade de São Paulo, alegando que o apossamento administrativo, na hipótese, não configura atentado, posto ser impossível o retorno da situação fática à situação anterior, cabendo ao expropriado pleitear a indenização mais completa possível no âmbito da ação ordinária de indenização. Sustenta que a ocupação da área desapropriada durante a tramitação do processo expropriatório não prejudica a apuração da verdade, enfatizando que "os atos normais de administração, ainda que lesivos, podem gerar obrigação de indenizar, mas não constituem atentado" (RJTJESP, 101/165). Como a ação de atentado não tem por objetivo receber a indenização, mas sim, restabelecer o estado de fato anterior, sustenta que, no caso, a utilização da ação cautelar de atentado é inviável. Ressalta que o objeto da lide principal é a desapropriação de 24,20 m<sup>2</sup>, sendo certo que a discussão a respeito da área que excedeu o objeto da expropriatória deve ser veiculada em ação própria. Afirma ainda que a tutela cautelar não é substitutiva da tutela cognitiva ou de execução, mercê do que, a área adicional ocupada de 5,13 m<sup>2</sup> só pode ser objeto de pedido indenizatório autônomo, estando equivocada a doutra sentença que condenou a Municipalidade, na cautelar de atentado, a indenizar o valor da área objeto do apossamento administrativo. Afirma ainda que após o apossamento administrativo houve o deferimento da imissão na posse, pelo que, regularizada a situação da expropriante, não se há de falar em purgação do atentado. Aduz ainda que o pagamento do valor da indenização fixada na cautelar de atentado não possibilitará à Municipalidade registrar o imóvel ocupado no registro imobiliário. Verbera contra os honorários periciais, afirmando serem exorbitantes, pedindo, por isso, sua redução. Pede o provimento do apelo e a inversão do julgamento.

Recurso regularmente processado.

Relatados.

O insuperável Pontes de Miranda, em seus Comentários ao Código de Processo Civil, ensina que:

“Atentado é a criação de situação nova, ou a mudança de status quo, pendente a lide, lesiva à parte e sem razão de direito...”

O atentado é fato. Fere direito, pretensão, ação. Dessa ofensa nasce a ação do atentado feito; e da ameaça nascem a ação cominatória, em alguns casos, e a ação cautelar. Essas são ações explicitamente admitidas no direito brasileiro. Não temos ação de atentado a fazer-se, posto que tenhamos a ação condenatória cominatória e a de segurança, que fizer feição à espécie, se satisfeito o que a lei exige. O atentado é ato ilícito processual, ou simples ato-fato ilícito. Há de ocorrer na pendência da lide.

Convém que só se empregue a expressão “atentado” no sentido técnico e preciso. Por exemplo: é desacertado, por produzir equívocos, empregar-se “atentado”, em vez de “infração” de preceito (e.g., 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1º de fevereiro de 1951, DJ, 18 de março de 1952). Os atos de administração, conservação, colheita, administração, partilha e divisão entre sucessores, atos lesivos, não são atentados. A eficácia, aí, rege-se pelo direito material, conforme a procedência, ou não, da ação. Não são atentados, exatamente porque, se o que se diz lesado ganhasse, não seria ofendido por esses atos, que dariam pretensões à restituição, ou até poderiam ficar obrigados a indenizar (e.g., se sofre danos o possuidor de boa-fé, em caso de benfeitorias, ou o próprio possuidor de má-fé, se necessária a benfeitoria).

Sempre que os atos podem ser praticados, por lei, ou têm de ser praticados, falta algum pressuposto do atentado, porque, conforme definimos, o atentado só existe se, admitindo-se “ex hypothesi”, que o que se diz lesado ganhe a ação, a inovação lhe seria danosa. Os atos contrários a direito, esses, satisfazem os pressupostos, porque são inovativos e, se o autor ganhasse a ação, lhes seriam lesivos. Por outro lado, há limite conceptual: se o que se inova, vencendo o autor, não lhe causaria dano, atentado não é. Há atentado, quer o autor venha a vencer, quer venha a perder; nem se prevê nem as conseqüências do atentado se não de apagar por sobrevir a vitória do demandado. Mas há de ser referida a hipótese de vir a ganhar o autor somente para se saber o que é que atenta.” (autor e obra citados, Tomo XII, p. 381 e seguintes).

No caso dos autos, verifica-se que, ajuizada ação expropriatória e requerida a imissão prévia na posse da área expropriada, o MM. Juiz condicionou a concessão da imissão na posse ao depósito prévio e integral do valor indenitário. Referida decisão de primeiro grau foi confirmada em grau de recurso. A Municipalidade recorreu extraordinariamente e, simultaneamente, invadiu a área expropriada, nela instalando um canteiro de obras e, inclusive, avançou em área maior do que aquela objeto do pedido expropriatório.

Inegável que houve desrespeito à ordem judicial, situação intolerável num estado de direito, onde os poderes harmônicos e independentes devem respeitar as determinações emanadas dos outros poderes quando atuarem em suas respectivas áreas de competência, nos termos gizados pela Constituição Federal.

No entanto, venia concessa do entendimento esposado pela digna Juíza de primeiro grau, e na esteira do ensinamento do festejado Pontes de Miranda, acima lembrado, entendo que, no caso, não se configurou atentado, nos termos previstos no artigo 879, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil.

O apossamento administrativo praticado pela Municipalidade-apelante, em flagrante desrespeito à decisão judicial que condicionara a imissão prévia na posse do imóvel expropriado ao prévio e integral depósito do "quantum" estabelecido pelo Juiz ensejaria a requisição de medidas criminais destinadas à punição da autoridade administrativa que praticou o ilícito criminal.

À parte contrária, o ordenamento positivo assegura o direito de ação objetivando a mais plena e cabal indenização decorrente do ilícito administrativo.

A ação cautelar de atentado, no caso, se mostra inviável juridicamente, pois, a se aguardar a purgação do atentado reconhecido, com o pagamento da indenização fixada pela douta sentença, o processo principal ficará suspenso, em evidente prejuízo do próprio expropriado, que deverá ficar aguardando o cumprimento do precatório expedido no feito cautelar, para, só então, prosseguir no feito principal onde pretensão maior indenizatória restará obviamente retardada.

A inovação perpetrada irregularmente pela Municipalidade não prejudica a apuração da verdade, que, no caso, é a aferição do "quantum" deverá ser pago aos expropriados pela desapropriação da área primitiva que é objeto da ação principal.

Relativamente à área em que ocorreu o apossamento administrativo, a solução será a propositura da ação de indenização por apossamento administrativo, também chamada de desapropriação indireta, onde os expropriados poderão ser



integralmente ressarcidos do ilícito praticado pela apelante.

Assim, pelo meu voto, dou provimento ao recurso e julgo os autores da medida cautelar de atentado, carecedores de ação e decreto a extinção do processo, sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Ficam invertidos os encargos sucumbenciais, inclusive no que diz respeito aos salários periciais. No entanto, como os autores são beneficiários da justiça gratuita, fica ressalvado que as verbas perdimentais só poderão ser cobradas se for feita a prova de que os vencidos perderam a condição de necessitados (RT 677/99. RJTJESP 103/118, 125/262. Theotônio Negrão, CPC e Legislação Processual em vigor, Malheiros, 24ª edição, p. 741, nota 7 ao artigo 3º da Lei 1.060/50).

É o meu voto.

**MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS**

Relator

## **Apelação Cível nº 135.067-1**

### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL Nº 135.067-1, da comarca de SÃO PAULO, em que é apelante MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, sendo apelados SELENE ALBERTINA GOMES DE PROENÇA e OUTROS:

ACORDAM, em Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar por interposto o recurso de ofício e por maioria de votos, dar provimento parcial aos recursos, para afastar a prescrição.

Segundo a inicial, pretende a Municipalidade autora a anulação de ato administrativo que outorgou legitimação de posse aos réus. Realizada aferição administrativa, chegou-se à conclusão que os réus eram possuidores de apenas 800 (oitocentos) metros quadrados e não 1.600 (um mil e seiscentos), como foi a eles reconhecido. Daí postular a nulidade do ato administrativo legitimador da posse, com o cancelamento da respectiva transcrição aquisitiva.

Após todo processado, a MM. Juíza terminou por reconhecer a prescrição do direito (fls. 414/420).

Apela a autora, buscando eliminar a preliminar.

Cinge-se a controvérsia em saber-se da prescrição dos atos administrativos.

Consoante escreve o relator deste, o critério mais seguro para apreciação dos atos administrativos é o do sujeito que pode pleitear a anulação, porque diferentemente trata as situações o direito brasileiro. "Se se cuida do administrado, temos o prazo de cinco (5) anos, pouco importando tratar-se de ato nulo ou anulável (se se pretende adotar a terminologia), isto porque está expresso no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6/1/1932 que todo e qualquer direito contra a Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos. Demais, a ação para pleitear a nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público prescreve em cinco anos (art. 21 da Lei nº 4.717, de 19/6/1965). Em sendo assim, tem-se uma primeira conclusão e, por via de consequência, impossibilidade do oferecimento de qualquer distinção de que, seja nulo ou anulável, o prazo para que o administrado venha postular qualquer direito seu, ou lesivo ao patrimônio público, prescreve em cinco anos" ("Ato Administrativo", 2ª ed., 1980 Revista dos Tribunais, págs. 122/

123). Continua a orientação que segue, afirmando que “de outro lado, com relação ao próprio Poder Público, temos, em princípio, que não há prazo para que se reconheça a invalidação de qualquer ato, pouco importando se nulo ou anulável. Se se pretende que o sistema normativo ou até o ordenamento jurídico inadmita lacunas, pode-se recolher a norma consubstanciada no texto do Código Civil, que prevê o prazo de vinte anos para a prescrição dos direitos pessoais (art. 178 do Código Civil) (ob. cit. pág., 123).

Após analisar caso concreto, afirmei que “a solução inadmita resposta apriorística. Se convém à Administração a retomada do imóvel, poderá ela, valorando as circunstâncias, anular o ato, ou pleitear sua anulação perante o Judiciário, ou, então, poderá simplesmente silenciar e deixar as coisas como estão. Caso anule o ato, deverá repor as coisas pelo valor atualizado. Caso contrário, tomará as providências para convalidação dos efeitos produzidos, dando-lhes roupagem jurídica nova e, pois, validando-os daí em diante”(idem, “ibi”).

Creemos ser o único autor que sustenta a imprescritibilidade dos atos administrativos, quando promovida sua invalidade pela própria Administração Pública. Admitimos, para a segurança e estabilidade das relações jurídicas, a prescrição maior do Código Civil, como fechamento do sistema, que não pode permanecer em aberto.

CELSO ANTÔNIO, após criticar nossa posição, aceita o prazo de vinte anos. Escreve que “então, parece-nos que à falta de regra expressa, cabe preencher esta lacuna segundo o critério dominante no direito privado, pois as razões, no caso, são da mesma ordem: prazos curtos para a oposição aos atos anuláveis e longos para a impugnação dos nulos. Como o prazo prescricional mais longo no Código Civil é de 20 anos, este será o tempo para prescrição do direito de impugnar os atos nulos” (“Elementos de Direito Administrativo”, 1980, Rev. dos Tribs. pág. 99).

HELY LOPES MEIRELLES parece não repelir a idéia da prescrição dos atos administrativos pela própria Fazenda Pública aos vinte anos, uma vez que aceita a prescrição comum da lei civil (“Direito Administrativo Brasileiro”, 14ª ed., pág. 623).

Em suma, o que se tem é o seguinte: quando a pretensão deve ser exercida pelo particular contra a Fazenda Pública, a prescrição ocorre em cinco anos. Quando quem promove a invalidação do ato é o Poder Público, a prescrição será de cinco anos, nas hipóteses que a própria lei prevê (por exemplo, crédito tributário) ou, então, na ausência de disposição expressa, cai-se na regra geral de vinte anos, tal como dispõe o Código Civil.

É que, diante da falta da regra de comportamento, que revela a lacuna ("Rev. Jur. do Tribunal de Justiça, vol. 53/13-30), ao intérprete é dada a faculdade de buscar suprir a ausência da norma, seja pela regra geral excludente (princípio da obrigatoriedade da conduta em decorrência de lei) ou pela aplicação da regra analógica, em que se vai buscar comportamento "a simili", para complementação do sistema.

Nem se pode dizer que há quebra do princípio da igualdade de todos perante a lei, ao se estabelecerem prazos diferentes. Em primeiro lugar, não há fixação diversa de prazos. Em segundo lugar, o Poder Público tem prerrogativas de Poder que não são extensíveis aos particulares, em face dos próprios interesses que cuida.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que "a Pública Administração, porque atua vinculada ao princípio da legalidade, tem o dever de anular os atos administrativos eivados de nulidade. Deles não resulta direito" (Rec. em Mand. de Seg. nº 479, Re. Min. VICENTE CERNICCHIARO).

Dai impor-se o provimento, para, afastar a prescrição, decida o MM. Juiz o merecimento da controvérsia, como lhe parecer de direito.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ OSÓRIO (Presidente com voto vencido) e VILLA DA COSTA, vencedor.

São Paulo, 18 de fevereiro de 1991.

**RÉGIS DE OLIVEIRA**

Relator designado

**VILLA DA COSTA**

Vencedor, conforme declaração de voto em separado

**JOSÉ OSÓRIO**

Presidente vencido, conforme declaração de voto em separado

### **Declaração de Voto Vencedor**

1º. Cuidam os autos de pedido de anulação de ato administrativo, no caso legitimação de posse de terreno urbano, cujo processo foi julgado extinto, por entender, a Juíza, prescrito o direito de acionar, para o desfazimento do ato.

Apelou a Municipalidade rebelando-se contra o acolhimento da prescrição, mas pedindo, diretamente a anulação do ato administrativo.

Inclusas as contra-razões vieram os autos a esta Instância.

2º. Considerei interposto, recurso de ofício, a que se omitia a Magistrada.

3º. No mérito, a extinção do processo com o acolhimento da prescrição, está equivocada.

Não se cuida na espécie de ação real, inobstante o ato que se quer anular diga respeito a legitimação de posse, evidentemente sobre um imóvel.

Em não sendo real, prescritível é em 10 e 15 anos; obviamente, como regra é pessoal que prescreve, ordinariamente, em 20 anos, "ex vi" do art. 177, "caput" do Código Civil.

A parte especial desse capítulo não contém qualquer regra alusiva a esse tipo de relacionamento.

Como tal não se presta o preceito do art. 178, inciso V do parágrafo 9º. Não se cuida aqui de contrato, mas de ato administrativo.

O Dec. 20.910, de 6/1/32 ou o posterior Dec.-lei 4.597, de 19/8/1942, não tem qualquer pertinência. Ambos regulam as dívidas passivas das pessoas jurídicas de direito público interno e ou, todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal.

Não se cuida, na espécie de direito contra a Fazenda Municipal, mas desta contra o beneficiário da legitimação.

Prescrição não se fixa por analogia, como equivocadamente o fez a sentença; mas só em atenção a princípio expresso de lei.

O ato foi de 23/12/69. A ação foi ajuizada em 13/4/78.

O vintênio não se consumou.

**VILLA DA COSTA**

### ***Declaração de Voto Vencido***

A ação foi proposta porque o título de legitimação de posse (fls. 18) abrangeu área de 1.600m<sup>2</sup> quando o certo seria 800m<sup>2</sup>. Isto porque o beneficiário, Francisco Gomes, era adquirente e possuidor dos lotes 80 e 81 à Av. Afonso Mariano Fagundes e estava ocupando também os lotes 82 e 83, o que passou despercebido aos técnicos da Municipalidade. A prescrição foi reconhecida porque o título é de 1969, tendo sido registrado no R.I. em 10.10.70, ao passo que a ação foi proposta apenas em 13.4.78.

Prescrevendo em cinco anos as ações pessoais contra a Fazenda (Dec. 20.910/32), razoável entender-se, como ensina Hely Meirelles ("Dir. Adm. Brasileiro", 4<sup>a</sup> ed., pág. 178) que também prescrevem em 5 anos as ações pessoais em favor dela, Fazenda.

Vista a questão sob outro ângulo, também é forçoso verificar que ocorreu prescrição. Omissa a legislação sobre o prazo, aplicar-se-á o direito comum, que prevê prazo de 4 anos para a anulação dos atos jurídicos viciados por erro (art. 178, § 5<sup>o</sup>, V).

Diz a apelante que o ato é nulo de pleno direito. Sem razão, porém. É caso típico de erro sobre o objeto principal da declaração (art. 87 do CC). O motivo, ou a falsa causa, só vicia o ato quando expresso como razão determinante, ou sob forma de condição, conforme estabelece o art. 90.

No caso dos autos, os funcionários da ré simplesmente entenderam que a posse exercida por Francisco Gomes sobre toda a área podia ser legitimada, ao passo que, segundo a autora, tal se verificava apenas em relação à metade. Caso, portanto, de ato anulável, por erro.

Por esses motivos, neguei provimento ao recurso e confirmei a r. sentença também por seus fundamentos.

**JOSÉ OSÓRIO**

## **Mandado de Segurança nº 129.646-3/0**

### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de MANDADO DE SEGURANÇA nº 129.646-3/0, da Comarca de SÃO PAULO, em que é impetrante a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, sendo impetrado o MM. JUIZ DE DIREITO DA QUINTA VARA CRIMINAL DA COMARCA:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, conceder a segurança.

A Municipalidade de São Paulo impetrou este mandado de segurança contra ato do MM. Juiz da Quinta Vara Criminal da Capital que lhe indeferiu pedido de ingresso no Processo nº 1/91 como assistente do Ministério Público na qualidade de vítima, por falta de legitimidade e interesse processual. Trata-se de feito instaurado por infração ao art. 50, I, parágrafo único, nº I, da Lei 6.736/79, que regula o parcelamento do solo urbano. Alega que o bem jurídico protegido no caso é da administração pública. E mais especificamente a administração municipal. Sustenta a viabilidade jurídica do pedido de assistência, baseando-se inclusive em entendimentos doutrinários e pede liminar (fls. 2 a 12). Junta os documentos de fls. 13 a 25.

A liminar foi indeferida (fls. 28). Informou o MM. Juiz que o feito está em vias de seguir com vista às partes para fins dos arts. 499 e 500 do Código de Processo Penal, aguardando devolução tão-só de uma precatória. Admite que a municipalidade é também vítima do ilícito perseguido, o que não basta, a seu ver, para caracterizar o interesse jurídico capaz de legitimá-la a ingressar como assistente da acusação, já que esse interesse se revela na proteção de eventual direito à indenização, em face dos efeitos que a sentença penal tem na esfera cível (fls. 30 a 33). A seguir o MM. Juiz dá nota ter notificado os réus Toshio Ioshida, Rafael Ferreira de Camargo, Antônio Carlos de Souza, José Braz da Silva e Máximo Cardoso da Silva para os fins do art. 19 da Lei 1.533/51 em 30 de julho de 1992 (fls. 36). E noticia igual providência quanto aos réus Cícero Silvério de Souza, Victório Spaccassassi e Maria Neusa de Souza e Jorge Aparecido Dutra (fls. 39). Juntaram-se os documentos de fls. 46 a 51. O d. Procurador de Justiça opinou pela concessão da ordem (fls. 53 a 57).

É o relatório.

Acolhe-se na íntegra o parecer do d. Procurador de Justiça, o Dr. Paulo Álvaro Chaves Martins Fontes.

Estabelece-se inicialmente que, no caso, a Prefeitura sofre efetivo prejuízo com a conduta criminosa analisada no processo-crime. Terá que realizar as obras de infra-estrutura e reparar eventuais prejuízos ocasionados à comunidade (como lembrado às fls. 57 e no V. Acórdão copiado às fls. 48), quando descobrir situação irregular já consolidada. O prejuízo, assim, no primeiro momento, é do patrimônio público. A Prefeitura Municipal, portanto, sob essa ótica, é vítima. A argumentação posta no V. Acórdão transcrito na R.T., 594/326 está vencida pelos mais recentes julgados, trazidos à colação nestes autos e que com a devida vênia repetem-se:

“Tratando-se de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público do Estado sendo lesada a Prefeitura Municipal de São Paulo, é admissível o ingresso desta como assistente. É que o interesse do bem público geral do órgão ministerial não coincide com o interesse secundário da ofendida Municipalidade” (R.T., 667/334).

“Se a administração municipal é diretamente atingida, posicionando-se, assim, como sujeito passivo eventual do crime (“parte lesa individuale”) nada impede que o município se habilite como assistente do Ministério Público, cuja atuação se dá na defesa do sujeito passivo constante, que é o Estado (“parte lesa sociale”)” (Mandado de Segurança, Rel. Costa Leite, D. J. U., de 17 de agosto de 1992, pág. 12.509, Supremo Tribunal Federal - fls. 57).

Pelos julgados nota-se a evidência do acerto da conclusão: o Ministério Público não defende os interesses que a Prefeitura Municipal de São Paulo, por este processo, querver assegurados. Sua linha de atuação e sua área de interesse são diversos.

É, realmente, muito elucidativa a lição de Frederico Marques (v. fls. 55), in *Direito Penal*, vol. 2, pág. 22: “Em todo o crime há dois sujeitos passivos: um constante que é o Estado, visto que o crime é violação de um interesse público e estatal; e um sujeito eventual, que é o titular do interesse concreto atingido pelo crime”.

Assim, tem a Prefeitura legítimo interesse em se habilitar como assistente da acusação. Seu interesse não é patrocinado, *in casu*, pelo Ministério Público. Sofre as conseqüências do delito, de forma diversa do Estado, considerado agora como um todo.

Nos estritos termos do excelente e precioso parecer do Dr. Paulo Álvaro



Chaves Martins Fontes que, como se viu, inspirou e foi a fôrma desta decisão, porque exauriu a questão e nada mais deixou de relevante à consideração, concede-se a segurança para que a Municipalidade de São Paulo seja admitida como assistente de acusação nos Autos nº 1/91 em trâmite no Colendo Juízo da Quinta Vara Criminal.

Custas na forma da lei.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA LEME (Presidente sem voto), BITTENCOURT RODRIGUES e SILVA PINTO, com votos vencedores.

São Paulo, 9 de novembro de 1992.

**EDUARDO PEREIRA**

Relator

**Tribunal Regional Federal  
da 3ª Região**

**Apelação Cível  
nº 89.03.08540-0 - SP**

RELATOR: O EXMO. SR. JUIZ FAUZI ACHÔA  
APELANTES: INÁCIO DE PAULA E OUTROS E  
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO - SP  
APELADOS: OS MESMOS E UNIÃO FEDERAL  
ADVOGADOS: DRS. ROBERTO V. CALVO E OUTROS E  
ARNALDO CELLINI ROCHA JR.

## ***Ementa***

### **USUCAPIÃO. ANTIGOS ALDEAMENTOS INDÍGENAS. SESMARIAS.**

I - Os aldeamentos indígenas eram terras públicas da Corte afetadas a uma destinação específica, para colonização de índios ainda em estado primitivo.

II - As terras dadas aos índios de São Miguel e Guarulhos ou Pinheiros e Barueri, jamais se constituíram em aldeamentos, reduções ou reservas indígenas, mas foram a eles dadas a título de sesmaria. Tendo, pois, passado por este instituto do domínio da Coroa para o domínio particular.

III - Cabe à União Federal, quando contesta ações de usucapião definir os limites de seu imóvel a fim de que se coteje com a localização do imóvel usucapiendo.

IV - Recurso dos Autores provido. Prejudicado o recurso do Município de São Paulo.

## ***Acórdão***

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por votação unânime, dar provimento ao recurso dos Autores e julgar prejudicado o recurso do Município de São Paulo, nos termos do voto do Senhor Juiz Relator, e na conformidade da ata do julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

São Paulo, 17 de maio de 1994. (data do julgamento)

**JUIZ SOUZA PIRES - PRESIDENTE**

**JUIZ FAUZI ACHÔA - RELATOR**

### ***Relatório***

O EXMO. SR. JUIZ FAUZI ACHÔA: Trata-se de ação de Usucapião, contestada pelo Município de São Paulo e pela União Federal, ao argumento de que a área objetivada pelos autores está inserida no antigo aldeamento de índios de São Miguel e Guarulhos.

A sentença é de improcedência. Os autos subiram por força do recurso dos autores e do Município, contra a parte da r. decisão que deixou de lhe atribuir a participação na verba honorária, posto estar no polo passivo da ação e, nesta instância judiciária recebeu parecer do **parquet** no sentido de ser mantida a decisão recorrida.

É o relatório.

### ***Voto***

O EXMO. SR. JUIZ FAUZI ACHÔA: Antes de adentrar ao mérito da causa, qual seja a de verificar se os autores preenchem as condições para obter a declaração de domínio, cumpre verificar as razões avocadas pela União Federal de que são suas tais terras, e, portanto, inusucapíveis.

A União Federal calca o seu interesse em parecer lavrado pelo Serviço do Patrimônio da União, que em suma diz o seguinte:

a) que o imóvel usucapiendo insere-se em área maior de antigo aldeamento de índios;

b) que com a extinção dos aldeamentos, as terras abandonadas pelos índios foram devolvidas à nação;

c) que a Lei 1114 de 17.09.1860 autorizou o governo a aforá-las, e que os aforamentos concedidos a diversos (sic) caíram em comisso, com o que se consolidou o domínio pleno da União sobre as terras;

d) que tais terras, por não serem devolutas não foram transferidas ao domínio do Estado de São Paulo pela Constituição de 1891;

e) que a comissão de Cadastro e Tombamento dos Próprios Nacionais arrolou as terras em tela, as quais se referiu em seu relatório publicado no Diário Oficial de 16 de Dezembro de 1923;

f) que o Decreto-lei 9760 de 05 de setembro de 1946 estabelece que se incluem entre os bens imóveis da União os terrenos dos extintos aldeamentos de índios.

Sem razão alguma a União Federal.

O grande erro do parecerista do S.P.U., erro esse, aliás, seguido por ilustres estudiosos da história agrária paulista, é partir do princípio que houve aldeamentos de índios em São Miguel e Guaruihos, em Pinheiros e Barueri.

E tal engano é levado pelo desconhecimento do significado técnico jurídico da expressão "aldeamento indígena" e da má leitura que se faz dos anais do Registro Geral da Câmara Municipal de São Paulo relativamente aos séculos XVI e XVII.

Disso resulta pensarem que são aldeamentos, todo e qualquer agrupamento de índios, ou seja, pensar que aldeamento é o mesmo que aldeia, é pensar que toda e qualquer terra ocupada por silvícolas é um aldeamento.

E desse engano inicial buscam aplicar ao caso dos autos a legislação posta para aldeamentos indígenas.

Começemos o restabelecimento da verdade pela compreensão da expressão aldeamento indígena.

Quando aqui chegou o conquistador lusitano, por direito de conquista, ou por direito de cuja origem é a força, tomou posse — em nome ae Corôa — de toda a terra alcançável.

Como na terra conquistada havia índios e era objetivo da corôa catequizá-

los, colonizá-los, ou melhor, trazê-los à "civilização" e, para tanto era preciso reuni-los, dispuseram-se a reservar partes das terras da colônia para esta empreitada. Daí surgiram as terras reservadas às missões, aldeamentos ou reduções...

Aldeamento, então, nada mais é do que uma terra de domínio público com destinação específica de nela se fazerem habitar os índios com o fim de colonização, catequese ou civilização.

Outra característica do aldeamento é a de que os índios que ali habitam serem dirigidos por jesuítas ou por leigos, mas sempre em terras da corôa.

A terra do aldeamento é então uma terra pública, afetada a um fim, qual seja a civilização dos índios, seu regime jurídico é paragonal ao das colônias militares.

Outra das características dos aldeamentos é não serem os índios ali contidos considerados pessoas capazes.

Em apoio a tal ponto de vista está o Decreto Ministerial do Império nº 1318 de 30.01.1854 que ao criar a Repartição Geral das Terras Públicas, incumbiu-a de "propor ao governo as terras devolutas que devem ser preservadas: 1 para a colonização dos indígenas"; (art. 3º, § 3º do Decreto 1318/1854 *in vade mecum* agrário - Brasília - Centro Gráfico do Senado Federal).

Mais adiante, o mesmo decreto estatui que:

"Art. 72 - Serão reservadas terras devolutas para a colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existirem ordas selvagens". (obra citada).

A Enciclopédia Saraiva do Direito no verbete "aldeamento", traz:

"Povoação de índios dirigidos por missionários ou por leigos. Extintos os aldeamentos, seus terrenos, se não forem legalmente incorporados ao domínio dos Estados Federados ou dos Municípios, integrarão o patrimônio da União." (Dec. nº 22250 de 23.12.1932, art. 4º).

A primeira das características do aldeamento é que a terra a tal destinada não sai do patrimônio público, mas apenas recebe uma afetação, enquanto ali existirem índios a serem catequizados.

A segunda das características é a de que o índio aldeado não é sujeito de direito, não tendo então capacidade jurídica para adquirir ou alienar terras. A direção do aldeamento pertence ao colonizador (religioso ou leigo).

Todavia, nem todo índio ou agrupamento indígena em determinado local, era um aldeamento.

No caso da Capitania de São Vicente, uma próspera Capitania, em 1580 já havia milhares de índios integrados à civilização colonial e já cristianizados. Tais pessoas, embora índios, não eram passíveis de serem aldeados.

Comete o engano o parecerista do S.P.U. e alguns historiadores paulistas, quando chamam de aldeamento as seis léguas de quadra atribuídas aos índios de São Miguel e Guarulhos, outras tantas, atribuídas aos índios de Pinheiros e Barueri, no ano de 1580. O que ocorreu aqui não pode ser chamado nem de aldeamento, nem de redução e nem tampouco de missão, já que os índios receberam a terra diretamente da autoridade competente sem qualquer submissão a clérigo ou a leigo.

Copiemos dos autos, para fazer melhor leitura e em seguida entender o "Registro Geral da Câmara Municipal de São Paulo" período de 1853-1630, **verbis**:

"Provisão para que nenhuma pessoa roce nas terras dos índios".

"... Faço-vos saber que os índios Fôrros das aldeias de Piratininga... fizeram petição escrita... aos taes índios e vendo sua petição e as razões que nella alegam serem justas e outrossim a maior parte delles serem christãos e terem suas igrejas ... dou aos suplicantes... que agora são e pelo tempo em diante forem para nelas fazerem e lavrarem seus mantimentos com a condição de sesmaria e assim pela mesma maneira dou seis léguas em quadra ... para os moradores da dita aldeia que agora são e pelo tempo em diante forem com as condições em sesmarias."

Da leitura do trecho acima que se constituem em exertos do texto de fls., dos autos verifica-se:

- que os índios devidamente integrados à civilização colonial peticionaram ao Governador Geral e receberam as terras (São Miguel/Guarulhos; e Pinheiros/Barueri) a título de sesmaria, com a condição de pagarem "dízimo a Deus" (sic).

Sesmarias não são compatíveis com a idéia de aldeamento, conforme passaremos a verificar.

O erro dos que tem estudado a matéria é esquecer ou fazer má leitura do título de posse lavrado no Registro Geral da Câmara Municipal de São Paulo; e,

Pinheiros e Barueri eram sesmeiros, como foram chamados no Brasil, os donatários de sesmaria.

E sesmaria não é nem aldeamento como quer o parecerista do SPU, nem tampouco pode ser confundido com a enfiteuse ou aforamento.

No aldeamento, como vimos, a terra não se desprende nem do domínio nem da posse da Corôa Portuguesa ou do Império Brasileiro; já no aforamento ou enfiteuse, desprende-se a posse da terra, ficando o domínio em poder do enfiteuta ou foreiro, *in casu* a Corôa Portuguesa e o Império Brasileiro.

O parecerista do SPU comete então engano quando pensa que pelo abandono, as terras retornaram ao Império Brasileiro e daí teriam sido aforadas.

A sesmaria implica na alienação do domínio e posse. É o instituto pelo qual foram privatizadas as terras públicas no Brasil.

A lei das sesmarias foi promulgada em 1375 por D. Fernando I de Portugal, e, implicava na retomada da terra dos que a não cultivavam (em Portugal) para entregá-las a pessoas que viessem fazê-lo.

O instituto sofreu muitas vicissitudes nos seus cinco séculos de vigência em Portugal e no Brasil. Aqui tornou-se forma de privatizar as terras públicas da Corôa.

O Regimento do Governador Geral do Brasil datado de 17 de dezembro de 1548 determinava que às sesmarias fossem aplicadas a legislação da Capitania da Bahia.

Assim, em 1580 quando as terras da Capitania de São Vicente, mais precisamente das aldeias de Piratininga, foram dadas em sesmaria, a diversas pessoas, inclusive a índios, tal instituto tinha a característica de verdadeira doação com encargo. Encargo que consistia no cultivo da terra, na sua medição e no pagamento do dízimo a Deus.

Da leitura do documento acima transcrito em parte, não se tem dúvida alguma de tais seis léguas de quadra de Pinheiros e Barueri e as outras tantas seis léguas de São Miguel e Guarulhos, foram dadas aos índios em 1580, com a condição de sesmaria; ora, a única das condições da sesmaria é o encargo que o donatário tem de cultivar e medir a terra que recebe, e pagar o dízimo a Deus. Por seu turno, o próprio título de doação em exame reconheceu que as terras de seu objeto estavam de há muito sendo lavradas, portanto reconhecida desde logo, cumprindo o encargo pelos índios, a quem atribuía pois a propriedade... "pelo



tempo em diante”, também não se pode dizer que não foi cumprido o encargo de medi-las, em primeiro lugar porque entregues devidamente medidas e ainda porque a União, quatro séculos após a lavratura da sesmaria se vale da medição originária conforme demonstrado nos autos. Quanto ao “dízimo a Deus” eram óbulos à suas ordens religiosas e de seu descumprimento não se tem notícia.

Ocorreu, então, no caso em exame, um verdadeiro e total desprendimento da propriedade e posse da terra da Corôa para os índios cristianizados das aldeias de Piratininga. Desde então (1580) tais terras não são de domínio público.

Privatizadas as terras pelas sesmarias, não há que se falar em devolução ou revisão.

Corrigido o erro básico e fundamental, de considerar “aldeamento índios” terras particulares de índios, desmorona toda a tentativa de aplicar às terras em questão, a legislação dirigida aos aldeamentos indígenas.

A legislação aplicável a tais terras, desde 1580 até a presente data é e só pode ser aquela destinada a reger e regular a propriedade privada.

Em duas hipóteses as terras havidas em sesmarias podem retornar ao doador:

a) se não for cumprido o encargo. A Lei 601 de 1850 determinou a retomada das terras possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, dizendo claramente que se o donatário (sesmeiro) caísse em comisso, tais terras seriam consideradas devolutas.

Resalte-se todavia que aqui, “comisso” não significa falta de pagamento do foro ou laudêmio. Comisso é falta de cumprimento de obrigação, e o cumprimento da obrigação, nas sesmarias aqui estudadas, é pura e simplesmente o cultivo e medição da terra e o pagamento do dízimo a Deus.

Nada consta terem os índios inadimplido tal obrigação, nem nada consta terem sofrido o competente processo que os declarasse em comisso.

Portanto as terras dadas aos índios no que tange ao regime jurídico — não diferem em nada daquelas dadas aos demais colonos que aqui se estabeleceram. Despregando-se, pois, do patrimônio público e entrando para o patrimônio privado dos que a receberam.

b) se forem abandonadas. Evidente que o abandono da propriedade privada a faz retornar ao patrimônio público (Código Civil, art. 589, III e § 2º).

Todavia isto não aconteceu com as terras dadas aos índios..., pois para que se perca a propriedade pelo abandono e para que esta retorne ao domínio público há necessidade de um processo de arrecadação do bem imóvel vago, para que, depois de alguns anos, passe novamente ao domínio público.

Não assiste razão à peça de sustentação da União quando diz que "... as terras abandonadas pelos índios foram devolvidas à nação...". Para uma afirmação como essa é preciso demonstrar o abandono e indicar o processo pelo qual o terreno vago integrou-se novamente ao bem patrimonial da União.

Tal não acontece. E o pressuposto é o de que a terra não foi abandonada pelo seu proprietário, cabendo ao Estado, se e quando pretender retomar o imóvel abandonado, demonstrar o abandono em processo judicial regular.

Assim, pode se falar com certeza que as terras dadas não foram retomadas pelo doador.

A União diz que as terras "retornaram" a ela pelo abandono. Como se tal pudesse acontecer de forma automática ou por simples determinação legal, sem qualquer processo judicial nem procedimento administrativo.

A esse respeito a Lei nº 601 editada em 18 de setembro de 1869, vulgarmente denominada lei de terras, dispôs que as terras possuídas por títulos de sesmarias sem preenchimento das condições legais, fossem legalizadas. Em nenhum momento permitiu sua retomada, pelo poder público.

Note-se que tal lei de terras foi promulgada quase três séculos após a dação em sesmaria aos índios de Piratininga, quando na região se havia construído dezenas de vilas e cidades, estando densamente povoada.

Não há qualquer indício nos autos do processo de que as terras dadas aos índios, que delas se tornaram senhores e possuidores, tenham revertido ao patrimônio da União. Nem há qualquer declaração de abandono que justifique tal retomada.

O que ocorre, e, que talvez tenha sido a causa da confusão entre "aldeamento" e "sesmaria" é que ao contrário dos demais sesmeiros do Brasil, os índios não peticionaram terras em nome individual, mas em nome da coletividade, e, foi em nome da coletividade indígena que a terra foi concedida, conforme se vê do documento de outorga acima transcrito. Mas isso não impede que essa comunidade ou melhor — para usarmos o nosso direito — essas sociedades ou associações de fato denominadas "Índios de Piratininga da Aldeia dos Pinheiros e da Aldeia de Uruai" (sic), tenham recebido, terras a título de sesmarias,

tornando-se senhores e possuidores das mesmas.

Pontes de Miranda enfoca o assunto com precisão:

**“Se foi a coletividade que passou a centro agrícola, ou se incorporou à sociedade civilizada, a propriedade é do grupo, da horda ou da tribo ou da nação, na pessoa do chefe, segundo o conceito da vida jurídica interna. Exteriormente há a propriedade segundo o sistema jurídico brasileiro; internamente, segundo o direito grupal, hórdico, tribal ou nacional silvícola”. In Tratado de Direito Privado - Parte Especial - Tomo XII, pg. 449-ERT.)**

Em suma:

a) as terras dadas aos índios de São Miguel e Guarulhos; e, Pinheiros e Barueri jamais se constituíram em aldeamentos, reduções ou reservas, mas foram a eles dadas a título de sesmaria, tendo, pois, passado do domínio público da Corôa para o seu domínio particular;

b) não consta dos autos nem na história de São Paulo, qualquer retomada de tais terras por parte do poder público, sendo certo que os anais judiciários, não acusam qualquer declaração de abandono de tais terras;

c) a Lei 1114 de 16 de setembro de 1860 não se aplica ao caso dos autos, pois da leitura de seu texto verifica-se tratar-se de lei orçamentária (1861/1862) que simplesmente autoriza o governo aforar ou vender os terrenos pertencentes às antigas missões e aldeias dos índios que estiverem abandonadas (sic). Evidente que as terras objeto da inicial, nunca foram missões nem aldeias indígenas, no seu sentido jurídico, mas sim propriedade particular adquirida por sesmaria;

d) saídas do domínio público para integrar o domínio privado em 1580, as terras em tela jamais reverteram ao domínio público pelo abandono, pois isso depende de processo judicial que nunca foi promovido. Mesmo porque, parece que jamais ocorreu abandono por parte dos que a receberam;

e) a União jamais arrolou como suas, as terras concedidas aos índios em sesmarias, nem jamais denominou tais terras de “antigos aldeamentos”. Da leitura do Diário Oficial de 16 de Dezembro de 1923, verifica-se que a Comissão de Cadastro reconhece como da União “... uma grande área em ambas as margens do rio Tietê...” (DOU fls. 31.983). Que tal área teria sido aforada a diversos que deixaram, por muitos anos, de pagar o foro.

A União jamais se disse sucessora dos índios. Menciona como sua uma "grande área" de terra em ambas as margens do Rio Tietê, que teria sido confiscada aos Jesuítas. (DOU 23/12/1923).

Evidentemente que, neste particular, a Comissão de Cadastro e Tombamento dos Próprios Nacionais, não pode estar correta, simplesmente porque, jamais poderia ter sido confiscado aos jesuítas aquilo que nunca lhes pertenceu. Como vimos e demonstrado está, as terras acima apontadas, foram dadas diretamente aos índios, portanto, o confisco aos jesuítas em 1759 não pode ter atingido tais terras, nem seus proprietários — os índios, por seus sucessores.

No entanto a União Federal — por sua Comissão de Cadastro — diz e comprova ser enfiteuta de uma "grande área de terras" superposta à propriedade dada aos índios. (DOU 23/12/1923). O deslinde da questão de como veio a ter de volta essas áreas é explicada com meridiana clareza pela Procuradoria Municipal de São Paulo em parecer que publica in Estudos de Direito Público, São Paulo VI (1) jan/jun de 1987:

**"Sendo as terras de aldeia férteis, os brancos principiaram em ocupá-las, de tal forma que a câmara começou a cuidar mais do aldeamento. Assim, em 1622, São Miguel era, também, um povoado de brancos. A partir de 1660 a Câmara invoca provisão de Diogo Luiz de Oliveira, Governador Geral de 1627 a 1635, pela qual as terras dos índios poderiam ser repartidas entre os moradores, desde que aqueles não fossem prejudicados. Em 1679, o Desembargador sindicante e Ouvidor Geral, João da Rocha Pitta, nos "Capítulos de correição reconhece à Câmara a ampliação de seus direitos a São Miguel. À partir de então a Câmara passa a aforar as terras da aldeia e a cobrar foros aos ocupantes que anteriormente lá se haviam situado ..."**

**"A Corôa sempre admitiu, tacitamente, os aforamentos e cobrança de foros e conservação dos caminhos pela Câmara, chegando mesmo a ser reconhecido indiretamente o aforamento realizado, com a carta régia endereçada ao Ouvidor em 1713. À partir do século XVIII começa a desaparecer a aldeia propriamente dita e, não obstante, eventualmente, como ocorreu em 1740, algum administrador se rebelasse contra a Câmara e tentasse alguma ação contra esta."**

Foi assim, que se deu a reversão ao domínio público, das terras que eram particulares — por esbulho — cometido pela Câmara e ao depois pela União.

Em princípio, tais aforamentos seriam todos nulos, já que a Câmara e a União Federal aforaram terras particulares e não terras públicas, assim sob a denominação de aforamento cometeram os poderes públicos e os homens bons da terra, verdadeiro esbulho, sem amparo na legislação. Todavia como leciona Hely Lopes Meirelles, quando trata da “desapropriação indireta” diz que, “consumado o apossamento dos bens e integrados ao domínio público, tornam-se daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação...”

A conclusão final que se impõe é a seguinte:

a) presumem-se particulares, as duas glebas de seis léguas de quadra, que foram atribuídas aos índios das aldeias de Urual e dos Pinheiros;

b) as áreas menores inseridas nestas duas glebas, que o poder público retomou por expropriação indireta ou esbulho para em seguida aforar a terceiros diversos, integra o patrimônio público.

Esta é aliás, a posição da comissão de Cadastramento e Tombamento dos Próprios Nacionais ao considerar, como sendo da União, apenas os “... terrenos foreiros entre Capital e Mogi das Cruzes”, devidamente indicados no relatório da comissão (DOU 23/12/1923, pág. 31.383).

Jamais esta comissão cometeu a leviandade de atribuir à União a propriedade das glebas de terras indicadas pelo parecerista do SPU, mas apenas indica “Terrenos Foreiros” entre a Capital e Mogi das Cruzes (DOU 23/12/1923, pág. 31.383).

Em vista disso desloca o ônus da prova, pois presumem-se particulares as terras contidas na gleba de terras, que a União diz serem suas, salvo aquelas indiretamente expropriadas e aforadas. Cabe à União, indicar que as terras objeto do presente Usucapião, descritas na inicial, estão entre as que retomou e que integra o seu patrimônio.

Todavia a contestação não indica haver retomado ou ter sido aforada pela União a terra objeto da inicial, não sendo possível fazer-se prova a respeito, por não fazer parte do contraditório a respeito, que a própria autora indicasse com precisão as medidas e confrontações de sua área, o que não é feito.

Por outro lado, ainda que viesse a demonstrar mais tarde, que a União Federal é proprietária e enfiteuta do imóvel usucapiendo, mesmo assim, tal não prejudicaria o andamento da ação nem a prolação da sentença de Usucapião, tomando-se, neste caso, os usucapientes foreiros da União e, portanto, obrigados aos pagamentos do foro e laudêmio.

E não se diga como quer a União, que as terras em tela caíram em comisso, pois, tal afirmação, não tem qualquer sustentáculo, ainda mais quando a Súmula 165 do STF diz: "Depende de sentença a aplicação da pena de comisso".

Ora, a União ao arguir que o domínio útil do imóvel lhe foi revertido pelo comisso dos enfiteutas, deveria: a) demonstrar a enfiteuse; b) indicar a sentença que declarou o comisso.

Em não o fazendo, deve suportar o usucapião do domínio útil da área ainda que continue senhora de mesma.

Ressalte-se, nas enfiteuses o domínio útil e usucapível.

Por fim, mesmo que inexistissem quaisquer fundamentos acima citados, e se realmente estas terras tivessem sido, extintos aldeamentos como quer o parecerista da União e, portanto fossem de seu domínio útil e não devolutas, mesmo assim, por força do Decreto nº 2.672 de 20/10/1875 e da Lei 3.348 de 20/10/1887 teriam sido, respectivamente, transferidos à municipalidade onde se situavam, ou, à província de São Paulo.

**Verbis: Decreto nº 2.672 de 20/10/1875.**

**"Art. 1º .....**

**Parágrafo 3º - As terras em que estiverem ou que possam ser fundadas vilas ou povoações e as que forem necessárias para logradouros públicos, farão parte do patrimônio das respectivas municipalidades, e por estas serão cobrados os respectivos fôros para abertura e melhoramento das estradas vicinais".**

**Lei nº 3.348 de 20/10/1887.**

**"Art. 8º .....**

**Os terrenos que não se acharem nas condições do parágrafo 3º da Resolução nº 2.672 de 20 de outubro de 1875, e não forem pelo Ministério da Agricultura empregados nos termos da Lei de 18 de setembro de 1.850, e os terrenos das extintas aldeias de índios serão do mesmo modo transferidos às Províncias em que os houver".**

**(in Vade Mecum Agrário - MA - INCRA-Brasília - Centro Gráfico do Senado Federal, 1978).**

Assim se verifica, que mesmo que tais terras fossem de domínio útil da União, não necessitariam da promulgação da Constituição Federal de 1891, para terem se deslocado do seu patrimônio e passado aos Municípios em 1875 ou remanescido às províncias.

De qualquer lado que se olhe, a questão e qualquer que seja o regime jurídico dessas terras durante a colônia e o império, surge a certeza de que são terras alienáveis e usucapíveis.

Os autores por seu turno demonstraram que com *animus domini* vêm mantendo, por mais de 20 anos, a posse mansa e pacífica da gleba usucapienda.

Todos os requisitos legais foram observados e a posse restou declarada justificada.

No que respeita ao recurso do Município de São Paulo, prejudicado o seu conhecimento em razão da reforma da sentença e do reconhecimento do direito dos autores.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso dos autores para declarar-lhes o domínio sobre o imóvel objeto da ação. Prejudicado o recurso do Município de São Paulo.

É o voto.

**JUIZ FAUZI ACHÔA - JUIZ RELATOR**

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

MINUTA DE JULGAMENTO

SEGUNDA TURMA

89.03.008540-0

5945 AC-SP

PAUTA: 17/05/94 JULGADO: 17/05/94 NUM. PAUTA: 0427

RELATOR: Exmo. Sr. JUIZ FAUZI ACHÔA

PRESIDENTE DA SESSÃO: Exmo. Sr. JUIZ SOUZA PIRES

PROCURADOR DA REPÚBLICA: DR. RANOLFO ALVES

#### AUTUAÇÃO

APTE : INACIO DE PAULA e outros

APTE : PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO-SP

APDO : OS MESMOS

#### ADVOGADOS

ADV : ROBERTO V. CALVO e outros

ADV : ARNALDO CELLINI DA ROCHA JR

#### SUSTENTAÇÃO ORAL

#### ***Certidão***

Certifico que a Egrégia SEGUNDA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Segunda Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso do autor, restando prejudicado o recurso do Município de São Paulo. Acompanharam o voto do Sr. Juiz Relator os Eminentes Juízes RAMZA TARTUCE e SOUZA PIRES.

Secretário(a)

Presidente