

# REVISTA JURÍDICA

**DA PROCURADORIA GERAL  
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**



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

**PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**  
Celso Pitta

**SECRETÁRIO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS**  
Edvaldo Brito

**PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO**  
Sílvia Helena Nogueira Cruzelhes

**CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS**  
Coordenadora: June Alberici de Mello

## **CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS**

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio, 42  
01318-000 São Paulo - SP - Brasil  
fones (0xx11) 239.4525/239.3194

## **COMISSÃO EDITORIAL**

Procuradoras June Alberici de Mello (Presidente), Ângela Maria Rocha De Biase  
e Maria Fernanda Raposo de Medeiros Tavares Martins  
Bibliotecárias Alzira Aparecida Coraini Rhormens e Maria Elisa Dias de Andrade Furtado  
Auxiliares Técnico-Administrativas Lourdes de Cássia Gomes de Souza  
e Maria Regina Rampanha

*Capa*

*Foto de Militão de Azevedo*

*Arquivo Histórico do Município de São Paulo*

### Catlogação na Fonte

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

CDD 340.05

CDU 34(05)

São Paulo, junho de 2000

## DOUTRINA

<b><i>Notas sobre o Controle Preventivo de Constitucionalidade</i></b> Anna Candida da Cunha Ferraz .....	13
<b><i>O Trânsito e o Município</i></b> João Lopes Guimarães .....	43
<b><i>Interesses Difusos e Coletivos</i></b> Rodolfo de Camargo Mancuso .....	77
<b><i>Mercosul e os Direitos do Consumidor</i></b> José Geraldo Brito Filomeno .....	105
<b><i>A Função Social da Propriedade Urbana</i></b> Livia Maria Armentano Koenigstein Zago .....	121
<b><i>Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional</i></b> Lídia Reis de Almeida Prado .....	145
<b><i>Unificação Imobiliária - Alguns Aspectos Práticos</i></b> Luís Mário Galbetti .....	159

## PRÊMIOS

**"OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO" - 1996**

<b><i>Parecer sobre veiculação de propaganda eleitoral. Legislação federal e municipal conflitantes. Antinomia aparente. Problema inerente ao Sistema Jurídico e ao caráter dinâmico do direito. Aplicação do critério da especialidade.</i></b> Maria Fernanda R. de Medeiros Tavares Martins .....	169
---	-----

# SUMÁRIO

“TRABALHO RELEVANTE DO ANO” - 1996

***Impugnação da Municipalidade de São Paulo a embargos à execução fiscal para cobrança de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Alegação de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 8º e artigo 40 da Lei 6.830/80. Prescrição. Má-fé processual. Coisa julgada.***

Antonio Carlos D'Ávila - Departamento Fiscal ..... 185

***Manifestação da Municipalidade de São Paulo em ação civil pública. Pedido de integração à lide no pólo passivo na qualidade de assistente litisconsorcial. Constitucionalidade e legalidade da implantação do Plano de Atendimento à Saúde (PAS). Legalidade da contratação da Fundação ré. Admissibilidade da utilização de verba do Fundo Municipal de Saúde.***

Maria Regina Ferro Queiroz - Departamento Judicial ..... 197

***Mandado de segurança impetrado pela Municipalidade de São Paulo. Vista de autos judiciais fora de cartório. Direito líquido e certo garantido ao advogado. Inteligência dos artigos 7º, inciso XV, da Lei nº 8.906/94 e 40, inciso III, do Código de Processo Civil.***

Flávio Parreira Galli - Departamento Patrimonial ..... 235

***Contestação da Municipalidade de São Paulo em ação ordinária de indenização. Representação do condomínio em juízo. Ilegitimidade “ad causam” de condomínio em plano horizontal em ação expropriatória. Método indenizatório de servidão “non aedificandi”. Função social da propriedade em face da ordenação urbanística da cidade.***

Antonio F. da Rocha Frota - Departamento de Desapropriações..243



- Aposentadoria e benefícios previdenciários concedidos a vereadores por lei de iniciativa do Poder Legislativo Municipal. Custeio pelo Instituto de Previdência Municipal - IPREM. Infração ao princípio da independência dos Poderes. Ação direta de inconstitucionalidade. Procedência ..... 255**
- Bem público municipal. Posse de má-fé. Recebimento dos frutos previstos no art. 513 do Código Civil. Reintegração de posse. Procedência ..... 263**
- Diversões eletrônicas. Constitucionalidade de lei municipal que regula localização dos estabelecimentos. Competência legislativa municipal. Ação declaratória cumulada com ordinária de prestação de fato e indenizatória. Improcedência ..... 267**
- Execução fiscal. Penhora: substituição. Penhora de dinheiro arrecadado em bilheteria. Pertinência em face da necessidade de garantia eficaz do juízo e do crédito executado. Agravo de instrumento provido ..... 273**
- Fundo de comércio. Perda conseqüente à expropriação do imóvel pela Municipalidade. Contrato não regido pela Lei de Luvas e sem prazo determinado. Ação ordinária de indenização. Improcedência ..... 279**
- Imunidade tributária. Interpretação restritiva. Pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços exclusivamente ao Estado. Serviços de natureza não privativa e não essencial ao Estado. Hipótese de aplicação do art. 150, VI, "a" e parágrafos da Constituição Federal não reconhecida. Ação declaratória. Improcedência ..... 283**

<b>Interdição judicial de prédio por uso irregular. Medida provisional específica. Interesse e legitimidade presentes. Prosseguimento do processo. Apelação provida .....</b>	<b>287</b>
<b>LP.T.U. Imóvel pertencente a agremiação desportiva. Alcance da isenção tributária aplicável à hipótese. Ação anulatória de débito fiscal. Improcedência .....</b>	<b>291</b>
<b>LS.S. Base de cálculo: inclusão do valor do imposto no preço do serviço prestado. Ausência de ofensa a legislação federal. Recurso improvido .....</b>	<b>295</b>

# **Notas sobre o Controle Preventivo de Constitucionalidade**

**Anna Candida da Cunha Ferraz**

---

*Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procuradora do Estado de São Paulo. Ex-Procuradora Geral do Estado de São Paulo.*

**Sumário:** I. Introdução II. O controle preventivo de constitucionalidade: 1. Conceituação 2. Objetivo 3. A presença constitucional do controle preventivo de constitucionalidade 4. Notas características: 4.1 Modalidades 4.2 Prazos 4.3 O objeto do controle preventivo de constitucionalidade 4.4 O processo do controle preventivo de constitucionalidade 4.5 Efeitos da decisão em sede de controle preventivo de constitucionalidade 5. O controle preventivo de constitucionalidade no Brasil: 5.1 O controle preventivo político 5.2 O controle jurisdicional preventivo III. Considerações finais: as vantagens e as desvantagens do controle preventivo de constitucionalidade.

## I - Introdução

A conveniência de prevenir ou reparar as violações à Constituição é defendida pelos tratadistas pátrios e estrangeiros<sup>(1)</sup>. De um modo geral, os sistemas constitucionais modernos e contemporâneos, fundados numa Lei Fundamental Suprema, base de todo o ordenamento jurídico, centrados em constituições rígidas, admitem o controle de constitucionalidade.

É o controle de constitucionalidade um dos princípios do Estado Democrático de Direito que se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular e dotada de supremacia.

Certo é mencionar que, embora ainda se tenha presente a discussão sobre a compatibilização do controle de constitucionalidade com a teoria democrática, ou, mais precisamente, sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade exercido sobre as leis por órgão estranho ao Legislativo<sup>(2)</sup>, o fato é que a adoção de sistemas de controle de constitucionalidade permeia praticamente todos os estados constitucionais<sup>(3)</sup>.

Se não se questiona, portanto, a necessidade e a conveniência do controle de constitucionalidade, certo é que acesa polêmica se trava quando se busca organizar ou instrumentalizar o exercício do controle de constitucionalidade: que métodos de controle adotar, que método se mostra mais adequado ao Estado Democrático de Direito, qual deve ou pode ser o objeto do controle, que órgãos devem exercer o controle, que efeitos deve ou pode o controle de constitucionalidade produzir, qual o método mais eficaz, como se coloca neste contexto a interpretação constitucional. Estas são algumas questões que o tema do controle suscita.

---

(1) Cf., por todos, Fernandez Segado, *Sistema Constitucional Español*, 1992, p.1041.

(2) Usualmente órgão composto por membros não eleitos, como é o caso do controle exercido pelo Poder Judiciário nos sistemas presidencialistas de governo.

(3) A questão da legitimidade do controle de constitucionalidade e sua compatibilidade com o regime democrático foi discutida em profundidade no Colóquio realizado em Uppsala pela Associação Internacional de Ciências Jurídicas, em 1984. O tema, abordado especificamente no Colóquio: "Le Controle Juridictionnel des Lois - Legitimité, effectivité e développements récents" mereceu um Relatório Geral lavrado por Mauro Cappellati in *Le Controle Juridictionnel des Lois*, organizado por Louis Favoreu et J. A. Jolowicz, *Economica, Presses Universitaires D'Aix-Marseille*, 1986, p.286 e segts.



De outro lado, convém recordar que, hoje, mais do nunca, a preocupação de se buscar assegurar a efetividade e o cumprimento da Constituição coloca o "controle de constitucionalidade" como um dos pontos centrais no plano do Direito Constitucional. Preocupam-se os juristas com a eficácia jurídica e social do documento constitucional, sede normativa básica dos valores da sociedade. Como assegurar o efetivo cumprimento das normas constitucionais? Como "vigiar", "fiscalizar" para que a norma constitucional, fruto da escolha (presume-se) consciente dos representantes do povo, seja observada? Neste campo, portanto, situa-se a principal problemática do "controle da constitucionalidade": a efetividade da Constituição e a eficiência do controle, eis os pólos de preocupação na temática.

## ***II - O controle preventivo de constitucionalidade***

### ***1. Conceituação***

Como se sabe, por controle de constitucionalidade entende-se a verificação da adequação de qualquer ato jurídico comissivo (ou omissivo) à Constituição. Consiste, pois, o controle de constitucionalidade em verificar a conformidade ou a desconformidade, a adequação ou a inadequação do ato jurídico ou da omissão do poder público ante a Constituição, com o objetivo de, se desconforme ou inadequado, sanar-se o vício e fazer prevalecer a Norma Fundamental<sup>(4)</sup>; ou, por outras palavras, busca-se, pelo controle de constitucionalidade, garantir que cada norma e cada comportamento subordinados à Constituição lhe sejam conformes<sup>(5)</sup>, e, se desconformes, procura-se inutilizá-los.

Pressupõe, pois, o controle, a existência de uma norma parâmetro - a Constituição - que funciona como o segundo termo da relação, sendo que o primeiro termo da relação é representado por **atos normativos** (leis, leis delegadas, qualquer que seja o nome pelo qual são reconhecidas nos diferentes ordenamentos jurídicos, etc.) ou por **comportamentos** (uma obrigação de fazer, **verbi gratia** uma nomeação pelo Presidente da República) ditados diretamente pela Constituição.

---

(4) Cf. Anna Candida da Cunha Ferraz, *Conflito entre Poderes*, Revista dos Tribunais, 1994, p. 192.

(5) Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Ed. 1983, II, p. 305.

É que o controle de constitucionalidade, qualquer que seja a modalidade por ele assumida, implica no exame do ato ou comportamento em confronto direto com a Constituição. Em tese, entre o ato em questão e a Constituição não existe norma interposta, ou quando existe, tal norma não esgota ou não contém todo o fundamento do ato ou do comportamento que acaba por se fundar na própria Constituição.

Dentre as modalidades de controle aponta-se o controle preventivo de constitucionalidade.

Caracteriza esta modalidade de controle o **momento** em que atua. Contrapondo-se ao chamado controle sucessivo ou repressivo<sup>(6)</sup>, relaciona-se **ao momento da formação** dos atos ou dos comportamentos sob controle. Assim, o controle prévio é aquele que se exerce antes de concluído o processo de formação do comportamento ou do ato, inclusive no que pertine à sua efetiva execução<sup>(7)</sup>.

Destarte, em regra, é o controle que opera antes que o comportamento ou o ato se aperfeiçoem<sup>(8)</sup>, se tornem obrigatórios, existentes e válidos e eficazes.

## **2. Objetivo do controle**

Ponto relevante a ressaltar, segundo generalizadamente aponta a doutrina<sup>(9)</sup>, é o objetivo do controle preventivo, que, em geral, significa interferência frontal no exercício da atividade normativa dos poderes políticos.

O objetivo do controle preventivo é impedir, vedar ou dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais; é evitar que um ato jurídico inconstitucional, especialmente uma norma inconstitucional,

---

(6) Cf. Ferraz, Anna Candida da Cunha, *Conflito entre Poderes*, 1994, p. 194; tb. Clève, Clármerson Mertin, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, RT, 1995, p. 58.

(7) Cf. Jorge Miranda, *Manual*, 1963, II, p. 312.

(8) Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 1995, p. 31.

(9) Ver Jorge Miranda, *cit. fls.* 317.

venha a ser promulgada e se torne válida e eficaz. Assim, esta modalidade de controle constitui, em essência, um instrumento de defesa da Constituição contra violações primárias, grosseiras e inequívocas, que justifiquem a fiscalização "a priori".

Trata-se, destarte, de controle que incide sobre a criação da norma, diferentemente do controle repressivo que incide para a destruição de uma norma já posta.

### ***3. A presença constitucional do controle preventivo***

O controle preventivo desponta como modalidade de controle particularmente nas constituições de pós 2a. guerra mundial (Itália, 1948; Alemanha, 1949; França, 1946 e 1958), mas assume espaço significativo nas constituições das décadas de 1970, 1980 e 1990, afora outras constituições<sup>(10)</sup>. Apresenta-se tratado, de modo expresso, na Constituição de Portugal de 1976 (mantido, com algumas alterações nas reformas posteriores de 1982, 1989, 1992), num capítulo cujo rótulo por si é bastante elucidativo "Da fiscalização preventiva de constitucionalidade" (art. 278). O modelo é seguido por algumas constituições de Estados lusófonos, promulgadas nesta década<sup>(11)</sup>; é assimilado pela Constituição da Espanha de 1978 e se encontra, também, estampado em algumas constituições de Estados, antigas colônias francesas, que seguem o modelo francês. Jorge Miranda, examinando o tema cita ainda outros exemplos de constituições que estampam esta modalidade de controle.<sup>(12)</sup>

Releva assinalar que, pelos exemplos citados, já se percebe que o controle preventivo de constitucionalidade convive mais diretamente com o sistema parlamentarista de governo, que, a seu turno, adota o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, em regra posto na competência das Cortes Constitucionais. É certo que vamos encontrar algum tipo de controle preventivo em constituições presidencialistas. Dentre estas merece menção expressa a Constituição de Costa Rica. Embora

---

(10) Cf. Jorge Miranda, *Manual*, p.356.

(11) Cf. *As Constituições dos Estados Lusófonos*, compiladas por Jorge Bacelar, Aequitas, 1995.

(12) Cf. *Manual de Direito Constitucional*, II, 1983, p. 356.

dentro de um sistema presidencialista de governo, o modelo de controle de constitucionalidade adotado é o modelo concentrado atribuído a uma Câmara Especializada da Corte Suprema de Justiça, composta de sete magistrados eleitos por maioria qualificada de 2/3 (dois terços) de parlamentares<sup>(13)</sup>. Nas demais, como veremos adiante, o controle prévio de constitucionalidade, além de estritamente limitado quanto ao seu objeto, apresenta-se, também, bastante diferenciado dos modelos adotados nos sistemas parlamentaristas.

#### **4. Notas características do controle preventivo**

##### **4.1 - Modalidades de controle preventivo**

O controle preventivo apresenta-se em várias modalidades, conforme o critério adotado para examiná-lo. Assim, é possível distinguir o controle prévio externo e o interno; o controle preventivo político e o jurisdicional; o controle que incide diretamente durante o procedimento de formação dos atos ou comportamentos e o que incide após concluído tal procedimento mas antes de o ato se aperfeiçoar e produzir os seus efeitos normais; o controle obrigatório e o facultativo e o controle prévio material ou formal; o controle total ou parcial; o puro ou o misto; o colegiado ou o singular. Merecem exame particularizado algumas dessas modalidades de controle quando especialmente voltadas para o controle dos atos legislativos ou normativos:

##### a) Controle preventivo externo ou interno.

O controle preventivo externo é o realizado por órgão estranho àquele que produz o ato ou o comportamento sindicado. No que respeita aos atos legislativos é precipuamente o controle que incide sobre o projeto de lei, nas suas várias fases, e é realizado por órgão diferente do Poder Legislativo; exemplificando, é o controle atuado por um órgão jurisdicional propriamente dito, pela Corte Constitucional, pelo povo, ou pelo Executivo.

---

(13) Cf. Ruben Hernandez Valle, *La Justice Constitutionnelle au Costa-Rica*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, PUF, n° 18, 1994, p.227 e segs.



O controle preventivo interno, que incide também sobre os atos legislativos, é o realizado por órgãos e comissões do próprio Poder Legislativo durante a tramitação de um projeto de lei.

A modalidade de controle prévio mais freqüentemente encontrada é o controle prévio externo, que incide sobre atos aprovados pelo Legislativo e em vias de promulgação. É o caso do veto do Poder Executivo a um projeto de lei (como ocorre em Costa Rica) ou do controle atuado pelo Conselho Constitucional na França, por força do que dispõe o artigo 61 da Constituição francesa de 1958.

b) O controle preventivo quanto ao órgão: controle político e controle jurisdicional.

O controle preventivo tanto pode ser atuado por um órgão político, como por órgão jurisdicional. Via de regra, nos sistemas que adotam o modelo concentrado de controle atuado por um Tribunal Constitucional cumpre a este órgão exercê-lo. É o caso de Portugal, Itália, Angola<sup>(14)</sup>.

O controle preventivo atuado por órgão não jurisdicional, ou seja o chamado controle político de constitucionalidade, tal como indicado em Burdeau, é por exemplo o veto, que permeia os sistemas presidencialistas. Aliás, Burdeau usa exatamente a Constituição Brasileira de 1934 para exemplificar esta modalidade de controle.

A Constituição de Costa Rica, em seu artigo 125, habilita o Poder Executivo a apor veto a projetos de lei (com algumas ressalvas) fundado em motivos de inconstitucionalidade. Interessante observar que esta Constituição, diferentemente das demais que também adotam o veto executivo, determina que quando a Assembléia Legislativa rejeita o veto, este deve ser remetido à Câmara Constitucional que deverá resolver a questão em trinta dias. Não é, pois, o veto superável definitivamente pela Assembléia,

---

(14) Na Constituição do Estado de S. Tomé Príncipe, de 20.09.1990, o controle é realizado pela própria Assembléia Nacional (art. 86) a quem cabe ratificar os decretos leis (leis delegadas). Na verdade, em São Tomé Príncipe, não existe Tribunal Constitucional. Somente existe controle político de constitucionalidade, cabendo à Assembléia Nacional (art. 111) exercê-lo, inclusive em caráter de controle político repressivo. No referido Estado, apenas a Assembléia Nacional pode apreciar os atos do governo, apreciar, modificar ou anular diplomas legislativos ou quaisquer medidas de caráter normativo adotadas pelos órgãos do poder político que contrariem a Constituição. O controle de constitucionalidade é incidente em um processo, podendo ser suscitado de ofício pelos tribunais, pelo MP ou pelas partes (art. 111.4), tendo a decisão da Assembléia Nacional força obrigatória.

como é usual nos demais sistemas, ficando destarte sob a dependência do pronunciamento do órgão constitucional. Pode-se identificar, neste caso, a incidência do controle dito misto, que combina elementos do controle político com o exercido pelo órgão jurisdicional.

A constituição de Angola, de 1992, que segue a de Portugal, admite a legislação delegada onde não existe reserva absoluta de legislação pelo Parlamento (art. 57), cabendo ao Tribunal Constitucional, à semelhança de Portugal, exercer a fiscalização preventiva (art. 154), mediante requerimento do Presidente da República ou de 1/5 de deputados.

Também a Constituição Espanhola abriga o controle prévio a ser realizado pelo Tribunal Constitucional e que recai especialmente sobre a ratificação de certos tratados (art. 95.2). Estende-se, todavia, tal controle às leis em geral, por força da cláusula geral contida no art. 161.1 "d", que incorporou a modalidade na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. Esse controle prévio incidente sobre as leis é rotulado de "forma excepcional de controle" conforme aponta Cruz Villalon<sup>(15)</sup>, que o admite "como um mal menor". "Um mal porquanto se trata da interferência no processo legislativo por parte de um órgão estranho ao mesmo, aparecendo como um "veto constitucional"<sup>(16)</sup>. Afora isto, em Espanha, o Tribunal Constitucional exerce controle prévio sobre o projeto de Estatuto de Autonomia das comunidades autônomas, que pode ser provocado pelo Presidente do Governo, pelo Defensor do Povo, cinquenta deputados, cinquenta senadores e pelos órgãos colegiados executivos e Assembléias das Comunidades Autônomas<sup>(17)</sup>.

### c) Controle preventivo quanto ao momento.

O controle preventivo pode incidir durante o procedimento de elaboração do ato ou após sua elaboração e antes de seu aperfeiçoamento.

Em Portugal, segundo Jorge Miranda<sup>(18)</sup> não há sujeição automática de certos diplomas, nem uma pré-apreciação necessária de todos os

(15) apud Francisco Fernandez Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984, p. 187.

(16) Fernandez Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España*, 1984, p. 187.

(17) Cf. Fernandez Segado, *La Jurisdicción*, 1984, p. 192.

(18) Cf. *Manual*, Tomo II, p. 358 e 359.

diplomas. Para o exercício do controle impõe-se a iniciativa do Presidente da República ou dos Ministros da República. A iniciativa exerce-se **antes da ratificação** quanto aos tratados; quanto às leis e aos decretos-lei, os diplomas referidos devem ser remetidos ao Tribunal Constitucional **antes** da promulgação das leis; e devem ser submetidos ao controle preventivo, **antes da assinatura**, os decretos de aprovação de acordos internacionais e os decretos legislativos regionais ou decretos regulamentares regionais. Interessante observar que, no caso de o Tribunal Constitucional não se pronunciar pela inconstitucionalidade, tanto o Presidente da República como o Ministro da República podem exercer o poder de veto, solicitando nova apreciação do diploma pela Assembléia respectiva ou comunicando-o ao Governo (art. 139º, 1 e 4 e art. 235º, 4). Já, ao contrário, o exercício do "veto político" preclui a iniciativa de fiscalização preventiva, salvo se houver modificação do texto pela Assembléia, em segunda deliberação<sup>(19)</sup>.

#### d) Controle preventivo obrigatório e facultativo.

Revelam as constituições vigentes que o controle preventivo pode ser obrigatório, exigível para certos diplomas, ou pode ser facultativo, isto é, provocado por iniciativa discricionária de certas autoridades públicas.

Em regra, o controle preventivo é facultativo, tal como ocorre em Portugal, onde pode ser suscitado por órgão ou autoridades políticas: o Presidente da República (quando a este cabe promulgar leis, decretos leis (leis delegadas), os ministros de Estado, os Presidentes do Parlamento ou de suas Casas (art. 278º, 1 e 2).

Vale ainda observar que o Presidente da República, o Primeiro Ministro e um quinto de Deputados podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva de qualquer norma constante de decreto enviado ao Presidente da República para promulgação como **lei orgânica**.

A Constituição francesa abriga os dois tipos de controle preventivo<sup>(20)</sup>: o obrigatório e o facultativo<sup>(21)</sup>. De um lado, a Constituição Fran-

(19) Cf. Jorge Miranda, *Manual*, 1983, p. 358.

(20) Jean Gicquel (*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, 1995, p. 766) menciona o controle exercido pelo Conselho Constitucional em via de ação e o controle prévio, mas aduz a existência de um projeto de revisão da Constituição, sugerido por Robert Badinter, instituindo o controle por via de exceção na França.

(21) cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflito*, p. 195, nota, 199 a 200.

cesa demanda, obrigatoriamente, o exercício do controle preventivo no caso das **leis orgânicas e dos regimentos parlamentares**. Devem estes diplomas ser remetidos ao Conselho Constitucional, **antes** da promulgação ou publicação. Nesses casos a promulgação fica suspensa pelo prazo em que o Conselho deve se pronunciar (1 mês ou 8 dias). O requerimento pode ser formulado pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembléia Nacional e do Senado, e, mais recentemente, por 60 deputados. O controle preventivo é facultativo no caso dos Tratados Internacionais quando aprovados, mas não publicados. As mesmas autoridades retro indicadas podem solicitar o pronunciamento do Conselho Constitucional. Cabe ao Conselho Constitucional examinar a compatibilidade entre o tratado e a constituição. No caso de negativa, a revisão da constituição deve preceder à ratificação do tratado<sup>(22)</sup>.

A Constituição de Costa Rica, como se viu, abriga também as duas modalidades de controle prévio: o obrigatório e o facultativo.

e) Controle preventivo material e formal.

Tal como ocorre no controle repressivo, o controle preventivo pode incidir sobre o exame do conteúdo material do ato em referência à Constituição ou relativamente ao procedimento formal que deve ser observado na sua elaboração.

Jean Gicquel aponta tais modalidades de controle: o *controle interno ou material* da lei, que se opera por referência à Constituição e o *controle externo ou formal* do texto que se exerce tendo como parâmetro as regras procedimentais introduzidas pela Constituição, em prol da racionalização da atividade parlamentar<sup>(23)</sup>.

Ruben Hernandez Vaile analisando a Constituição de Costa Rica, aponta o controle formal de constitucionalidade ali existente ao observar que, em Costa Rica, a "decisão da Câmara Constitucional somente se impõe na medida em que ela estabelece a existência de um procedimento

(22) Ver Gicquel, cit., p. 768. O Autor menciona a Lei Constitucional que disciplina a matéria.

(23) Cf. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 14a. ed., Montchrestien, 1995, p.745-746.



inconstitucional no exame do projeto<sup>24</sup> considerado, quer se trate de reforma constitucional, quer de um projeto de lei qualquer<sup>(24)</sup>.

#### 4.2 - Prazos

Essencial para o funcionamento adequado do controle preventivo é a fixação de prazos, seja para as autoridades requererem a apreciação do diploma pelo órgão competente (controle facultativo), seja para provocarem tal manifestação (controle obrigatório), seja para o órgão competente (Tribunal Constitucional ou Conselho Constitucional) se pronunciar.

A eficácia do controle preventivo está, assim, ligada à celeridade da apreciação da questão de constitucionalidade pelo órgão competente. A questão de prazo se torna tanto mais necessária quando se percebe que este controle barra a ação legislativa, impedindo a elaboração de um ato normativo pelo poder competente, como se viu.

Releva notar que a fixação de prazos tanto incide sobre a iniciativa do controle como, e principalmente, para a tomada de decisão sobre o mesmo pelo órgão competente.

Em Portugal a provocação deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da recepção do diploma pela autoridade competente (art. 278<sup>o</sup>,3). A **vacatio** deve ser prevista no diploma, vale dizer, este tem de estabelecer que, antes de sua promulgação, transcorrerá o prazo para a interposição do controle de constitucionalidade preventivo. O Tribunal Constitucional tem prazo de vinte e cinco dias (que pode ser encurtado por solicitação de urgência do Presidente da República - art. 278<sup>o</sup>, 8) para pronunciar-se.

A **vacatio** estabelecida pelo próprio diploma, salienta Jorge Miranda<sup>(25)</sup>, não pode frustrar os poderes dos órgãos de iniciativa e do Tribunal Constitucional, nem reduzir o tempo para a fiscalização se exercer. Se isto ocorrer, a **vacatio** deverá ser considerada prejudicada ou automaticamente prolongada por efeito da norma constitucional.

(24) La Justice Constitutionnelle au Costa-Rica, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, PUF, n<sup>o</sup> 18, 1994, p. 237.

(25) Cf. Manual, 1983, p. 356.

De notar-se que a Constituição de Portugal prevê, de modo expresso (art. 278, 7) que o Presidente da República não pode promulgar os decretos de lei orgânica sem que decorram oito dias após a respectiva recepção, o que busca exatamente evitar a inviabilização do controle prévio por uma promulgação célere, no dia imediato da recepção, por exemplo; também o Presidente da República não pode promulgar o decreto referido antes do pronunciamento do Tribunal Constitucional, nos casos em que a intervenção deste órgão é requerida.

O artigo 61 da Constituição Francesa de 1958 estabelece que o Conselho Constitucional deve se pronunciar dentro de um mês a partir da provocação, sendo que em caso de urgência este prazo, por solicitação do Governo, pode ser reduzido a oito dias. No caso do controle obrigatório das leis orgânicas, a provocação deve ser feita antes de sua promulgação, e a dos regulamentos parlamentares antes de sua entrada em vigor (art. 61). No caso das leis em geral, incluídas como objeto do controle pela Emenda Constitucional de 1974, presume-se que o prazo para a provocação do controle deve ser o mesmo que o prazo atribuído ao Presidente para a promulgação da lei (art. 10).

Em Costa Rica a provocação do controle prévio deve ser posta antes de a matéria receber votação definitiva e a Câmara Constitucional tem um mês de prazo para resolver a questão.

#### **4.3 - O objeto do controle preventivo**

Usualmente, esta modalidade de controle incide **sobre e no** processo de criação de normas e, apenas, raramente, sobre atos ou comportamentos diretamente derivados da Constituição.

Revela o estudo comparado que o objeto principal do controle preventivo são: a.1) as normas ditas primárias, isto é, normas derivadas diretamente da Constituição<sup>(26)</sup>. Neste rol de normas primárias se incluem as leis em elaboração pelo Parlamento, ou os atos normativos primários, originados, por reserva constitucional, do Governo; a.2) as leis delegadas, ou seja, sobre atos normativos elaborados pelo Governo mediante autori-

---

(26) Cf., para ver o sentido de normas primárias, Ferreira Filho, Curso, 1995, p. 159-162.

zação do Parlamento; a.3) as normas constantes de tratados internacionais; a.4) os decretos regulamentares regionais (nos Estados que adotam o sistema administrativo de divisão regionalizada, como ocorre em Portugal<sup>(27)</sup>); a.5) em alguns sistemas, tal controle incide também sobre a reforma constitucional.

Exemplificando:

A fiscalização preventiva em Portugal, disciplinada no artigo 278<sup>º</sup>, é bastante ampla quanto ao objeto de controle. Incide sobre qualquer norma constante de tratado internacional, sobre decretos enviados ao Presidente da República para promulgação como lei ou decreto-lei, sobre acordo internacional remetido para a assinatura do Presidente da República. Incide, ainda, sobre decretos regulamentares regionais e decretos legislativos regionais.

Em Espanha, o controle prévio incide sobre os tratados internacionais e sobre os projetos de Estatutos de Autonomia (que devem ser submetidos ao referendo popular) e sobre as Leis Orgânicas. O primeiro é previsto diretamente pela Constituição (art. 95) e o segundo foi incorporado pela LOTC<sup>(28)</sup>. Fernandes Segado, discorrendo sobre o "recurso prévio" para declarar a inconstitucionalidade dos Estatutos de Autonomia defende a validade da medida, tendo em vista que seria irrazoável o gravíssimo problema que seria suscitado pela invalidação jurisdicional de uma norma em cuja elaboração participou o povo por intermédio do correspondente referendo<sup>(29)</sup>.

Na França, o Conselho Constitucional exerce controle prévio sobre as leis orgânicas, antes de serem estas promulgadas; também exerce controle prévio sobre os regulamentos parlamentares e suas modificações. Em ambos os casos o fundamento constitucional está no artigo 61 da Constituição, sendo que o Conselho Constitucional se recusa a examinar qualquer caso que envolva regulamentos parlamentares já em execução.

---

(27) Cf. Jorge Miranda, *Manual*, p. 357.

(28) Cf. Fernandez Segado, *La Jurisdicción*, 1984, p.190. Observa o Autor que neste caso a função do Tribunal Constitucional se aproxima mais da função legislativa do que da jurisdicional, porquanto se trata de um controle sobre projeto de normas. A decisão do Tribunal Constitucional não pode declarar a nulidade da norma, mas apenas ordenar a reabertura do processo de elaboração.

(29) *Ob. cit.*, p. 191.

Quando consultado com fundamento no mencionado artigo o Conselho não pode se recusar a examinar a questão<sup>(30)</sup>. Em reforma introduzida em 1974, o alcance do artigo 61 foi ampliado para abranger também as leis em geral que, antes de sua promulgação, podem ser "deferidas" ao Conselho Constitucional mediante solicitação do Presidente da República, do Primeiro Ministro, do Presidente da Assembléia Nacional, do Presidente do Senado ou de sessenta deputados ou sessenta senadores<sup>(31)</sup>.

Costa Rica, que adota um sistema concentrado de controle de constitucionalidade através de uma Câmara especializada na Suprema Corte de Justiça, conforme se mencionou, admite um controle prévio, como na França, porém em amplitude bem maior, segundo acentua Ruben Hernandez Valle<sup>(32)</sup>. O controle prévio obrigatório incide sobre projetos de reforma constitucional ou de reforma da lei relativa à jurisdição constitucional, além de alcançar os projetos relativos à aprovação de tratados ou acordos internacionais; o controle facultativo pode ser movimentado, mediante solicitação de dez deputados, relativamente a todos os demais projetos de lei e aos textos de aprovação de atos ou contratos administrativos ou a revisão do regulamento interno da Assembléia Legislativa; a Corte Suprema de Justiça, o Procurador Geral da República, o Tribunal Eleitoral também podem provocar controle prévio sobre projetos de lei que afrontem as normas relativas à competência constitucional respectiva; finalmente, o Defensor do Povo também pode provocar o controle sobre projetos de leis que entenda afrontosos a direitos e liberdades fundamentais<sup>(33)</sup>. Anota referido Autor a particularidade do sistema que permite controlar a constitucionalidade das regras *interna corporis* do Legislativo, sendo que, conforme indica, esse controle prévio - tanto o dos regimentos internos da Assembléia como os relativos às revisões constitucionais - somente incide sobre os *vícios procedimentais*.

---

(30) Cf. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, Favreau e Philip, 3<sup>ème</sup> éditions, Sirey, 1984, p. 37-38.

(31) Cf. *Constitutions et Documents Politiques*, org. de Maurice Duverger, PUF, 1985, p. 264.

(32) *La Justice Constitutionnelle au Costa-Rica*, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, PUF, n<sup>o</sup> 18, 1994, p.227 e segts.

(33) Cf. Ruben Hernandez Valle, *La Justice Constitutionnelle au Costa Rica*, p. 235.

#### 4.4 - O processo do controle prévio

Parece relevante mencionar que a disciplina do processo de controle prévio, que se desenvolve nos sistemas onde o controle é atribuído a um órgão constitucional específico (às Cortes ou Tribunais Constitucionais, ao Conselho Constitucional em França, à Câmara Constitucional em Costa Rica), assume especial relevo. De observar-se que a Constituição e as Leis Orgânicas dos Tribunais Constitucionais e órgãos especiais buscam, acima de tudo, manter a celeridade do processo através da fixação de prazos estreitos e das restrições às delongas dilatórias do procedimento.

A iniciativa do controle preventivo é notadamente reservada a órgãos ou autoridades públicas (o Governo, o Presidente da República, o Procurador Geral) ou a um grupo de parlamentares. Não se encontra exemplos de controle preventivo provocado por iniciativa popular (reservado o caso do referendo obrigatório que deve ser provocado antes de a lei entrar em vigor e que, indiretamente, poderia constituir manifestação de controle popular de constitucionalidade) ou por particulares interessados.

Em razão da fixação de prazos, acima mencionada, o processo de controle preventivo busca ser célere, ficando o contraditório reduzido ao mínimo. Na verdade a fixação de prazos, como se viu, é extraordinariamente necessária nesta modalidade de controle, a fim de não se constituir ela em mero instrumento político de retardamento do processo de elaboração legislativa.

Para exemplificar, veja-se o processo adotado em Costa Rica, muito bem relatado por Ruben Hernandez Valle.

Em Costa Rica a solicitação de controle obrigatório deve ser formulada pela Mesa da Assembléia Legislativa; nos demais casos pelos deputados ou órgãos habilitados para tanto.

Quando se trata de uma revisão constitucional, a solicitação de exame deve ser formulada após o voto da reforma em "primeira leitura", no curso da primeira legislatura e antes da leitura definitiva do projeto. Relativamente aos outros projetos ou atos legislativos sujeitos ao controle

a solicitação deve ser feita após o voto em “primeira leitura” e antes do voto em “terceira e última leitura”. Todavia, quando a Assembléia tem prazo fixado pela Constituição ou pelo Regimento para votar o texto, a demanda à Câmara deve ser formulada em “prazo razoável”, diz Ruben Hernandez Valle, sendo que o projeto pode ser votado mesmo se a decisão da Câmara não é proferida. Este caso ocorre principalmente com os projetos de lei orçamentária.

Inexistindo prazos fixados constitucionalmente ou regulamentarmente, a provocação do controle deve ser feita antes do voto definitivo, repita-se.

Salvo no caso do exame obrigatório, a demanda deve ser apresentada sob forma articulada, precisando os aspectos do projeto considerados inconstitucionais.

A Câmara Constitucional, depois de receber a demanda, comunica à Assembléia o recebimento e lhe solicita enviar os documentos relativos à questão, bem como os elementos de fato que possam instruir o processo. O exame de constitucionalidade não interrompe o processo legislativo, salvo o voto do projeto em terceira e última “leitura”, ou se esta já teve lugar, a assinatura ou a publicação do respectivo decreto (ressalva feita aos projetos que têm prazos fixados constitucionalmente ou regulamentarmente, como se viu).

Tem a Câmara um mês de prazo para examinar o projeto questionado, prazo este contado da recepção do mesmo pela Câmara. Uma vez terminado o exame pela Câmara Constitucional, a discussão do projeto continua.

Fernandez Segado relata o procedimento a ser observado pelo Tribunal Constitucional em Espanha, acrescentando que o processo não apresenta a natureza de um conflito, porque, em realidade, formula-se ao Tribunal uma consulta que se resolve segundo formas processuais e, embora tenha efeitos vinculantes, parece aproximar-se mais da chamada jurisdição voluntária constitucional<sup>(34)</sup>. A decisão do Tribunal não adota em

---

(34) *ob. cit.*, p. 189

sentido estrito a forma de *sentença*: a LOTC menciona o termo *pronunciamento*. Se este *pronunciamento* é no sentido da inexistência da inconstitucionalidade alegada, o texto seguirá o curso do procedimento correspondente. Se o Tribunal entender existir a inconstitucionalidade alegada, deverá declarar qual o preceito ou os preceitos constitucionais infringidos. Neste caso, a tramitação do texto não poderá continuar sem a prévia supressão ou modificação dos mesmos pelo órgão competente. Assim, o pronunciamento do Tribunal tem efeitos vinculantes, pois obriga a supressão ou reforma dos preceitos que contrariem a Constituição.

Assinale-se, ainda, que esta via de controle preventivo não cerra a possibilidade de um controle posterior, segundo determina de modo expresso o artigo 79,5 da LOTC. Destarte, ressalta o constitucionalista espanhol, o *pronunciamento* do Tribunal Constitucional, nesses casos, não produz efeitos de "coisa julgada material". A declaração do Tribunal tem efeitos vinculantes (embora tal não esteja expressamente previsto no texto constitucional, mas sim na LOTC, art. 78.2). Os órgãos legitimados para provocar o controle prévio estão previstos no artigo 95.e da Constituição Espanhola e 78.1 da LOTC (o Governo, qualquer das Câmaras, e no caso dos Estatutos Autônomos, as autoridades interessadas, conforme mencionado acima). O Regulamento do Congresso estabelece, de modo expresso, como pode o órgão provocar o controle prévio (iniciativa do Pleno, dos Grupos Parlamentares, uma quinta parte dos deputados); o Regulamento do Senado também dispõe a respeito<sup>(35)</sup>.

O Tribunal, como se viu, não se pronuncia sobre anteprojetos ou propostas prévias, mas apenas sobre o texto definitivo pendente apenas do requisito do consentimento para tornar-se ato normativo aperfeiçoado.

Recebida a provocação, o Tribunal assinala prazo para que o solicitante ou demais órgãos legitimados, no período de um mês, manifestem sua opinião fundamentada sobre a questão. Salvo outros pedidos de esclarecimentos formulados pelo Tribunal, este emitirá sua declaração<sup>(36)</sup>.

---

(35) Cf. Fernandez Segado, ob. cit., p. 189.

(36) Cf. ob. cit., p. 190.

#### 4.5 - Os efeitos da decisão

Fixar, de modo preciso, os efeitos das decisões sobre controle de constitucionalidade é medida de grande importância na dinâmica constitucional, particularmente em se tratando de controle preventivo, uma vez que essa modalidade de controle incide sobre a atuação própria e independente dos poderes políticos, seja quando se trata de controle sobre a formação da lei, seja quando incide sobre decretos-lei ou decretos regulamentares, da lavra do Governo com a aprovação dos Parlamentos. Isso mesmo evidenciam as Constituições dos Estados que adotam o controle preventivo de constitucionalidade. Em sua maioria, tais constituições cuidam de disciplinar, de modo expresso, os efeitos da decisão produzida em sede de controle preventivo.

Assim, se o órgão competente se pronuncia pela constitucionalidade das normas legislativas, das normas regulamentares, etc., a autoridade que provocou o incidente **deve promulgar o diploma**. É o que ocorre em Portugal, com ressalva ao tratado porquanto neste caso o poder do Presidente para assiná-lo ou não é discricionário.

Se a pronúncia é pela inconstitucionalidade, ainda no caso de Portugal (art. 279º), estabelece a Constituição, os efeitos são imediatos e comuns, isto significando que o Presidente da República ou o Ministro da República devem vetar a norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional. Assim, prevê a Constituição a impossibilidade de promulgação, assinatura ou ratificação do diploma, conforme o caso, se o órgão que o tiver aprovado não expurgar a norma julgada inconstitucional (art. 279º, 2). Refere-se Jorge Miranda a um tipo de *veto vinculado*, diferente do veto clássico. Por outro lado, a comunicação do pronunciamento somente é feita ao órgão que provocou o controle<sup>(37)</sup>.

Em Portugal, admite-se que os decretos sejam reformulados e novamente examinados, se isto for solicitado. Canotilho refere-se, nesse caso, à *reabertura do processo legislativo*<sup>(38)</sup>. Observe-se que somente o **órgão legislativo elimina o preceito inconstitucional ou pode refor-**

---

(37) Cf. Jorge Miranda, Manual, p. 361.

(38) Cf. Canotilho, Direito Constitucional, 996.



**mulá-lo.** Mas admite-se, também (art. 279º, 2), que o decreto seja confirmado por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções. Assim, a Assembléa da República pode confirmar um decreto inconstitucional pelo voto de 2/3 de deputados e o Presidente deve promulgá-lo, nesse caso. Vê Jorge Miranda, nesta medida, um meio de *equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Tribunal Constitucional*.

No caso de norma constante de tratado, se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela sua inconstitucionalidade, este poderá ser ratificado se a Assembléa da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de suas funções (art. 279, 4).

Observa-se, portanto, que, em Portugal, a decisão do Tribunal Constitucional pode ser superada, não sendo definitiva, pois.

A Constituição de Cabo Verde, no tocante aos efeitos da decisão de constitucionalidade, segue, em linhas gerais, a de Portugal no que se refere à fiscalização preventiva da constitucionalidade, conforme dispõem os artigos 301º e 302º.

Na França, estabelece o artigo 62 da Constituição de 1958 que uma disposição declarada inconstitucional não pode ser promulgada nem ter aplicação. As decisões do Conselho Constitucional não são suscetíveis de recurso. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais. Na verdade, o Conselho Constitucional não anula leis, apenas admite que o governo revogue ou afaste a lei (no caso, por ex., do art. 34, que introduz a figura da chamada *deslegalização*). Em se tratando do controle previsto no artigo 61, o qual, conforme Gicquel, é o único controle de constitucionalidade existente em França, o Conselho Constitucional, segundo a lei orgânica que o organizou, deve motivar a declaração e fazê-la publicar no Jornal Oficial, **depois** de comunicar seu texto à Assembléa (art. 61)<sup>(39)</sup>. Na verdade, o juiz constitucional dá uma

---

(39) Observa-se que a Assembléa Nacional pode modificar as disposições julgadas desconformes à Constituição pelo Conselho Nacional e reapresentar o texto ao mesmo, que então é submetido a um segundo exame. Esta praxe foi admitida pelo Conselho Constitucional, cujo rigor para examinar os regulamentos parlamentares sobre sempre questionamentos. Cf. Favoreu et Philip, *Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 1984, p. 40-41.

*interpretação* à lei que resulta numa *reedição* da lei ou, conforme ressalta Gicquel, ocorre uma *censure constructive* que determina a não conformidade da lei à Constituição e que o legislador deverá observar. Reformulada a lei, o texto definitivo, votado, deve ser promulgado pelo Chefe de Estado (art. 10 da Constituição), num prazo de quinze dias após o seu encaminhamento pelo Governo<sup>(40)</sup>. Este prazo fica suspenso quando ocorre a consulta ao Conselho Constitucional.

Também a Constituição de S. Tomé e Príncipe, que adota modalidade de controle político prévio, estabelece, diretamente, os efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade: as decisões tomadas em matéria de inconstitucionalidade pela Assembléia Nacional terão força obrigatória geral e serão publicadas no *Diário da República*" (art. 111<sup>o</sup>, 4).

Em Espanha os efeitos do pronunciamento do Tribunal Constitucional foram relatados acima, englobadamente com o processo a que submete o controle prévio. Apenas para lembrar, demonstra Fernandez Segado que a decisão do Tribunal Constitucional, no caso de controle prévio, tem caráter vinculante, porquanto se trata de evitar a ratificação do tratado, a aprovação referendária de um Estatuto, ou a promulgação de uma Lei orgânica que faria politicamente mais onerosa sua invalidação **ex post** por inconstitucionalidade, se o bloqueio prévio, anterior aos atos finais, não tivesse lugar<sup>(41)</sup>.

Nos sistemas que admitem o controle político prévio externo, através do veto ao projeto de lei, os efeitos do veto são, via de regra, superáveis. O veto pode ser derrubado pelo Legislativo, ressalvado o exemplo dantes citado de Costa Rica, onde o veto não aceito pelo Legislativo por motivo de inconstitucionalidade deve ser submetido à Câmara Constitucional. No tocante ao prazo para o exercício do veto, as Constituições sempre o definem de modo expresse.

---

(40) Trata-se de competência vinculada, segundo observa Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 1995, p. 748-749.

(41) Cf. ob. cit., p. 187.

## **5. O controle preventivo de constitucionalidade no Brasil**

As constituições brasileiras não abrigaram, de modo geral, o controle preventivo de constitucionalidade, nos moldes vistos nas constituições parlamentaristas contemporâneas. O sistema presidencialista de governo, adotado entre nós desde 1891, na linha do modelo americano introduzido pela famosa decisão de Marshall de 1807, inclinou-se pelo controle de constitucionalidade jurisdicional e, conseqüentemente, repressivo, inicialmente difuso, e presentemente, seja pelo método difuso, seja pelo concentrado<sup>(42)</sup>.

Não obstante, é possível identificar a existência, em nosso sistema, de institutos e práticas próprias ou exemplificativas do controle de constitucionalidade preventivo, quer político, quer jurisdicional.

### **5.1 - Controle de constitucionalidade preventivo político**

Até a Constituição de 1988, a título de controle preventivo de constitucionalidade, no plano federal, apontavam-se os usuais nos sistemas presidencialistas, vale dizer o chamado controle político de constitucionalidade, operado pelo Poder Executivo ou pelo próprio Poder Legislativo, a saber: o veto presidencial, veto preventivo, modelo de controle externo, fundado em motivo de inconstitucionalidade e o pronunciamento das Comissões de Justiça das Casas Legislativas contrário à constitucionalidade de qualquer projeto ou ato submetido à sua censura (controle preventivo interno).

Assim, previam as Constituições de 1891 (art. 37, § 1º), 1934 (art. 45, *caput*), 1937 (art. 66, § 1º), 1946 (art. 70, § 1º), 1967 (art. 62, § 1º) e 1969 (art. 59, § 1º) o veto presidencial fundado em motivo de inconstitucionalidade. Em todos os casos, o veto presidencial, modalidade de controle político externo, não era definitivo, mas superável pelo Congresso Nacional.

A Constituição de 1988 mantém o **veto presidencial** (art. 66, § 1º). Pode o Presidente da República vetar o projeto de lei, já aprovado no Congresso Nacional, fundando seu veto na inconstitucionalidade do projeto. O veto será sempre motivado e poderá colher o projeto no seu todo ou parcialmente. Como nas constituições anteriores, o veto não é absoluto,

---

(42) Cf. de minha autoria *Apostamentos sobre o Controle de Constitucionalidade*, RPGE, v. 32.

mas apenas relativo e superável. Será superado desde que, em sessão conjunta das Casas, tomada dentro de 30 dias de seu recebimento, for rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores, em votação secreta (§4º). Observe-se que, existindo no Brasil o controle jurisdicional de constitucionalidade, a lei porventura resultante de veto superado poderá ser objeto deste controle jurisdicional que, este sim, é terminativo.

Mantido o veto, o projeto será promulgado pelo Presidente da República ou pelo Presidente do Senado (ou Vice-Presidente), no caso de os dois primeiros não assinarem a promulgação devida (§7º). Além de prazos para a apresentação do veto pelo Presidente, e para apreciação do veto pelo Congresso Nacional, institui a Constituição Federal de 1988 a figura do **sobrestamento** que consiste em, esgotado o prazo sem deliberação pelo Congresso Nacional, colocar-se o veto na ordem do dia da sessão imediata, ficando as demais proposições sobrestadas até a votação final do veto, com algumas ressalvas (§6º); o silêncio do Presidente da República, no prazo de 15 dias fixado para o seu veto, importará sanção do projeto (§3º).

Ainda em matéria de controle preventivo externo, viabilizado por órgão político, a Constituição de 1988 inova ao introduzir nova modalidade de controle político de constitucionalidade, consoante decorre dos artigos 49, V e 68, §3º. Trata-se de controle de "sinal trocado", todavia, porquanto se cogita de controle político de constitucionalidade a ser exercido pelo Congresso Nacional relativamente a atos do Presidente da República. Como se observa à leitura dos indicados textos, além de introduzir o controle político sucessivo, consubstanciado na **sustação**, pelo Congresso Nacional, de atos regulamentares e de legislação governamental delegada (art. 49, V), a Constituição em vigor cria a modalidade do controle político prévio. Tal controle prévio é exercido pelo Congresso Nacional, no caso previsto no artigo 68 (que disciplina a lei delegada) quando este estabelece que o Congresso Nacional pode determinar a remessa necessária do **projeto de lei delegada**, elaborado pelo Executivo, para apreciação do Poder Legislativo. Assim, o exame da legislação delegada se fará previamente à promulgação da lei delegada. A decisão do Congresso Nacional, rejeitando o projeto de lei delegada, aborta o nascimento da legislação

delegada. Não há recurso contra esta decisão do Poder Legislativo, de tal sorte que este controle, que não está sujeito a prazo, é definitivo e insuscetível de controle jurisdicional de constitucionalidade<sup>(43)</sup>.

É certo que nem sempre configurará esta apreciação do Congresso Nacional controle de constitucionalidade porquanto, em razão da amplitude do texto constitucional, tal controle poderá, também, incidir no mérito do projeto de lei delegada ou configurar simplesmente um controle de legalidade<sup>(44)</sup>. Mas a inferência mais evidente que se retira da disciplina constitucional é que a rejeição do projeto de lei delegada se fará por “excesso de delegação” ou pelo abuso ou mau uso que o Presidente da República faz da delegação que recebe, o que resulta, em última análise, em infração das normas constitucionais de distribuição de competências entre poderes.

Observe-se que a sustação “a posteriori” dos atos normativos presidenciais, que também configura controle de constitucionalidade, é controle político sucessivo e a meu ver superável pelo pronunciamento do poder judiciário.

Por outro lado, é possível vislumbrar, no Brasil, controle de constitucionalidade preventivo, político porquanto exercido pelo Congresso Nacional, de atos administrativos presidenciais, derivados diretamente da Constituição ou inerentes à função executiva própria do Presidente da República. Trata-se do controle do Poder Legislativo sobre atos do Poder Executivo que, ainda que possam ser vistos sob outras óticas (freios e contrapesos, partilha de competências relevantes para o estado, etc.), resultam verdadeiro controle de constitucionalidade da atuação do Poder Executivo pelo Poder Legislativo.

Tal modalidade de controle preventivo pode configurar controle de constitucionalidade no caso do exercício de certas competências administrativas do Congresso Nacional, arroladas precipuamente nos arts. 49 e 52 da Constituição Federal. Sob a ótica do controle, cogita-se nesses casos de o Poder Legislativo participar do exercício da função executiva, aprovando atos que, em decorrência do princípio da separação de poderes,

---

(43) *Idem supra*, fls. 138.

(44) Cf. *Conflito entre Poderes*, 1994, p. 99 e seguintes.

seriam inerentes à função executiva. Esta participação, que pode ser vista como exercício do controle de freios e contrapesos, não deixa de ser interferência de um poder na competência de outro poder, daí porque, ao menos no que respeita à distribuição de competências, pode ser visto tal controle como controle de constitucionalidade. Veja-se, exemplificadamente, o artigo 52, quando cogita da aprovação de nomes para o exercício de certos cargos tipicamente administrativos, ou o artigo 49, quando cuida da aprovação de certos atos presidenciais ou da autorização de certas práticas presidenciais.

Também é mantido no sistema brasileiro em vigor, como modalidade de controle político preventivo interno, o pronunciamento das Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso sobre a constitucionalidade dos projetos de leis e resoluções a serem apreciados pelo Parlamento. A disciplina dos efeitos do pronunciamento dessas comissões fica a cargo dos respectivos Regimentos Internos. Assim, exemplificando, o parecer da Câmara de Deputados opinando sobre a inconstitucionalidade da proposição implica arquivamento do projeto, salvo se 2/3 (dois terços) dos deputados solicitarem a votação em plenário. Com a ressalva apontada, tal parecer é terminativo. Nesses casos, considerando-se tratar-se de “questão de política interna” não pode incidir controle jurisdicional.

## ***5.2 - Controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional***

O controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, já se disse, é precipuamente repressivo e, ante o sistema constitucional vigente, desenvolve-se por dois métodos: o controle difuso de constitucionalidade e o controle dito concentrado. Pelo primeiro, todo e qualquer ato jurídico pode ser apreciado em sua compatibilidade com a Constituição e todo e qualquer juiz pode decidir a questão de constitucionalidade. A decisão definitiva e final fica a cargo do Supremo Tribunal Federal, cuja missão, no sistema constitucional brasileiro, é a de guarda da Constituição (art. 102, **caput** e inciso III). Desta forma, a decisão que envolve a constitucionalidade de atos jurídicos, particularmente das leis (federalis, estaduais ou municipais), proferida em grau de jurisdição inferior, poderá ser levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal que, em decisão definitiva, proferida pela maioria absoluta de votos (art. 97), decidirá sobre a incons-

titucionalidade questionada. A decisão, nesses casos, terá efeitos para as partes. O controle concentrado é atuado pelo Supremo Tribunal Federal pela ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e pela ação direta de constitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional 3/93 (e ainda pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Na primeira, a decisão tem efeitos "erga omnes" e, na segunda, eficácia contra todos e efeitos vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo (art. 102, I, "a"). Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, os efeitos ditados pela Constituição resumem-se a dar ciência ao órgão competente para editar a norma ou a fixação de prazo para a adoção das providências administrativas cabíveis (art. 103, § 2º).

Destarte, ante o sistema vigente, não existe a previsão do controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade, nos moldes existentes no direito comparado. Não é prevista a possibilidade de o Judiciário, em tese, impedir a tramitação (frustrando a iniciativa, discussão ou aprovação) de projetos de lei em curso no Congresso Nacional<sup>(45)</sup> e a conseqüente conversão deste em lei, fundado em motivo de inconstitucionalidade.

Não obstante, o tema do controle preventivo jurisdicional vem aflorando as lides jurídicas, tanto em sede de controle difuso como no de controle concentrado.

No caso do controle concentrado, a questão tem sido suscitada ante o Supremo Tribunal Federal particularmente a propósito de propostas de Emenda Constitucional que, de modo flagrante, violam as cláusulas intocáveis contidas no art. 60, § 4º da CF. Como se sabe, a Constituição de 1988, alargando o conteúdo das matérias intocáveis por Emendas Constitucionais, determina em seu artigo 60 que: "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de Poderes, e os direitos e garantias individuais". Ante a propositura de Emendas Constitucionais, tidas como afrontosas a tais cláusulas, é que se tem impetrado a ação direta.

---

(45) A mesma regra se projeta relativamente aos demais níveis de poder, Estadual e Municipal.

Desse teor a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 466-DF, interposta pelo Partido Socialista Brasileiro contra a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara que admitiu proposta de Emenda Constitucional instituindo a pena de morte no Brasil mediante consulta plebiscitária<sup>(46)</sup>, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello. A súmula da decisão proferida nesta ação, ainda em sede de Medida Liminar, enfatiza inexistir “controle preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro”, afora considerar a ausência, no caso, de ato normativo que possibilite o ajuizamento da ação direta, nos termos da Constituição.

Convém transcrever parte de referida Ementa:

“O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - *como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite* - o sistema de controle jurisdicional preventivo, *em abstrato*. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal.

Atos normativos *in fieri*, ainda em fase de formação, com tramitação não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva - a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que, de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico.

A jurisprudência do Supremo Tribunal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação

---

(46) Cl. RTJ 136,25



direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já *promulgados, editados e publicados*.

A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle *sucessivo ou repressivo* de constitucionalidade”.

De outro lado, no tocante ao controle jurisdicional difuso, pode-se perceber a incidência de um controle preventivo de constitucionalidade, ainda que “indireto”.

Via de regra, essa modalidade de controle vem sendo intentada sob a alegação de um direito subjetivo, líquido e certo, violado e cuja violação não pode ser afastada da proteção jurisdicional por força do que assegura o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Exemplificando, via mandado de segurança, parlamentares, titulares do direito de iniciativa e de voto no processo legislativo, impedidos de exercerem tais direitos no curso da tramitação de um projeto de lei, postulam o reconhecimento desse seu direito “líquido e certo” ante o Poder Judiciário. Logrando acolhimento de sua pretensão conseguirão, conseqüentemente, abortar a tramitação do projeto de lei em causa. Ante o argumento de que existe lesão de direitos afasta-se a questão do controle de atos **interna corporis** ou das chamadas “questões políticas” pelo Judiciário.

Nesse campo do controle difuso parece significativo registrar o controle jurisdicional sobre propostas de Emendas Constitucionais intentados via mandado de segurança.

É o caso do Mandado de Segurança n.º 20.257-DF, impetrado contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a “deliberação de proposta tendente à abolição da República”<sup>(47)</sup>, cujo Relator foi o Ministro Moreira Alves. Veja-se parte da Ementa do Acórdão:

---

(47) Cf. RTJ 99, 1031.

"Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república.

Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato.."

Em conclusão, sob certos aspectos, é possível vislumbrar-se a incidência de um controle de constitucionalidade preventivo, ainda que indireto, ao menos no modelo do controle difuso de constitucionalidade.

### ***III - Considerações finais: vantagens e desvantagens do controle preventivo de constitucionalidade***

Não figura o controle preventivo dentre os que a doutrina elege como ideal para a defesa da Constituição. Na verdade, não raro, sofre ele críticas. É o que mostra Ferreira Filho quando aduz: "*Sem dúvida, grande vantagem haveria em impedir-se de modo absoluto a entrada em vigor de ato inconstitucional. Todavia, a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende*

*ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isto é mais grave ainda no que concerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis<sup>(48)</sup>.*

Posição igual assume Fernandez Segado ao apontar tratar-se de forma excepcional de controle que se caracteriza como um “mal menor”, como retro mencionado.

Não se trata, pois, de modalidade de controle isenta de dificuldades e perplexidades.

Se o controle repressivo de constitucionalidade das leis suscitou e ainda suscita dúvidas quanto a sua compatibilidade com o regime democrático, como se apontou de início, por consistir, em última análise, na realização de um controle sobre a ação constitucional do órgão de representação popular, realizado por órgão estranho e, em regra, não eleito diretamente pelo povo, o controle preventivo, a esse propósito, coloca polêmica particularmente mais acirrada. Isto porque o controle preventivo usual, inegavelmente eficaz, incide sobre o próprio exercício da competência constitucional do órgão legislativo, impedindo o nascimento da lei. O controle preventivo aborta o nascimento da lei, ata a ação parlamentar, claro, em nome de uma grande causa. Mas fica a velha polêmica: como pode um punhado de juizes, não eleitos, interpretar “melhor” a Constituição do que o órgão de representação da vontade popular? Assim, o fundamento democrático do exercício do controle preventivo parece ainda mais questionável.

Por outro lado, aponta a doutrina, o controle preventivo vai muito além da razão de ser da justiça constitucional que, no sentido que lhe empresta Georges Vedel, responde às exigências da democracia quando o juiz se limita a aplicar a vontade do povo expressa na Constituição. No controle preventivo o juiz constitucional parece não encontrar suficientes limites à sua atuação, salvo nos sistemas em que esse controle se restringe aos aspectos formais ou procedimentais dos atos examinados. O Parlamento, onde existe controle preventivo de fundo, parece depender, para

---

(48) Cf. Curso de Direito Constitucional, 1995, p. 31.

fazer a lei, do livre-arbítrio de um colégio de composição política mais ou menos arbitrária ou sem respaldo popular.

Admitir-se, assim, a interposição de um poder estranho sobre a atuação de outro poder, quando este exerce competência própria, é certamente questão preocupante, particularmente onde se adota o sistema da separação ou divisão de poderes, tal como ocorre nos sistemas presidencialistas e parlamentaristas.

O exercício do controle preventivo retrata problemas graves, se não mais intrincados, certamente semelhantes àqueles suscitados pelo controle repressivo de constitucionalidade.

Bem por isto, vale a advertência de Jorge Miranda: o objetivo do controle preventivo (ou da fiscalização preventiva, rótulo adotado pela Constituição de Portugal) é impedir, vedar ou dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais; é evitar que um ato jurídico inconstitucional, fundamentalmente uma norma inconstitucional, venha a ser promulgada e se torne válida e eficaz. É, fundamentalmente, um instrumento de defesa da Constituição contra violações primárias, grosseiras e inequívocas, que justifiquem a fiscalização "a priori". E para tanto deve ser extremamente bem definido e necessariamente muito limitado quanto ao seu objeto e alcance.

A intromissão de um órgão estranho significa clara interferência na função legislativa. Por igual, quando se trata de interferência nos comportamentos ditados diretamente pela Constituição (por ex., nomeação, exercício de certas competências administrativas, etc.). Se o Presidente da República tem certa competência, inerente ao Poder Executivo que exerce, fazer submetê-la a um controle preventivo de constitucionalidade pode significar anulá-la.

De outro lado, não há como negar-se: o controle preventivo impressiona pela eficácia. Impede o nascimento de um ato inconstitucional, de um ato em desconformidade com a Constituição, e isto é bem significativo.

Todavia, em razão dos pontos negativos que apresenta, é preciso acentuar os cuidados com que se deve cercar o controle preventivo, nos casos em que é ele adotado.

# **O Trânsito e o Município<sup>1</sup>**

**João Lopes Guimarães**

---

*Professor de Direito Constitucional da PUC/SP.  
Ex-membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ex-Secretário Municipal da Administração de São Paulo. Advogado em São Paulo.*

## ***I - A autonomia municipal nas Constituições anteriores***

**01.** À época do Império, o Brasil, Estado Unitário, era politicamente dividido em Províncias, as quais se subdividiam “como pedisse o bem do

---

(1) Artigo escrito a partir de contestação - elaborada com a colaboração do Dr. José Carlos Wahle, advogado em São Paulo - apresentada na ação civil pública n. 207/96, movida pelo Ministério Público, que tramitou perante a 6ª Vara Cível da Comarca de Campinas, cujos argumentos foram integralmente acolhidos pelo MM. Juiz, Dr. Luís Arlindo Feriani.

N.R. Trabalho elaborado anteriormente à promulgação do Código de Trânsito Brasileiro, Lei 9.503, de 23.9.1997, que atribui competências específicas ao Município.

Estado”, de acordo com o art. 2º da Constituição Monárquica de 1824. Como decorrência da centralização administrativa, própria dos Estados unitários, às unidades municipais não era concedida nenhuma atribuição político-administrativa. Naturalmente, não convinha aos interesses da Monarquia a pulverização do poder através de administrações locais, cujo controle, pelo elevado número, seria inviável.

02. Findo o Império, sobreveio a Carta Magna de 1891, a primeira em nossa história promulgada por um Congresso Constituinte e que adotava a República como forma de Governo e a Federação como forma de Estado, esta sob forte inspiração da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Como não poderia deixar de ser, foram diversas as inovações introduzidas, dentre as quais o atendimento ao apelo dos municipalistas.

03. O municipalismo surgiu no Brasil com clara inspiração nos cientistas políticos europeus, mas, sem dúvida, primordialmente, por ser uma necessidade que se fazia sensível.

Assim é que o art. 68 da Constituição de 1891 veio, ainda que de forma vaga, a assegurar a autonomia dos municípios em matérias do seu peculiar interesse, “*verbis*”:

“Art. 68. Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios em tudo quanto respeite seu peculiar interesse.” (grifou-se)

04. Vale notar que remonta àquela época o uso da expressão “peculiar interesse do município”, que - como se verá - foi posteriormente consagrada no direito constitucional brasileiro.

Realmente, CARLOS MAXIMILIANO, ao comentar a Carta Magna de 1891<sup>(2)</sup>, já proclamava do alto de sua autoridade:

“Em todos os sistemas de descentralização que vêm à luz, inclusive os mais largos, parte-se da idéia de que a unidade normal

---

(2) “Commentários à Constituição Brasileira” - Jacintho Ribeiro dos Santos, editor - 1918 - pags. 680.

é o Estado; o departamento ou provincia, os *arredondamentos*, os cantões, as *communas* constituem os submúltiplos. Invertem a pyramide, collocando-a sobre o apice. A verdadeira unidade original e primaria é a *communa*. Foi dalli que se partiu sempre na história de todas as libertações e ella ficará sendo a base de um governo livre. O departamento (ou provincia), o Estado são seus *múltiplos*<sup>(3)</sup>.”

“A autonomia do municipio é a cellula da democracia.”

“Rebenta a primeira revolta contra o regulo de aldêa.”

“Passa-se das insubordinações locaes para a reacção geral, pacifica ou sangrenta. A vida politica municipal tem sido a escola pratica da liberdade.”

Mais adiante<sup>(4)</sup>, prossegue o renomado autor na defesa da autonomia administrativa e legislativa do municipio, sempre que houver o seu peculiar interesse:

“As municipalidades gozam do direito de legislar sobre assumptos de interesse local e, por isso, melhor conhecidos em suas particularidades pelos habitantes da cidade ou villa. A restricção especial a semelhante respeito consiste em não se permitir a antinomia com as leis basicas ou ordinarias superiores, isto é, da União e dos Estados.”

E, finalmente<sup>(5)</sup>, conclui sua lição sobre a autonomia municipal para cuidar dos interesses locais, enumerando as áreas de atuação, dentre as quais pode-se destacar:

“Velam as autoridades locaes pela saúde e conforto dos habitantes das cidades, ...”

---

(3) “RAOUL DE LA GRASSERIE - *L'État Fédéral*, 1897, pag. 205” (nota do autor)

(4) “*in op. cit.*”, pag. 667

(5) “*in op. cit.*”, pag. 669

“Regulam o commercio ambulante e o de bebidas toxicas, os transportes urbanos de pessoas e mercadorias, ...” (grifou-se)

05. Com o advento da Constituição de 1934, a proteção à autonomia municipal para administrar assuntos de seu “peculiar interesse” foi preservada, e até ampliada, pelo art. 13, cujo “*caput*” encontrava-se assim redigido:

“Art. 13. Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite o seu peculiar interesse, e especialmente:” (grifou-se)

06. A Carta Constitucional outorgada em 1937, apesar de sua índole autoritária, no “*caput*” do seu art. 26, praticamente repetiu a redação acima, assegurando a autonomia municipal.

Por sua vez, a Constituição de 1946, muito embora tenha mantido intacta a autonomia municipal naquilo que fosse do seu peculiar interesse, através do seu art. 28, adotou uma redação um pouco diferente:

“Art. 28. A autonomia dos Municípios será assegurada:

(...)

II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente:”

E essa foi a mesma redação empregada na Constituição de 1967, primeiramente, no art. 16, e depois das diversas emendas à qual foi submetida, no art. 15 do texto consolidado em 1969, que vigiu até a promulgação da Constituição de 1988.

## ***II - A competência municipal na Constituição de 1988***

07. A Constituição de 1988 não é apenas um marco na história da democracia brasileira. Do ponto de vista do direito constitucional, seu texto é bastante inovador e rico.



A Carta Política de 1988, preocupada com a posição do Município, não só mantém a autonomia administrativa, como também amplia a competência legiferante.

A propósito das inovações da atual Constituição no tocante ao Município, são bastante elucidativos os comentários de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>(6)</sup>, *verbis*:

"... o Município brasileiro é entidade estatal integrante da Federação, como entidade político-administrativa, dotada de autonomia política, administrativa e financeira."

( ... )

"Agora foi-lhes reconhecido o poder de *auto-organização*, ao lado do *governo próprio* e de *competências exclusivas*, e ainda com ampliação destas, de sorte que a Constituição criou verdadeiramente uma nova instituição municipal no Brasil."

( ... )

"A autonomia que a Constituição de 1988 outorga ao Município, contém uma qualificação especial que lhe dá um conteúdo político de extrema importância para a definição do seu *status* na organização do estado brasileiro, ..."

( ... )

"Isso significa que a ingerência dos Estados nos assuntos municipais ficou limitada aos aspectos estritamente indicados na Constituição Federal, como, p. ex., os referentes à criação, incorporação, fusão e ao desmembramento de Municípios ..."

**08.** Merece, por isso, particular destaque o art. 30, incisos I, II, e VIII, da atual Constituição, que assim estão redigidos:

"Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

(...)

---

(6) "Curso de Direito Constitucional Positivo" - Malheiros Editores - 8ª ed. - 1992 - pags. 544/548

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;  
(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;”

09. É possível notar que a expressão “peculiar interesse” – historicamente consagrada – deu vez à “interesse local”. Porém, a alteração foi apenas semântica, pois o significado jurídico dessas expressões é o mesmo, como, aliás, ressaltam os doutrinadores.

### **III - O significado de “interesse local”**

10. A doutrina é uníssona ao afirmar que o emprego da expressão “interesse local”, em 1988, não importou em qualquer inovação do legislador constituinte.

A propósito, é bastante pertinente o ensinamento de FERNANDA DIAS MENEZES DE ALMEIDA, Mestre em Direito Constitucional pela USP, em sua obra **Competências na Constituição de 1988** <sup>(7)</sup>, “*verbis*”:

“Afastando-se, em parte, da técnica tradicional, a Constituição de 1988 não se limitou a demarcar a área das competências municipais circunscrevendo-as à categoria genérica dos assuntos concernentes ao peculiar interesse do Município.”

“Foi mantida, sim, uma área de competências privativas não enumeradas, à medida que os Municípios legislarão sobre os assuntos de interesse local (art. 30, I). Mas, o constituinte optou - e aqui está a diferença em relação à técnica anterior - por discriminar certas competências municipais exclusivas em alguns dos incisos do art. 30 e em outros dispositivos constitucionais.”

“Destarte, pode-se dizer das competências reservadas dos Municípios, que parte delas foi enumerada e outra parte corresponde

---

(7) Editora Atlas - 1991 - pags. 122/124

a competências implícitas, para cuja identificação o vetor será sempre o interesse local.”

“Já se percebe, pois, que muito da problemática das competências municipais gira necessariamente em torno da conceituação do que seja esse ‘interesse local’, que aparece na Constituição substituindo o ‘peculiar interesse’ municipal do direito anterior.”

“A respeito dessa última expressão já se solidificara toda uma construção doutrinária, avalizada pela jurisprudência dos nossos Tribunais, no sentido de fazer coincidir o peculiar interesse com o predominante interesse do Município.”

(...)

“HELY LOPES MEIRELLES (1989:672), escrevendo já sob a égide da Constituição de 1988, lembra que a autonomia do Município está assegurada para os assuntos de interesse local; e analisando essa autonomia em seus diversos aspectos, continua a falar de ‘interesse peculiar’, dando a entender que não alterou seu entendimento anterior.”

“Muito embora a renúncia a essa tradicional expressão autorize supor que se tenha desejado alterar o critério definidor do ‘interesse’ que delimita as competências municipais, parece-nos válido sustentar, na espécie, que a mudança da letra não equivale a uma mudança do espírito da Constituição.”

“Como ocorre relativamente a outras inovações de nomenclatura, talvez aqui o constituinte apenas não tenha resistido ao impulso de deixar a sua marca, preferindo vestir com outras palavras idéia anteriormente traduzida sob formulação diversa.”

“De fato, a leitura do artigo 30 mostra que as matérias ali enumeradas como de competência do Município guardam pertinência também com interesses das demais pessoas jurídicas.”

**11.** Assim, deve compreender-se por “interesse local” toda matéria que, diretamente, corresponda a alguma necessidade imediata do município, ou que, indiretamente, corresponda à sua necessidade geral.

É natural, por outro lado, que tais interesses também afetem a União e o Estado, pois seria inconcebível a existência de um interesse exclusivamente municipal. Só que o interesse destes verifica-se em segundo plano, ou seja, com menor intensidade do que no que tange ao município<sup>(8)</sup>.

#### **IV - A competência municipal para legislar sobre trânsito**

12. Como se viu, o Município tem competência para legislar sobre questões de "interesse local", compreendendo-se por "interesse local" toda matéria que seja de preponderante relevância para o Município, em relação à União e ao Estado.

Pois bem, ocorre que trânsito, na área municipal, é tipicamente matéria de interesse local<sup>(9)</sup>.

13. Esse o entendimento de HELY LOPES MEIRELLES na sua imprescindível obra *Direito Municipal Brasileiro* <sup>(10)</sup>:

"Acresce, ainda, notar a existência de matérias que se sujeitam simultaneamente à regulamentação pelas três ordens estatais, dada a sua repercussão no âmbito federal, estadual e municipal. Exemplos típicos dessa categoria são o trânsito e a saúde pública, sobre os quais dispõem a União (*regras gerais*: Código Nacional de Trânsito, Código Nacional de Saúde Pública), os Estados (*regulamentação*: Regulamento Geral de Trânsito, Código Sanitário Estadual) e o Município (*serviços locais*: estacionamento, circulação, sinalização etc.; regulamentos sanitários municipais). Isso porque sobre cada faceta do assunto há um interesse predominante de uma das três entidades governamentais. Quando essa predo-

(8) CELSO RIBEIRO BASTOS - "Curso de Direito Constitucional" - Saraiva - 11ª ed. - pag. 277

(9) Esta convicção, o autor já manifestava há quase trinta anos quando da vigência da Constituição de 1946, conforme parecer exarado na condição de Curador de Mandado de Segurança perante as Varas da Fazenda Pública da Capital, em "writ" impetrado contra o então Diretor do antigo Departamento Estadual de Trânsito. Naquela oportunidade, anotava, com apoio em VÍCTOR NUNES LEAL, HELY LOPES MEIRELLES e farta jurisprudência, a flagrante inconstitucionalidade de ser o trânsito, na Capital Paulista, ordenado e dirigido pelo Estado (cf. "Trânsito", JOÃO LOPES GUIMARÃES, "Justitia", vol. 62, p. 159/162)

(10) "Direito Municipal Brasileiro" - 6ª ed. (atualizada) - 1993 - Melheiros Editores - pag. 122

minância toca ao Município, a ele cabe regulamentar a matéria, como assunto do seu *interesse local*.” (grifou-se)

O saudoso mestre de Direito Administrativo ainda prossegue lembrando que, ao contrário dos particulares, que têm a **opção** de agir dentro da legalidade, a Administração tem o **dever** de agir, não podendo jamais omitir-se.

“Muitas, entretanto, são atividades que, embora tuteladas ou combatidas pela União e pelos Estados-membros, deixam permanecer aspectos da competência local, e sobre os quais o Município não só *pode* como *deve intervir*, atento a que a ação do Poder Público é sempre um *poder-dever*.”<sup>(11)</sup>

14. Evidentemente que o interesse local do Município para legislar sobre trânsito não se contrapõe ao da União, nem ao do Estado, pois o âmbito das respectivas competências é diferente. Para melhor compreensão dessa estratificação dos interesses podemos enumerar exemplificativamente que:

(a) são regras gerais e, portanto, de interesse da União, os sinais de trânsito, a emissão da Carteira Nacional de Habilitação e os deveres dos condutores de veículos, tais como, trafegar à noite com os faróis acesos e dar passagem a ambulâncias, viaturas policiais e do Corpo de Bombeiros;

(b) competem ao Estado matérias mais específicas, porém não ao ponto de serem de peculiar interesse do Município, tais como a cobrança de pedágio e o limite de velocidade em rodovias estaduais;

(c) e finalmente, são matérias de interesse predominantemente local, que bem por isso se inserem dentro da competência legislativa municipal, a determinação da mão de tráfego, o estacionamento e o limite de velocidade nas vias urbanas, entre outras.

---

(11) *In op. cit.*, pag. 123

Ou seja, o Município será sempre competente para legislar sobre assuntos que requeiram um profundo conhecimento das necessidades emergentes da população local. Afinal, é preciso que se tenha a experiência cotidiana de uma localidade para, por exemplo, saber se uma determinada via deve ter mão única, ou dupla, ou ainda para julgar a necessidade e a conveniência de se permitir o estacionamento nas vias públicas.

15. Novamente vamos buscar os brilhantes ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES, em *Direito Municipal Brasileiro* <sup>(12)</sup>:

“Os meios de circulação e transporte interessam a todo o País, e por isso mesmo a Constituição da República reservou para a União a atribuição privativa de legislar sobre trânsito e transporte (art. 22, XI), permitindo que os Estados-membros legissem supletivamente a respeito da matéria, nos termos da lei complementar pertinente.”

“Ao editar o vigente *Código Nacional de Trânsito* (Lei 5.108, de 21.9.66, modificada pelo Dec.-lei 237, de 29.2.67) a União especificou as suas atribuições e as do Estado-membro, distribuídas entre os órgãos integrantes do *Sistema Nacional de Trânsito* (art. 3º), mas o fez de modo confuso e incompleto, deixando de discriminar as do Município, as quais só aparecem no art. 37 do seu *Regulamento* (Dec.62.127, de 16.1.68, modificado pelo Dec. 62.926, de 28.6.68, e pelo Dec. 82.925, de 21.12.78).”

“De um modo geral pode-se dizer que cabe à União legislar sobre os assuntos nacionais de trânsito e transporte, ao Estado-membro compete regular e prover os aspectos regionais e a circulação intermunicipal em seu território, e ao Município cabe a *ordenação do trânsito urbano*, que é de seu interesse local (CF, art. 30, I e VIII).”

“Realmente a circulação urbana e o tráfego local, abrangendo o *transporte coletivo* em todo o território municipal, são atividades

---

(12) “*in op. cit.*”, pags. 313/314

da estrita competência do Município, para atendimento das necessidades específicas de sua população.” (grifos nossos)

(...)

“Na competência do Município insere-se, portanto, a fixação de mão e contramão nas vias urbanas, limites de velocidade e veículos admitidos em determinadas áreas e horários, locais de estacionamento, estações rodoviárias, e tudo o mais que afetar a vida da cidade.” (grifos nossos)

“Ocorre, entretanto, que nem todos os Municípios estão aparelhados para executar eficientemente os serviços de trânsito e tráfego de sua competência, e por isso o regulamento do Código Nacional de Trânsito já lhes facultou, mediante convênio, delegar essas atribuições ao Estado ou Território a que pertençam (art. 37, parágrafo único).”

16. A competência municipal para legislar sobre trânsito, sempre que houver predominância do interesse local, já foi inclusive reconhecida pela jurisprudência, tanto do Tribunal de Justiça deste Estado – em inúmeros acórdãos –, quanto do Supremo Tribunal Federal.

17. Do Tribunal de Justiça, destaca-se o acórdão de lavra do Des. Régis de Oliveira, proferido nos Embargos Infringentes nº 163.721-1, publicado na LEX 144/200:

“Multa - Trânsito - Previsão e aplicação pelo Município - Possibilidade - Edição de leis próprias tendo em vista interesses locais - Competência decorrente do poder de polícia relacionado à preservação do patrimônio público - Embargos rejeitados.”

“A previsão das infrações de trânsito encontra-se no Código Nacional respectivo e tem força vinculativa a todo o território nacional, por nacional ser a lei. Mas no que diz respeito à circulação e estacionamento nos bens públicos municipais, tal como definidos em lei e que não diga respeito à circulação nas vias públicas, a competência é toda do Município e exclui qualquer outra.” (8ª Câm. Civil, 4.11.92)

Do voto do eminente Desembargador colhe-se o seguinte trecho, que aborda precisamente a matéria:

“A conclusão evidente é a de que, embora incumba à União legislar sobre trânsito e tráfego, não há vedação de que o Município disponha, em lei própria, diante dos interesses locais que deve proteger e cuidar, proibir a circulação e o estacionamento de veículos sobre bens que deva curar como, por exemplo, calçadas, meios-fios, passeios, canteiros, áreas ajardinadas. É que, não se cuidando de vias de circulação, é exclusiva a competência do Município para dispor sobre vedações, restrições e previsão de sanções, no caso de comportamentos antijurídicos.”

18. Mais recentemente, a 8ª Câmara de Direito Público da Corte Paulista, julgando a apelação nº 278.206-2/1, decidiu que o Município de São Paulo legislou dentro da sua esfera de competência, ao determinar a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, por se tratar de matéria de trânsito que se insere no denominado interesse local.

É da lavra do eminente Desembargador WALTER THEODÓSIO o voto que capitaneou o acórdão unânime cujos principais tópicos abaixo são transcritos:

“MUNICÍPIO - competência para legislar sobre trânsito decorre do comando direto da Constituição Federal, artigo 30, I, II, quando presente o ‘interesse local’.”

(...)

“INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal nº 11.659/95 - uso de cinto de segurança - assunto de interesse local - despicienda a discussão sobre competência supletiva do Município, em legislar sobre trânsito, recursos providos.”

(...)

“Vem, então, ao campo da discussão, o conceito de ‘interesse local’, território jurídico submetido à competência do Município por



comando direto da Constituição (artigo 30, I), bem como a suplementação da legislação federal e estadual, no que couber (artigo 30, II).”

(...)

“O Município brasileiro legisla, com energia jurídica recebida diretamente da Constituição Federal, sobre assunto de interesse local.”

(...)

“Na história da jurisprudência em torno do antigo ‘peculiar interesse’, está o reconhecimento de que esse conceito abrange as funções próprias do município, em relação ao ‘trânsito’, envolvendo controle, fiscalização, regulamentação do uso de vias públicas, do sentido de circulação de veículos, limites de velocidade, peso, áreas de estacionamento ou sua proibição, etc.” (Ap. Cível n. 278.206-1, 8ª Câm. Dir. Públ., TJSP, j. em 20.3.96)

**19.** O Egrégio Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição de 1967, em sessão plena, julgou improcedente a Representação de Inconstitucionalidade nº 1.235-2-SP da Lei nº 4.124, de 3.7.84, do Estado de São Paulo, que autorizou o Poder Executivo a celebrar convênios com as Prefeituras Municipais, visando a transferir-lhes a fiscalização, o controle e o policiamento do trânsito (Boletim de Direito Administrativo, Junho de 1990, pgs. 351 e ss., Rel. Min. Aldir Passarinho).

**20.** Além do Min. Relator ALDIR PASSARINHO, também declararam os votos vencedores os Mins. OCTÁVIO GALLOTTI e CORDEIRO GUERRA, dos quais se transcrevem alguns excertos, que abordam com muita precisão jurídica e clareza a questão da competência municipal para legislar sobre trânsito, quando este for de interesse local.

**21.** O Min. ALDIR PASSARINHO iniciou seu voto transcrevendo o parecer exarado pelo então Procurador-geral da República SEPÚLVEDA PERTENCE, do qual são colecionados os seguintes trechos:

"Na medida em que o Município tivesse competência *própria*, segundo a Constituição ou a legislação federal pertinente (como o tem nas matérias objeto do art. 37 do RCNT), não teria sentido cogitar-se dos convênios objeto da lei impugnada, que são precisamente o instrumento constitucional pelo qual o estado *transfere* aos Municípios, *que não o tem*, originariamente, o poder de executar *leis, serviços ou decisões estaduais*."

"Desse modo, prova demais o argumento de falecerem aos Municípios os poderes que, exatamente por lhes faltarem, a lei estadual autorizou que lhes sejam *delegados*, mediante convênio."

(...)

"Ora, não há norma constitucional explícita que, fazendo exceção à autorização genérica do art. 13, § 3º, vedasse ou permitisse à lei ordinária federal vedar aos Estados a transferência, aos Municípios, da execução dos serviços de polícia de trânsito."

"À evidência, não tem esse alcance a norma genérica de competência da União para legislar sobre tráfego e trânsito nas vias terrestres."

(...)

"Mas essa norma, única de hierarquia legal de aparente pertinência, não basta para inquirir de inconstitucional a lei local atacada."

"Primeiro porque dela não se extrai que toda a fiscalização do trânsito se devesse compreender no objeto do exclusivo policiamento ostensivo encomendado às Polícias Militares."

"Depois porque se trata de lei *ordinária federal*, à qual, como longamente exposto, falece base constitucional para interferir validamente no poder que, expressamente, o art. 13, § 3º, da CF outorgou aos Estados para transferir, mediante convênio com os Municípios, a execução dos seus serviços."

"*Last but not least*, a competência legislativa da União a respeito das Polícias Militares estaduais é limitada: restringe-se à sua 'organização, efetivos, instrução, justiça e garantia ... e condições gerais de sua convocação, inclusive mobilização' (art. 8º, XVII, v, da CF), mas não justifica estender-se a intromissão federal em questões menores, de peculiar interesse local, como seja da exclusividade ou não de sua tarefa no policiamento do trânsito." (BDA Jun/90, pgs. 351 e ss.)

22. Por sua vez, do voto do Min. OCTÁVIO GALLOTTI, algumas passagens merecem transcrição:

"Na realidade, as expressões *policiamento do trânsito* e *policiamento ostensivo* guardam conteúdo particular, pelos próprios fins das funções ora aludidas. O policiamento ostensivo é realizado em condições nas quais a farda e o equipamento atuam como sinais de intimidação, e os seus agentes exercitam uma atividade, em princípio, nitidamente preventiva. De modo distinto, no policiamento do trânsito, a necessidade do armamento é, no todo, prescindível, e a farda, como indumentária militar, não se faz necessária para o desempenho deste serviço."

"O policiamento de trânsito, pela sua própria natureza, é função eminentemente civil, realizável por pessoa à paisana, e seria *absurdo*, como afirma Pontes de Miranda, que para o policiamento das vias terrestres 'só se pudesse empregar Polícia Militar' (*Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 ...*, v. VI/416/417)"

(...)

"Na ocasião, o eminente e saudoso Min. Rodrigues de Alckmin, relator para o acórdão, após reconhecer que os Municípios 'têm poder de polícia sobre o trânsito local', considerou inadmissível que a 'fiscalização inerente a esse poder seja desempenhada *com exclusividade*, por servidores estaduais, e *planejadas* pelas autoridades policiais estranhas aos Municípios' (RTJ 65/74)"

"Aos ensinamentos transcritos aduziu o pranteado Mestre as seguintes noções, cuja reprodução apresenta pertinência com o deslinde do caso ora apreciado:"

"Conseqüentemente, a declaração do Dec. nº 66.862/70 de que *o policiamento ostensivo* atribuído às Polícias Militares se encontra o do trânsito há de ser entendida em termos, para que se não afaste a regra constitucional do legítimo interesse dos Municípios."

"Não creio, pois, seja exato afirmar que fiscalizar estacionamento de veículos em ruas da cidade seja *função de natureza militar*. Se o fora, impedidos estariam fiscais municipais de multar veículos infratores, porque estariam a usurpar função militar. Nem é *serviço de vigilância de ordem pública*, cujo conceito não pode ser confundido com o simples desembaraço do trânsito de uma via local."  
(BDA Jun/90, pgs. 371/2)

23. Para finalizar, é oportuna a menção ao seguinte fragmento do voto do Min. CORDEIRO GUERRA, que toca com muita acuidade o ponto nodal da questão:

"... se há uma coisa que afeta o particular interesse do Município é o trânsito urbano, a localização dos estacionamentos, a orientação do tráfego." (BDA Jun/90, pgs. 372/3)

24. Frise-se, a título de exemplo, que a propaganda comercial, como é sabido, é matéria legislativa que compete privativamente à União (cf. art. 22, XXIX, da CF). Mas, por outro lado, ninguém ignora que aos Municípios é dado regulamentar, dentro do seu interesse local, a veiculação da publicidade. Assim, do mesmo modo que é de competência da União determinar, *verbi gratia*, que os anúncios de cigarros sejam veiculados com a advertência dos malefícios do tabagismo, é cabível que o Município proíba **outdoors** de cigarros em determinada distância das escolas municipais. Se, de um lado, à União compete proibir a propaganda enganosa, do outro, ao Município é permitido vedar, exemplificativamente, a propaganda sonora por alto-falantes próximo aos hospitais da edilidade.

Também é o que ocorre com a regulamentação dos horários do comércio, que não representa, de forma alguma, intervenção municipal na regulamentação da atividade econômica, esta privativa da União.

Ambos exemplos são encontrados em *Direito Municipal Brasileiro*<sup>(13)</sup>, obra indispensável de HELY LOPES MEIRELLES:

"Nem se objete que a fixação de horário do comércio constitui regulamentação da atividade econômica, e por isso refoge da competência municipal. A objeção é improcedente porque a simples imposição de horário, vale dizer, do período de atendimento ao público, não se confunde com a intervenção no domínio econômico. Há uma diferença fundamental entre estabelecer *normas* de comércio e fixar *horário* do comércio: aquelas são da competência da União, este é do Município, porque traduz, tão-somente, a ordenação de uma atividade urbana, que é o comércio local. Claro está que, se a atividade estiver sujeita à uma regulamentação federal ou estadual, o Município deverá respeitar essa regulamentação superior, como ocorre com o horário bancário."

"Outra atividade sujeita ao controle da Prefeitura é a afixação de anúncios no perímetro urbano e seus arredores, por afetar a estética da cidade, tão preservável quanto os demais aspectos da sua funcionalidade (v. cap. IX, item III). Assim também os alto-falantes em público, os vendedores ambulantes e quaisquer atividades perturbadoras do trânsito e do sossego coletivo merecem o policiamento administrativo municipal."

## ***V - A competência municipal decorrente do art. 30, II da CF***

25. Mas não é só do "interesse local" – insculpido no inciso I do art. 30 da Constituição – que advém a competência legislativa municipal.

---

(13) "in op. cit.", pag. 371

Com efeito, a Constituição prevê, no art. 23, as hipóteses em que o Município tem competência concorrente com os demais entes federativos, e dispõe no art. 30, nos incisos II e VIII, sobre a sua competência privativa.

26. O art. 30, II, já mencionado, também merece destaque por ser relevante. Como se viu, esse dispositivo confere ao Município competência suplementar à da União e à dos Estados.

É de ser lembrada a lição de PINTO FERREIRA<sup>(14)</sup>, que assim comenta o dispositivo em tela em seu *Curso de Direito Constitucional*:

“O art. 30 em seu inc. II preceitua caber ao Município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na Constituição anterior. Agora o Município pode suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não possa contraditá-las.”

27. Também é útil para a análise dessa questão a opinião de CELSO RIBEIRO BASTOS, na sua obra *Curso de Direito Constitucional*<sup>(15)</sup>:

“O inc. II do mesmo art. 30 diz competir ao Município suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. Aqui, a bem da verdade, reconheça-se que ao Município acresceu-se alguma coisa, visto que não possuía nada do gênero na Constituição anterior. Mesmo em assuntos sobre os quais nenhuma competência possuía o município, pode ele agora suprir omissões da legislação federal e estadual, obviamente sem violentá-la.”

28. O trânsito é disciplinado em linhas gerais pelo Código Nacional de Trânsito, que dita regras básicas, tais como o modo de condução (a ultrapassagem ser obrigatoriamente pela esquerda, p. ex.), as convenções de sinalização, as exigências para a concessão da habilitação para condução de veículo, etc.

---

(14) Saraiva, 5ª ed., 1991, pag. 309

(15) *In op. cit.*, pag. 278

Obviamente não pode o Município estabelecer que dentro do seu território a mão de direção será à esquerda, “à maneira inglesa” ..., mas sem dúvida alguma poderá dispor de vias de mão única, proibições de estacionamento, vias exclusivas de pedestres, etc., como destacou HELY LOPES MEIRELLES, na sua já citada obra *Direito Municipal Brasileiro* <sup>(16)</sup>:

“Nessa regulamentação local, além das normas gerais contidas no Código Nacional de Trânsito e nos regulamento estaduais, o Município pode estabelecer condições particulares para cada rua ou zona, atendendo às peculiaridades locais e ao perigo que oferece à coletividade.”

“É dever do Município adotar medidas preventivas de acidente de trânsito, tais como a conservação das vias públicas; a diminuição dos pontos de atrito na circulação; a redução da velocidade nas zonas movimentadas; a sinalização ou vedação de trânsito nos locais perigosos; a construção de faixas de segurança e abrigos para pedestres, e o mais que puder resguardar a incolumidade pessoal dos transeuntes.”

## ***VI - O trânsito e o poder de polícia***

29. Como se viu acima, é inquestionável que o Município tem poder para legislar sobre trânsito.

Em primeiro lugar, porque, como bem afirmou o Min. CORDEIRO GUERRA, já citado, “**se há uma coisa que afeta o particular interesse do Município é o trânsito urbano**”, e em se tratando de matéria do seu preponderante interesse ou de interesse local, o poder municipal de legislar é conferido diretamente pela Lei das Leis (art. 30, I).

Em segundo lugar, porque o Município tem competência para legislar supletivamente à União (art. 30, II), sendo que, em matéria de trânsito, as normas gerais estabelecidas pela União, no Código Nacional de Trânsito,

---

(16) *in op. cit.*, pag. 363/364

precisam ser suplementadas no âmbito municipal, no que disser respeito, por exemplo, a mão e contramão, à permissão para estacionamento, ao limite de velocidade em determinadas vias urbanas, etc.

30. Nessa conformidade, o próximo passo lógico que há de ser dado é no sentido de saber se além de ter competência para legislar sobre trânsito, o Município tem competência para fiscalizá-lo, inclusive aplicando multas.

A resposta necessariamente há de ser afirmativa.

31. Como se sabe, é princípio basilar de direito administrativo que **o poder de fiscalizar certa atividade é decorrência natural e necessária do poder de legislar sobre a mesma.**

A respeito desse princípio, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em *Elementos de Direito Administrativo* <sup>(17)</sup>, após anotar que o poder de polícia é inerente a todas as esferas da Administração – Federal, Estadual e Municipal –, pondera que a competência para exercê-lo será determinada pela competência legislativa, “*verbis*”:

“Como critério fundamental, procede o dizer-se que é competente quem pode legislar sobre a matéria.”

32. HELY LOPES MEIRELLES é da mesma opinião e adverte, em seu livro *Direito Administrativo Brasileiro* <sup>(18)</sup>, que:

“Em princípio, tem competência para policiar a entidade que dispõe do poder de regular a matéria. Assim sendo, os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União, as matérias de interesse regional sujeitam-se à normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal.”

---

(17) RT, 1960, p. 186

(18) “*in op. cit.*”, pag. 114



33. Portanto, não há como escapar à conclusão de que, uma vez que o Município tem competência para baixar normas de trânsito – sempre que este estiver no âmbito do seu interesse local –, é o próprio Município que dispõe do poder de polícia para fiscalizar o cumprimento dessas suas normas.

34. O exercício do poder de polícia, no entanto, pressupõe a possibilidade de impor sanções, sem o que não há a coercibilidade necessária e inerente a esse poder. Assim, é imperioso que o agente administrativo que tenha esta competência para fiscalizar possa impor aos infratores as sanções correspondentes. Caso contrário, o poder de polícia será inoperante, pois os agentes públicos não poderão impor a observância das normas estabelecidas. Em suma, o poder de polícia deixará de existir por ter perdido o seu elemento mais importante, a sua própria essência.

35. É novamente de HELY LOPES MEIRELLES o precioso ensinamento, retirado de *Direito Municipal Brasileiro* <sup>(19)</sup>:

“O poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de sanções para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente, tais como multa, embargo à obra, interdição de atividade.”

“Estas sanções, em virtude do princípio da *auto-executoriedade* do ato de polícia, são impostas e executadas pela própria Administração em procedimentos administrativos compatíveis com as exigências do interesse público.”

36. O saudoso mestre publicista, no seu clássico *Direito Administrativo Brasileiro* <sup>(20)</sup>, também assevera que o poder de polícia é necessariamente coercitivo, nos seguintes termos:

“A *coercibilidade*, isto é, a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração, constitui também atributo do poder de polícia. Realmente, todo ato de polícia é imperativo, (obrigatório

---

(19) “*in op. cit.*”, pags. 347/348

(20) “*in op. cit.*”, pag. 123

para o seu destinatário), admitindo até o emprego da força pública para o seu cumprimento quando resistido pelo administrado.”

(...)

“As sanções do poder de polícia, como elemento de coação e de intimidação, principiam, geralmente, com a multa.”

**37.** Ou seja, é conclusão lógica que quem tem competência para legislar e fiscalizar, necessariamente, tem poder para aplicar e arrecadar multas dentro da sua jurisdição.

No caso do Município, em se tratando de fiscalização do trânsito urbano, o interesse local, em última análise, confere-lhe legitimidade para aplicar multas por desrespeito às normas por ele fixadas.

**38.** Nesse sentido, pode ser ainda destacada a decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo<sup>(21)</sup>, cuja 3ª Câmara assim se pronunciou:

“Qualquer entendimento contrário levaria ao inominável absurdo de ser reconhecer ao município competência privativa para disciplinar e fiscalizar o uso das vias urbanas, retendo, entretanto, o Estado, a competência para arrecadação de multas pelas infrações a essa disciplina municipal que sejam apuradas através dessa fiscalização também municipal. A tais absurdos, é óbvio, não pode conduzir a interpretação dos textos legais.”

**39.** Outra não é a orientação do Supremo Tribunal Federal, como se nota da ementa do acórdão que julgou o RE 94.088.0-SC, que teve como relator o Min. OSCAR CORRÊA:

“Renovação de licença de trânsito. Competência do Município para impor e arrecadar multas por infrações de trânsito.” (in' Cadernos de Direito Municipal, RDP 74, pg. 302)

**40.** Cabe, ainda, registrar que o Código Nacional de Trânsito, ao dispor em seu art. 104 que *“as multas ( ... ) serão impostas e arrecada-*

---

(21) RJTACSP 43/113

**dadas pela repartição competente, em cuja jurisdição haja ocorrido a infração**", adapta-se perfeitamente ao princípio de que é competente para multar quem for competente para legislar e fiscalizar.

Nesse passo, considerando que o Município, como visto, haure sua competência para legislar sobre trânsito diretamente da Constituição e que o CNT permite a arrecadação da multa por quem a aplica, parece-nos não proceder a afirmação de que o Município não poderia aplicar a multa de trânsito que é fixada pela União.

41. Do que se acabou de dizer, chega-se a um inexorável concatenamento lógico de princípios:

(1) no âmbito do preponderante interesse local, o Município tem competência para legislar sobre trânsito;

(2) por esse motivo, o Município tem poder de polícia para fiscalizar o cumprimento das normas de trânsito;

(3) do que, necessariamente, decorre que o Município dispõe de mecanismos de coerção para exercer o poder de polícia, dentre os quais se destaca a imposição de multas.

## **VII - A polícia de trânsito é polícia administrativa especial**

42. A polícia geral, como é sabido, contrapõe-se à **polícia especial**, esta destinada à fiscalização de determinadas atividades, a fim de assegurar o bem estar dos administrados.

43. De plano, há que separar – como fez HELY LOPES MEIRELLES, em *Direito Administrativo Brasileiro*<sup>(22)</sup> –, de um lado, a polícia judiciária e a polícia de manutenção da ordem pública, "**que atuam sobre as pessoas, individualmente ou indiscriminadamente**", e, do outro, a

---

(22) "in op. cit.", pag. 110

polícia administrativa, que “*incide sobre os bens, direitos e atividades*”, difundindo-se “*por toda a Administração Pública*”, porque lhe é inerente.

44. Sólida e respeitada doutrina especializada em direito público afirma que a polícia de trânsito é polícia administrativa especial.

45. A começar por MARCELO CAETANO<sup>(23)</sup>, que de forma bastante clara assinala:

“Quanto à Polícia Administrativa, é costume desdobrá-la em geral e especial. Seria *polícia geral* a que se destina a garantir genericamente a segurança pública e a defesa dos bons costumes. As polícias especiais têm por objeto a prevenção em determinados setores da vida social, o que origina a polícia sanitária, a polícia econômica, a polícia dos transportes e da viação, a polícia do trabalho ...” (grifou-se)

46. Essa também é a opinião de HELY LOPES MEIRELLES, exposta em ***Direito Administrativo Brasileiro***<sup>(24)</sup>, nos seguintes termos:

“Em prosseguimento desse tópico caberia analisar os vários setores da polícia administrativa especial - polícia sanitária, polícia das construções, polícia de trânsito, polícia de costumes e outras - (...)” (grifou-se)

### ***VIII - A polícia de trânsito não é privativa da Polícia Militar***

47. Dessa forma, equivocam-se os que entendem que o policiamento de trânsito caberia com exclusividade à Polícia Militar, por decorrência do Decreto-lei federal nº 667/69, cujo art. 3º estabelece competir à Polícia Militar “executar com exclusividade ( ... ) o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos” (grifou-se).

(23) “Princípios Fundamentais do Direito Administrativo”, Forense, 1ª ed., 1977, p. 344

(24) “*in op. cit.*”, pag. 125

Se assim fosse, os agentes do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, que são servidores públicos civis estariam igualmente proibidos de desempenhar as suas atribuições funcionais de fiscalizar o trânsito nas vias da sua jurisdição.

48. Por outro lado, nem a invocação do disposto no art. 144, § 5º da Constituição, em endosso à tese de que o policiamento de trânsito seria polícia administrativa geral, e portanto, privativa da Polícia Militar, pode prevalecer.

É que, em verdade, a Lei Maior cuida do tema em título próprio: "Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas" (Título V), reservado à segurança pública, limitando-se a legislação ordinária a outorgar às Polícias Militares, "*instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal*", a execução, com exclusividade do "*policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos*" (cf. art. 3º Decreto-lei nº 667/83, com a redação do Decreto-lei nº 2.010/83), sem descer ao detalhamento acerca das práticas e situações sociais expostas a essa atuação.

49. Foi o regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), anexo ao Decreto nº 88.777/83, que entendeu de incluir o policiamento de trânsito como tipo de policiamento de segurança pública.

Assim dispõe o art. 2º, item 27, do anexo ao referido Decreto nº 88.777/83:

"27 - Policiamento Ostensivo - ação policial, exclusiva das Polícias Militares, em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados sejam identificados de relance, quer pela farda, quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública."

"São tipos desse policiamento, a cargo das Polícias Militares, ressalvadas as missões peculiares das Forças Armadas, os seguintes:  
- ostensivo geral, urbano e rural; - de trânsito; - florestal e de ma-

nanciais; - rodoviário e ferroviário, nas estradas estaduais; - portuário; - fluvial e lacustre; - de radiopatrulha terrestre e aérea; - de segurança externa dos estabelecimentos penais do Estado; - outros, fixados em legislação da Unidade Federativa, ouvido o Estado-Maior do Exército através da Inspetoria-Geral das Polícias Militares". (grifos nossos)

50. Analisemos esses dois textos:

Em primeiro lugar, é de se observar que a regra constitucional, reconhecendo a segurança pública como "dever do Estado", distribui seus encargos entre órgãos da polícia civil e de polícia militar – "exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" –, deferindo, porém, às Polícias Militares a responsabilidade da polícia ostensiva e a da preservação da ordem pública (cf. Constituição Federal, art. 144, "caput" e § 4º).

Destarte, onde quer que circunstâncias de fato suscitem, atual ou potencialmente, a ruptura dos estilos de convivência do grupo social aquilo que NELSON HUNGRIA chamava de "rompimento do mínimo ético exigível", terá lugar a presença ostensiva da Polícia Militar, em atividade, repressiva ou preventiva, típica de polícia de manutenção da ordem pública.

51. Assim, entre as atribuições da Polícia Militar, está a de atuar em prol da manutenção da ordem pública, nas vias terrestres destinadas à circulação de veículos, por isso que aí há, sem dúvida, permanente ensejo de censuráveis agressões à incolumidade das pessoas e do patrimônio, como tais contempladas de antemão na legislação penal sobre crimes e contravenções.

52. Daí que tenha parecido inteligentemente conveniente fazer a Polícia Militar "*pari passu*" atuar também em esfera de simples polícia administrativa, com a incumbência de constatar práticas adversas às regras de trânsito, ainda que não configuradoras de infração penal, para desencadear desde logo a aplicação das sanções porventura incidentes.

53. Como corolário das considerações supra, cabe aqui registrar que as infrações penais, com as quais comumente depara-se no trânsito – tais como condução de veículo por pessoa que não esteja habilitada,

capitulada como contravenção – , estão na esfera de competência privativa da Polícia Militar, não porque o policiamento de trânsito seja da sua competência exclusiva, mas porque a fiscalização e repressão à infração penal insere-se na polícia geral, de manutenção da ordem, esta sim área de atuação exclusiva da Polícia Militar.

54. Aliás, como de resto, a Polícia Militar será competente para atuar sempre que a polícia administrativa especial deparar-se com a prática de ilícito penal.

Nesse caso, o ilícito suscitará a atuação do poder de polícia geral, este sim atribuído à Polícia Militar.

55. Mas não é só. Além disso, a questão da competência da Polícia Militar – conforme consta do Decreto federal nº 88.777/83 – há que ser examinada sob outra ótica: a da hierarquia das leis.

Em realidade, o Decreto-lei nº 667/69 foi ultrapassado em seu conteúdo e intenção pelo seu regulamento, o Decreto nº 88.777/83.

Aquele diz apenas que cabe à Polícia Militar o policiamento fardado ostensivo para cumprimento da lei e manutenção dos poderes constituídos, enquanto que este segundo foi que incluiu o policiamento de trânsito na sua esfera de competência.

56. Ocorre, que é princípio de direito dos mais comezinhos que o regulamento não pode desobedecer a lei (“*contra legem*”), nem ultrapassá-la em seu conteúdo (“*ultra legem*”).

No entanto, o Decreto nº 88.777/83, claramente incluiu na competência da Polícia Militar o policiamento de trânsito, o que não estava previsto no Decreto-lei nº 667/89.

57. Segundo HELY LOPES MEIRELLES, em ***Direito Administrativo Brasileiro*** <sup>(25)</sup>, os regulamentos não podem extravasar os limites traçados na lei que regulamenta, sob pena de serem nulos:

---

(25) “*n ap. cit.*”, pag. 162

“como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à lei, e, por isso mesmo, não a pode contrariar.”

(...)

“Como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir a lei ou extravasar a lei é nulo.”

58. Tal decorre do disposto na própria Constituição, cujo art. 84, inciso IV, dispõe que **“*compete privativamente ao Presidente da República, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*”** (grifou-se).

Assim, o Poder Regulamentar do Chefe do Executivo, nos termos da Lei Magna, é para **“*fiel execução*”** (grifos nossos) da lei. E “fiel” para os dicionaristas é **“*aquele que guarda fidelidade, que cumpre aquilo a que se obriga; pontual ou exato a fazer as coisas*”**<sup>(26)</sup>.

59. Assim, está claro que, indevidamente, o Decreto nº 88.777/83 foi além do preceito contido na lei que regulamenta, razão pela qual, “*permissa venia*” não serve de supedâneo à exegese pretendida.

Realmente, como já exposto, o Decreto-lei nº 667/69 circunscreveu o campo de atuação da Polícia Militar ao policiamento ostensivo com a finalidade de **manutenção da ordem pública, cumprimento das leis, preservação dos poderes constituídos e proteção das pessoas**. E também como já foi antes exposto tais atribuições, no âmbito da polícia administrativa, são de polícia geral, ao passo que a fiscalização do trânsito encontra-se no rol das polícias administrativas especiais.

60. Assim, não resta qualquer dúvida que, nos termos do Decreto-lei nº 669/67, o policiamento ostensivo fardado – com a ressalva às ações especiais das Forças Armadas – é atribuição privativa da Polícia Militar. Todavia, a inclusão do policiamento do trânsito nessa área de atuação – feita pelo Decreto nº 88.777/83 – é inconstitucional por não se ater aos

---

(26) Laudelino Freira, “Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa”, José Olímpio Editora, 1957, 3ª ed. vol. 3, p. 2.549



lindes da lei que regulamenta e, por isso mesmo, não serve de argumento contrário à competência municipal para fiscalizar o trânsito.

61. E também não se pode argumentar que a atribuição do policiamento de trânsito com exclusividade à Polícia Militar decorre do texto constitucional.

Com efeito, os dispositivos Constitucionais que tratam da matéria são os arts. 22, XXI, e 144, § 5º, que se encontram assim redigidos:

"Art., 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)”

"XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;”

"Art. 144. (...)”

"§ 5º. Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividade de defesa civil.”

62. O primeiro, se verifica, por sua simples leitura, que não faz nenhuma menção à competência nem à área de atuação da Polícia Militar, pelo que, neste aspecto, o Decreto-lei nº 667/69 estaria com ele desconforme<sup>(27)</sup>.

O § 5º do art. 144 fala em "**polícia ostensiva**" e "**preservação da ordem pública**", expressões que não abrangem com exclusividade a fiscalização de trânsito, como exposto acima. Por outro lado, esse mesmo dispositivo fala na possibilidade de serem tais atribuições definidas em lei. Mas tais atribuições devem ser dadas por lei e não por decreto e exclusivamente "**aos corpos de bombeiros militares**".

---

(27) No julgamento da ADIN nº 1.235-2-SF, a respeito do convênio firmado entre o Estado e o Município de São Paulo tal fato ficou claramente demonstrado quando da análise, pelos Mins., do art. 8º, XV, "v", da Constituição de 1968, ora repetido quase que na sua íntegra pelo art. 22, XXI, da atual Constituição

Dessa maneira, tampouco sob esse ângulo é possível falar-se em competência exclusiva da Polícia Militar para fiscalizar o trânsito. Todavia – e que fique bem claro –, não se está aqui a negar à Polícia Militar essa competência, o que, aliás, já expusemos anteriormente. O que se faz é simplesmente demonstrar que essa atividade não lhe compete com exclusividade.

### ***IX - Polícia especial pode ficar a cargo de entidades de Administração Indireta***

63. Como demonstrado, o policiamento de trânsito não é tarefa exclusiva das Polícias Militares, sendo possível aos Municípios realizá-lo, por expressa atribuição constitucional, sempre que presente o seu interesse local.

Cumpra, então, apreciar a viabilidade do exercício desse policiamento por órgãos ou prepostos de entidades de Administração Indireta, criadas segundo os parâmetros do Direito Privado.

64. A questão está relacionada ao tema da atribuição de atividades que exijam autoridade pública a pessoas de direito privado.

Examinando o ponto, CARLOS ARI SUNDFELD (*Empresa Estatal pode exercer o Poder de Polícia*<sup>(28)</sup>) lembra ser admitido, no Brasil, que a pessoa jurídico-política competente para a instituição de tributos transfira a terceiros sua fiscalização, arrecadação e aproveitamento.

Em endosso à sua opinião, esse conceituado jurista anota que, nesse sentido, manifestaram-se PAULO DE BARROS CARVALHO (*Curso de Direito Tributário*<sup>(29)</sup>), GERALDO ATALIBA (*Hipótese de Incidência Tributária*<sup>(30)</sup>) e ROQUE ANTONIO CARRAZZA (*Curso de Direito Constitucional Tributário*<sup>(31)</sup>).

---

(28) Boletim de Direito Administrativo, Fev. 93, págs. 98-103

(29) Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 1986, pág. 125

(30) Malheiros, São Paulo, 5ª edição, 1992, pág. 76

(31) Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição, 1991, pág. 133

Também para reforçar essa posição, SUNDFELD, lembra ainda que é possível a concessionários de serviços públicos promoverem expropriações, de conformidade com o Decreto-lei nº 3.365/41, art. 3º.

À vista desses precedentes, conclui o Autor que não concorre qualquer impedimento a que tal delegação também ocorra na órbita da administração ordenadora, expressão que, para ele, engloba **“um conjunto de atividades administrativas marcadas essencialmente pelo uso do poder de império”** e que melhor designaria o poder de polícia da Administração.

A seu ver, em síntese, quer na expedição de ordens e sanções aos administrados, quer na constrição de seus destinatários ao respectivo acatamento, **“nada existe de peculiar nos atos oriundos da polícia administrativa que possa ensejar a indelegabilidade”**, uma vez **“que não se confundem o regime da pessoa com o regime da atividade”**; afinal, **“empresa que executa atividade pública sujeita-se ao direito público, no que respeita a essa atividade”**, não havendo **“problema em atos administrativos de polícia serem praticados por agentes submetidos ao regime trabalhista”**, já que **“não há vínculo necessário entre o regime estatutário e o poder de autoridade”**.

65. JOSÉ AFONSO DA SILVA compartilha dessa opinião (*Parecer*, “in” RDA, vol. 132, abr./jun. 1978, pags. 241-255).

Invocando estudo de CID POMPEU TOMANIK (*Poder de Polícia e Empresa Pública*<sup>(32)</sup>), o emérito constitucionalista afirma que é **“legítima a atribuição de competência por lei, ou mesmo delegação de competência autorizada expressa e especificamente por lei, às entidades paraestatais”**, para o exercício de atividade de polícia especial na área de sua atuação institucional.

66. Também pensa assim o Ministro JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (*Constituição Federal Anotada*<sup>(33)</sup>), para quem, **“se houver regra legal expressa, será válida a atribuição do poder de polícia a quais-**

(32) “O Estado de São Paulo”, edição de 2 de agosto de 1977, pág. 32

(33) Saraiva, São Paulo, 1984, pág. 402

*quer entidades privadas, inclusive pessoas físicas ou naturais, desde que estejam no exercício de uma função pública outorgada ou delegada”.*

67. Em 29.8.1995 a Colenda Segunda Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão da lavra do Desembargador CÉZAR PELUSO, por votação unânime, no julgamento da Apelação Cível nº 243.013-1/6, da Comarca da Capital, em que figuraram, como apelante, IDEC - INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR e, como apelados, DIRETOR DO DEPARTAMENTO DO SISTEMAVIÁRIO - DSV e PRESIDENTE DA COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO - CET, advertiu que *“tampouco se descobre regra constitucional, ou infraconstitucional, que proíba essa delegação de competência a pessoa jurídica da mesma esfera da administração público”,* vera *“técnica de descentralização administrativa, há muito adotada no âmbito do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (arts. 10, 11 e 12), e recomendada no caso, onde é notória a carência de policiais para o exercício das mesmas funções, cuja natureza é, como se adiantou, civil”.*

68. Cumpre, de qualquer forma, fixarem-se corretamente o sentido e o alcance dessa exigência doutrinária de que a lei autorize o deferimento do poder de polícia a entidades de Administração Indireta.

69. Sendo o **poder de polícia** consectário lógico do **poder de regulamentar**, por lei, a matéria acerca da qual há de exercer-se, segue-se pertença originariamente à pessoa jurídico-política a correspondente **titularidade**, a qual, em consequência, somente por lei poderá transferir-se a outrem, necessariamente entidade investida de potestade pública, para que passe doravante a manejá-la, no campo de que se trate, **em seu próprio nome**, conquanto sob controle finalístico do outorgante.

Tal técnica de descentralização do poder administrativo só há de contemplar, todavia, a **autarquias**, pessoas jurídicas de direito público, que, haurindo diretamente da lei o ensejo de sua própria existência, nascem de pronto dotadas de suficiente poder de *“imperium”*, sujeitos que são de interesses públicos estatais.

70. Como visto, porém, nada obsta a que, retendo consigo a titularidade do poder de polícia, a entidade territorial transfira o respectivo **exercício** a pessoa jurídica de direito privado, para que o desempenhe, não em seu próprio nome, mas em nome daquela, e nos exatos limites da pertinente outorga, à semelhança do que se dá na delegação, a particulares, da execução de serviços de utilidade pública, por meio de concessões ou permissões.

71. O expediente hábil para operar tal atribuição do mero desempenho de poder exercível "*alieno nomine*" – verdadeiramente, um **credenciamento** – é, de ordinário, negócio jurídico bilateral de direito público, contrato administrativo, para cuja conformação válida e eficaz basta a observância das normas gerais ou especiais incidentes (cf. Constituição da República, artigo 22, inciso XVII; Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e modificações posteriores).

72. Todavia, é de admitir-se, também, a **criação** de entidades para-estatais – empresas públicas ou sociedades de economia mista –, e isso sempre sob expressa autorização da lei (cf. Constituição da República, artigo 37, inciso XIX), que sejam desde logo vocacionadas ao desenvolvimento dessas incumbências governamentais ou que, para tanto, venham a ser ulteriormente chamadas, através de permissão legal inequívoca, ainda que apenas implícita, pois que, em qualquer dos casos, o **credenciamento** terá também resultado de clara intervenção da vontade da Pessoa Política, a que a Lei Fundamental reservou a missão de inovar a ordem jurídica.

## **X - Conclusão**

73. Em conclusão ao que foi dito, o Município tem competência para legislar sobre trânsito e vai haurir essa competência na própria Constituição (art. 30, I e II). Como consequência disso, o Município tem também competência para fiscalizar e, ainda, aplicar as respectivas sanções (multas).

Além disso, também como foi exposto, a fiscalização de trânsito não é polícia administrativa geral, mas sim especial, pois não se trata de

polícia de segurança. Desse modo, tal fiscalização não é atribuição privativa da Polícia Militar. Outrossim, não se pode olvidar que o Decreto nº 88.777/83, na parte que atribuiu exclusividade à fiscalização de trânsito pela Polícia Militar, extravasou os limites do Decreto-lei nº 667/89, o que é vedado pela Lei Magna.

74. Finalmente, inexistindo óbices de que possa ficar a polícia especial a cargo de entidades da Administração Indireta, podem a fiscalização e a imposição de multas municipais ser transferidas a pessoas jurídicas da Administração Indireta, ainda que de direito privado.

# ***Interesses Difusos e Coletivos***<sup>(1)</sup>

**Rodolfo de Camargo Mancuso**

*Doutor em Direito e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Município de São Paulo.*

**Sumário:** 1. O acesso à Justiça dos interesses metaindividuais. 2. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. 3. O rol dos interesses metaindividuais jurisdicionáveis e sua afetação aos co-legitimados ativos. 4. Ainda o objeto da ação civil pública; a defesa do erário.

## ***1. O acesso à Justiça dos interesses metaindividuais***

O gradativo acesso à Justiça dos chamados interesses metaindividuais vem provocando sensíveis reflexos em pontos fundamentais do

---

(1) Palestra proferida em 07/03/97, no evento "Semana Inaugural", da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

tripé em que se assenta o Direito Processual Civil: Ação, Processo e Jurisdição.

A ação judicial, quando serve à veiculação de pretensões de natureza coletiva (v.g., ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo), perde seu tradicional caráter individualístico (conflitos intersubjetivos, tipo Tício versus Caio), passando a operar como instrumento de mediação entre os conflitos de massa, envolvendo interesses plurissubjetivos assim canalizados ao Poder Judiciário. Para que se guarde proporção entre o largo espectro desses interesses e os agentes que deles podem se fazer portadores ("ideological plaintiffs", no direito norte-americano), é que a legislação brasileira previu uma legitimação ativa de tipo concorrente – disjuntivo (M.P., entes políticos, órgãos públicos, associações), atendendo, desse modo, à diretriz constitucional de uma democracia participativa, (vg. arts. 5º, XXI e LXXIII; 216, § 1º, 225, e, especialmente, art. 129, III e § 1º).

O processo, a seu turno, quando formado por uma relação jurídica cujo objeto é um bem de natureza coletiva (meio ambiente, consumidores, patrimônio público), também se modifica em relação à sua configuração habitual – de uma relação jurídica que acompanha, "em paralelo", correspondente relação de direito material – passando a ter por objeto valores que desbordam das órbitas individuais dos contraditores postados nos polos ativo e passivo. Assim, nos processos de tipo coletivo há um agente autorizado a pleitear em proveito de coletividades mais ou menos vastas, ou mesmo da comunidade como um todo<sup>(2)</sup>, de sorte que os efeitos da tutela judicial se projetarão ao longo da correspondente extensão do interesse metaindividual objetivado ("difuso"; "coletivo em sentido estrito"; individual homogêneo"), conforme a espécie.

A Jurisdição, enfim, que em sua concepção tradicional ora se apresenta como Poder (o "Judiciário") ora como Função (a "distribuição da justiça"), ora como Órgão (a "máquina judiciária"), ao ser instada a prover sobre demandas de caráter coletivo, transmuda seu tradicional "modus

---

(2) Nelson Nery Jr. e Rosa Nery preferem falar em "legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis), ordinária". (Código de Processo Civil, comentado, 2ª ed., RT, 1996, p. 1414)



operandi", de singela subsunção do fato à norma de regência, para entrar em ponderações outras, de cunho sociológico, cultural, político e econômico, assim mais se aproximando da realidade tangível e se oferecendo, pois, como relevante instrumento para uma ordem jurídica "justa" e não apenas "jurídica". Seja, por exemplo, o momentoso fenômeno das ocupações de propriedades rurais pelos grupos chamados "sem-terra", levando o aplicador do Direito a repensar os institutos da posse e da propriedade, notadamente buscando atualizar o conceito atual da expressão "função social da propriedade" (CF, art. 170, III), como condição para o trato de fenômenos coletivos, que empolgam antagônicos interesses de massa. Ou ainda, as controvérsias de grande porte, envolvendo as relações de consumo largamente disseminadas em sociedade, bem como as demandas coletivas que levam o Judiciário a ter que fazer escolha entre valores primários, como sóe ocorrer em matéria de meio ambiente.

Toda essa renovação do trinômio "ação - jurisdição - processo" hoje reflui para um melhor atendimento da "instrumentalidade do processo", tema tratado monograficamente por Cândido Rangel Dinamarco<sup>(3)</sup>, e sintetizada em cinco tópicos, por José Carlos Barbosa Moreira:

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;*
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;*
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;*

---

(3) "A instrumentalidade do processo", ed. RT, São Paulo, 1987.

*d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;*

*e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.<sup>(4)</sup>*

Em suma, hoje não há negar reconhecer que o trinômio responsável pela aplicação do Direito Objetivo “in concreto” – o processo, a ação e a jurisdição – somente se respalda de legitimidade na medida em que contribua, decisivamente, para a boa gestão do bem comum. No caso, o “produto final” que se espera de toda atividade judiciária há de ser uma resposta de boa qualidade, ou seja: justa, jurídica, tempestiva e econômica. Essa contribuição será ainda mais significativa quando ela se operar no âmbito da jurisdição coletiva, onde o largo espectro dos interesses em conflito potencializa a eficácia do comando judicial, projetando-o “erga omnes” ou ao menos “ultra partes”, em direção a vastos segmentos da sociedade, como se verifica nas demandas que envolvem interesses de massa, como os afíntes aos “aposentados”, aos “poupadores”, aos “mutuários da casa própria”, etc. .

De modo que o acesso à Justiça dos interesses metaindividuais, na medida em que canaliza para o Judiciário os grandes temas sociais, vem propiciando uma releitura da trilogia “ação - processo - jurisdição”, tornando-a mais próxima do jurisdicionado e ensejando que esses três elementos básicos se integrem no esforço comum por uma melhor qualidade de vida e por uma eficaz gestão da coisa pública. Essa contribuição será tão mais significativa quanto se observe a diretriz pela qual as situações eminentemente coletivas, devem ser conduzidas ao tratamento processual do tipo coletivo, evitando-se os percalços e as injustiças que se verificam quando tais ocorrências aparecem fracionadas, atomizadas, numa profusão caótica de demandas individuais.

Vivemos hoje uma realidade francamente coletiva, muito distinta e muito mais complexa do que aquela em que eram priorizadas as ações

---

(4) “Notas sobre o problema da efetividade do processo”.

“In”... Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques, ed. Saraiva, São Paulo, 1982, p. 203 e 204.

individuais, simbolizadas na clássica relação "Tício versus Caio", resolvêis em termos de jurisdição singular. Hoje vivemos o tempo dos grandes conflitos de massa, contrapondo interesses plurindividuais de largo espectro. Diante dessa nova realidade, escreve Mauro Cappelletti, *"le vecchie regole e strutture processuali in tema di legittimazione e interesse ad agire, di rappresentanza e sostituzione processuale, di notificazione e in generale di diritto al contraddittorio, di limiti soggettivi e oggettivi della cosa giudicata, cadono come castelli di carta"* <sup>(5)</sup>. (grifamos)

## **2. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**

Conquanto se possam distinguir os interesses, segundo sua dimensão subjetiva, em "individuais", de um lado, e "meta ou superindividuais" de outro, fato é que, assim como os "individuais" comportam sub-espécies ("interesse simples ou de fato", "meras expectativas", "interesses reflexamente protegidos") assim também se passa com os "meta ou super individuais", que igualmente se decompõem em sub-tipos, enquadrados em "faixas" diversas do universo coletivo: interesses "difusos", "coletivos em sentido estrito" e "individuais homogêneos" (lei nº 8.078/90, art. 81, I, II e III).

De alguns anos a esta parte o legislador brasileiro compreendeu uma realidade que a doutrina já houvera detectado, a saber, que não são apenas as posições jurídicas já normatizadas e subjetivadas que são passíveis de tutela judicial. Ao contrário, são justamente os interesses e valores desprovidos de um "titular" que, sendo socialmente relevantes, merecem tratamento jurisdicional e de tipo diferenciado, dadas as suas peculiaridades. Nesse contexto, escreve Mauro Cappelletti, *"una quantità crescente, per numero e per importanza, di rapporti e di attività, coinvolgono non singoli soggetti soltanto, isolatamente presi, ma gruppi, classi, categorie intere. Interessi tipici di questo mondo nuovo, come quelli alla salute e all'ambiente naturale, hanno carattere "diffuso", "collettivo", poiché non appartengono a singoli individui in quanto tali ma alla collettività. La tutela contro la loro violazione, assume caratteristiche del tutto particolari ed un'importanza ignota finora nella storia delle civiltà e del diritto"* <sup>(6)</sup>.

(5) "Formazione sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile". (*Rivista di diritto processuale*, nº 3, (separata) Cedam, Pádua, 1975, p. 388.

(6) "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi".  
in "Giurisprudenza Italiana", vol. CXXVII, 1975, parte IV, col. 50.

Assim é que o legislador brasileiro deparou-se com a necessidade de trazer para o âmbito do Direito Objetivo o gênero “interesses transindividuais”, subdividindo-o nas três espécies antes referidas, que na verdade correspondem a diferentes “graus de coletivização”, seja numa perspectiva horizontal ou objetiva (amplitude da projeção do interesse ao interior da sociedade civil), seja numa perspectiva vertical ou subjetiva (expressão numérica dos sujeitos concernentes e bem assim o grau de sua indeterminação - absoluta ou relativa).

Não se trata aí – ao contrário do que uma leitura menos avisada possa sugerir – de nenhuma superfetação terminológica ou preciosismo jurídico, mas, ao contrário, trata-se da necessidade de normatizar, diversamente, realidades efetivamente distintas, embora locadas no grande gênero “interesses metaindividuais”, assim compreensivo das espécies “difuso”, “coletivo em sentido estrito” e “individual homogêneo”<sup>(7)</sup>.

Para uma boa compreensão do conteúdo de cada uma dessas espécies, é preciso ter em conta que, embora o legislador as tenha relacionado em modo seqüencial, nos três incisos do art. 81 da lei 8.078/90, fato é que há necessidade de distingui-las, conforme a natureza coletiva lhes seja essencial ou contingente, e, no primeiro caso, em qual extensão e compreensão, dentro do “universo coletivo”. Assim é que nos “difusos” e nos “coletivos em sentido estrito” o caráter coletivo lhes é imanente, lhes integra a própria essência, já que pelos respectivos conceitos legais (incisos I e II), se vê que o objeto se apresenta indivisível e os sujeitos concernentes são, em princípio, indeterminados. A diferença específica fica por conta de que, nos “difusos”, por se reportarem a meras situações de fato, aquelas notas revelam-se absolutas (sujeitos absolutamente indeterminados e objeto absolutamente indivisível), ao passo que nos “coletivos em sentido estrito” elas se relativizam, porque os sujeitos – pela circunstância de estarem ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base – já comportam certa visualização ao interior de certos segmentos da sociedade civil, ou seja, em “grupos, categorias ou classes”, na dicção legal.

---

(7) Sobre os aspectos conceituais dos interesses metaindividuais, conforme o nosso “Interesses Difusos - conceito e legitimação para agir”, 3ª ed. RT, São Paulo, 1994.

Já outra coisa se passa com os "individuais homogêneos", porque aí o nome já indica que sua essência é individual, e, se estão elencados no mesmo dispositivo legal (art. 81), na seqüência das duas outras espécies antes referidas, é porque com estas apresentam em comum as notas da uniformidade e da larga expressão numérica dos sujeitos concernentes. Mas, enquanto nos "difusos" e nos "coletivos em sentido estrito" essa uniformidade decorre de sua essência coletiva, já nos "individuais homogêneos" ela advém de circunstância externa, contingencial ou episódica, qual seja o fato deles decorrerem de uma "origem comum". Assim, numa palavra, os "difusos" e os "coletivos em sentido estrito" são essencialmente coletivos, ao passo que os "individuais homogêneos" recebem tratamento processual coletivo pelo modo uniformizado como se exteriorizam, assim parecendo ao legislador que sua tutela judicial seria mais adequada e eficaz.

Aliás, para se ter uma percepção temporal acerca da abordagem jurídica desse tema, basta considerar que em 1989 José Carlos Barbosa Moreira já falava em "litígios essencialmente coletivos" e "litígios acidentalmente coletivos", lembrando que o processo está recebendo o impacto da "propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?"<sup>(8)</sup>

Se se quiser, não haverá mal em dizer que, enquanto os "difusos" e os "coletivos em sentido estrito" devem merecer tutela processual coletiva (v.g., ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) já os "individuais homogêneos" podem sê-lo ou convém que mereçam tutela desse gênero. Com efeito, nos dois primeiros tipos, é sua essência coletiva que não comporta tratamento processual "atomizado", ao passo que em relação ao terceiro tipo é a uniformidade das posições jurídicas, (embora individuais de per si), que recomenda o trato processual coletivo, até porque, de outro modo, o conflito se pulverizaria em multifárias ações individuais, pondo-se na "contra-mão" do atual estágio evolutivo do processo civil brasileiro, em que se está desestimulando o emprego do litisconsórcio muito numeroso, dito "multitudinário" ou "monstrum": § único do art. 46 do CPC, acrescentado pela lei 8.952/94.

(8) "Ações coletivas na Constituição Federal de 1988", in Revista de Processo nº 61, p. 187.

Nesse sentido, bem observou Teori Albino Zavascki que *"há interesses individuais que, considerados em seu conjunto, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma das posições individuais e cuja lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico. Tais interesses individuais, visualizados nesta dimensão coletiva, constituem interesses sociais para cuja defesa se legitima o Ministério Público"* (9).

Assim é que, por exemplo, é difuso o interesse à defesa do erário público ou à proteção dos mananciais hídricos, ou ainda à coerção da publicidade enganosa; é coletivo em sentido estrito o interesse que aglutina os proprietários de veículos automotores ou os contribuintes de certo imposto; é individual homogêneo o interesse que congrega os pais e responsáveis por alunos matriculados em certo nível de escolaridade, ou os cidadãos participantes de programas para aquisição de bens duráveis, ditos "consórcios", ou ainda os investidores em certa modalidade de aplicação financeira, como os ditos "poupadores".

É sempre importante não perder de vista que é por força de lei que esses interesses metaindividuais foram libertados do "limbo jurídico" (10) em que se encontravam, para se exteriorizarem como posições socialmente relevantes, dignas, portanto, de tutela jurisdicional diferenciada; no caso, a que se faz através das ações coletivas, em sentido largo. Logo, se num caso concreto constata-se que o interesse objetivado é um daqueles já nominadamente "normatizados" (vg. meio ambiente, consumidores) ou então é um outro interesse socialmente relevante, seja em sua essência (difusos, coletivos em sentido estrito) ou em sua exteriorização (individuais homogêneos), não se poderá denegar a tutela judicial através da ação civil pública, ajuizável por qualquer dos co-legitimados ativos. Colocar restrições ou exigências para essa tutela, não autorizadas – na letra ou no espírito – dos textos de regência (leis 7347/85; 8078/90, arts. 81 a 104, 110, 117) é, de um lado, questionar as razões da lei e, de outro, distinguir onde não o fez o legislador.

(9) "O Ministério Público e a defesa de direitos individuais homogêneos". Revista de Informação Legislativa, n. 117, Brasília, jan/mar. 1993, p. 186.

(10) A sugestiva expressão vem utilizada por Anna de Vita, em seu estudo "La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese (...)". In "La tutela degli interessi diffusi nell diritto comparato", ed. Gluffrè, Milão, 1976, p. 383.

Ao prever o trato processual coletivo para situações eminentemente coletivas (embora estas comportem a gradação antes referida), pretendeu o legislador atingir, a um tempo, relevantes objetivos:

a) outorgar resposta judiciária isonômica e unitária aos grandes conflitos de massa, onde se controvertem interesses plurissubjetivos de largo espectro social;

b) coartar o tratamento processual atomizado de tais situações, pelo risco de decisões qualitativamente diversas, que acarretam injustiça às partes e descrédito na função judicial;

c) contribuir, poderosamente, para a desobstrução do serviço judiciário, hoje assoberbado pelo constante ajuizamento de demandas individuais, decorrentes da "atomização" ou "fracionamento" de controvérsias que, de outro modo, poderiam e deveriam ser conduzidas em modo processual coletivo. Nesse sentido, Kazuo Watanabe aponta *"o objetivo colimado pelo legislador, que foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário atulhado de demandas fragmentárias"*<sup>(11)</sup>.

### **3. O rol dos interesses metaindividuais jurisdicionáveis e sua afetação aos co-legitimados ativos**

Registra-se ainda hoje uma insuperada controvérsia quanto aos interesses metaindividuais que podem ser objeto de ação civil pública: quais são?; quantos são?; estão indicados em "numerus apertus" ou em "numerus clausus"? ; a quem compete defini-los: só ao legislador ou também ao juiz, no caso concreto? A par disso, vem o corolário dessas indagações, no que concerne aos co-legitimados ativos: qualquer deles pode atuar na defesa de qualquer interesse metaindividual, ou cabe distinguir,

---

(11) "Demandas coletivas e os problemas emergentes da praxis forense". Revista de Processo, vol. 67, p. 19.

cotejando-se o fim institucional do legitimado e o tipo de interesse objetivado?

Em primeiro lugar, cremos que boa parte dessas indagações se deve ao fato de que o "nomen juris" – ação civil pública – apesar de ter ganho notoriedade a partir da lei 7347/85, aparecia, explícita ou implicitamente, em textos anteriores, situação que se mostrou recorrente nos textos posteriores àquela lei básica. Assim, a precedente lei orgânica nacional do M.P. – nº 40/81, art. 3º, III, já mencionava a ação civil pública; e a lei federal 6938/81 mandava reparar os danos causados ao meio ambiente, atribuindo ao "parquet" o ajuizamento de uma "ação de responsabilidade civil e criminal" (art. 14, § 1º), ação essa que, tirante, naturalmente, as imputações criminais, só poderia ser a civil pública: civil, no sentido de "não penal"; e "pública", tanto por sua finalidade quanto pela natureza de seu agente.

Sobrevindo a lei 7347/85, seu preâmbulo falava em "ação civil pública de responsabilidade (...)" e seu artigo 1º indicava como objeto o "meio ambiente", o "consumidor" e os "bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico" (incisos I a III). O legislador ordinário, colhendo o ensejo de que o art. 129 da CF sobrevinda em 1988, mencionava a ação civil pública, ajuizável pelo "parquet" (inciso III) e/ou por outros co-legitimados (§ 1º), inclusive em relação a "outros interesses difusos e coletivos" (inciso III, parte final), valeu-se da subsequente promulgação do Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90), para inserir no art. 1º da lei 7347/85, como inciso IV, uma "cláusula de encerramento" – estendendo a ação a "qualquer outro interesse difuso e coletivo". (Na verdade, tratou-se de uma reinserção, porque no texto original da lei 7347/85 constava aquela expressão, que todavia veio a ser vetada).

Por outro lado, é importante, nessa resenha legislativa, levar na devida conta o fato de que a expressão "interesses individuais homogêneos", surgida na lei 8078/90, art. 81, III, situa-se na parte processual dessa lei (título III), parte essa que se traslada para a lei que rege a ação civil pública "padrão" (7347/85), por autorização constante do art. 117 daquela lei 8078/90 (v. art. 21 da lei 7347/85).

Esses sucessos legislativos precisam ser vistos e compreendidos em sua linha seqüencial, a fim de se evitarem conclusões equivocadas,



como por exemplo, que os interesses individuais homogêneos não seriam, “por definição”, vocacionados à tutela pelo M.P., pelo fato de que já antes não constavam na lei complementar nº 40/81, em vigor à época da promulgação da lei 7347/85, como não constam no art. 129, III da CF, nem tampouco no art. 1º dessa lei 7347/85.

Assim, porém, não nos parece. Primeiro, o campo propício para os interesses individuais homogêneos é o das relações de consumo e é por isso que eles vieram conceituados no Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90 - art. 81, III), valendo lembrar que pelo art. 1º desse Código, suas normas são “de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”: logo, é evidente que se trata de matéria plenamente tutelável pelo “parquet”, a teor do art. 127 da CF. Segundo, tendo tais interesses sido conceituados legalmente em 1990 (lei 8078), não poderiam, mesmo, constar nos textos legais precedentes, inclusive na CF 1988.

Por fim, é preciso dar o devido peso ao fato de que a CF previu uma certa “área complementar”, onde também pode e deve atuar o M.P., a saber: aquelas matérias compatíveis com suas funções institucionais (art. 129, IX).

Parece fora de dúvida que um tema considerado “de ordem pública e interesse social” (art. 1º da lei 8078/90), se enquadra naquela “área complementar” de atuação do M.P., valendo sobrelevar a larga extensão dos conceitos de “consumidor”, “relações de consumo”, “fornecedor”, “produto” e “serviço” (arts. 2º, 3º e §§ do C.D.C.) e, inclusive, o enquadramento do Poder Público como prestador de serviços (art. 22 e § único).

Sucedo que o conceito e a disciplina dos interesses individuais homogêneos não se restringem necessariamente às relações de consumo (embora sua maior incidência nesse campo), senão que se estendem ao objeto da “ação civil pública”, em sentido largo, e bem assim a todos os co-legitimados ativos (art. 82 da lei 7347/85), porque:

- 1) os arts. 83, 90 e 117 da lei 8078/90, interpretados sistematicamente, transportam para o bojo das ações civis públicas a disciplina

processual constante do CDC, onde se inclui o conceito de "interesse individual homogêneo" (art. 81, III) e inclusive o rito para sua tutela judicial específica (arts. 91 a 100);

2) não há previsão legal autorizando exegese restritiva no reconhecimento da legitimação ativa, em função do tipo de interesse metaindividual objetivado, como por vezes se pretende, quanto à cogitada exclusão, "a priori", da legitimação do M.P. quando se trate de interesse individual homogêneo, ou então para tutela do erário público. Quando o legislador quis restringir ou condicionar, ele mesmo o fez, por exemplo, quando exigiu compatibilidade entre o objetivo estatutário da associação autora e a natureza do interesse em lide (CDC, art. 82, IV). No mais, a postura do legislador foi francamente facilitadora do acesso à justiça dos interesses metaindividuais: a) possibilitou a inversão do ônus da prova (art. 6, VII); b) relativizou (art. 28) ou mesmo dispensou (art. 82, III) a exigência da personalidade jurídica; c) previu legitimação ativa de tipo concorrente-disjuntivo (arts. 5º e 82 e incisos); d) dispensou o adiantamento das custas e despesas e restringiu os ônus da sucumbência à hipótese de "comprovada má-fé" (art. 116). Todo esse contexto indicativo da "mens legislatoris" parece dever induzir, por lógica, a uma tendência exegética mais generosa ("benigna amplianda") e não o contrário.

3) o antes afirmado estende-se também em face dos demais co-legitimados ativos, no cotejo com quaisquer interesses metaindividuais, seja porque a própria CF deu essa abertura (art. 129, § 1º, parte final), seja porque a legitimação prevista é do tipo concorrente-disjuntivo. Naturalmente, "modus in rebus", algumas restrições nesse campo são pensáveis, mas na verdade sua raridade acaba por confirmar a regra, como no caso lembrado por José Carlos Barbosa Moreira: *"O Estado do Rio de Janeiro não tem por que propor ação civil pública em relação a um dano ambiental que se limita a Rondônia. Não vejo como seria isto possível. Penso até que seria desastroso, pelos problemas práticos que iria certamente gerar."*<sup>(12)</sup>

---

(12) "Ação Civil Pública" (Conferência no STJ em 1992), in Revista Trimestral de Direito Público, (separata), Malheiros Editores, p. 16.

No tocante ao MP, a restrição possível (e até óbvia) que se lhe pode fazer quanto à sua legitimação é quando se trate de um conjunto de interesses individuais puros, ou seja de mera "soma" de interesses individuais, sem nenhuma conotação de "indisponibilidade" e de "interesse social" (CF, art. 127), porque aí não haveria como sustentar que tal tutela se compatibilizaria com a natureza das funções complementares do "parquet" (CF, art. 129, IX). Aliás, a mera "soma" de interesses individuais (por exemplo, de moradores num condomínio horizontal em litígio com a Municipalidade) se resolve em litisconsórcio ativo facultativo, cabendo sua representação judicial a advogado (CPC, arts. 37 e 46). No ponto, nos parece precisa a lição de Kazuo Watanabe: *"Certamente, como bem adverte Andrea Proto Pisani, não se deve restringir a legitimação para agir do Ministério Público apenas aos casos em que esteja presente o interesse geral e indiferenciado de natureza publicista, incumbindo-lhe também tutela dos interesses coletivos específicos de natureza privatística. Mas não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutele interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social (como os de condôminos de um edifício de apartamentos contra o síndico ou contra terceiros ou os de um grupo de uma sociedade contra outro grupo da mesma sociedade, a menos que esteja presente, por alguma razão específica, o interesse social), sob pena de amesquinamento da relevância institucional do Parquet, que deve estar vocacionado, por definição constitucional, à defesa "da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF)"*<sup>(13)</sup>.

É importante o aviso doutrinário, trazendo hipóteses como essas, porque elas dão o contraponto para se escoimar o joio do trigo, permitindo, "por exclusão", a identificação serena e racional dos casos que, malgrado configurem um cúmulo de posições individuais, oferecem certas peculiaridades que justificam o trato processual coletivo e, a partir daí, se libera a legitimação concorrente - disjuntiva prevista no art. 5º da lei 7347/85. No ponto, José Carlos Barbosa Moreira, falando de "litígios acidentalmente coletivos", adverte: *"há casos em que a soma é algo mais do que simplesmente o conjunto das parcelas, exatamente porque o fenômeno assume, no contexto social, um impacto de massa"*.<sup>(14)</sup> Figure-se hoje,

(13) "Demandas coletivas ...", cit., p. 18.

(14) "Ações coletivas (...)", cit., Rev. de Processo nº 61, p. 188, 189.

por exemplo, a ocupação de uma área rural por mil trabalhadores ditos "sem terra"; indaga-se: o episódio se reduz à mera "soma" de mil condutas individuais, ou, já configura um fenômeno coletivo, dadas as suas repercussões sociais e o risco iminente de conflito armado, tudo a justificar tratamento diferenciado por parte das Autoridades?

Esse ponto veio bem esclarecido por Hugo Nigro Mazzilli: *"Uma coisa seria pôr o Ministério Público em defesa de interesses de, digamos, meia dúzia de consumidores que tiveram seus carros danificados pela maresia, durante sua importação. Nesse caso, não haveria expressão social para justificar a atuação ministerial. Coisa diversa, porém, seria negar "a priori" a possibilidade da iniciativa ministerial para propor, por exemplo, uma ação coletiva que visasse a impedir o inconstitucional bloqueio de cruzados em todo o país (Plano Collor), ou a obter a devolução de tributos ilegalmente retidos ou recolhidos de milhares ou milhões de contribuintes. Nesses últimos casos, negar o interesse da sociedade como um todo na solução desses litígios e exigir que cada lesado comparecesse a juízo em defesa de seus interesses individuais, seria negar os fundamentos e os objetivos da ação coletiva ou da ação civil pública."*<sup>(15)</sup>.

É extremamente importante trazer ao lume a recente decisão do STF no RE 163.231-3, na Ação Civil Pública movida pelo M.P. contra Associação Notre Dame de Educação e Cultura (DJU 5.3.97, rel. Min. Maurício Corrêa, v.u.) da qual se extraem estes excertos:

.....

"22. Não paira nenhuma dúvida que a recorrida autorizou o aumento das mensalidades contra legem, sendo certo inclusive que há farta prova nos autos de que não se obedeceu à legislação da época quando se reuniu a comunidade escolar, através da Associação de Pais e Mestres, descumprindo-se nuclearmente o que então determinava a Lei nº 8030/90, que disciplinava a forma das cobranças das respectivas mensalidades.

---

(15) "A defesa dos interesses difusos em Juízo", 7ª ed., Saraiva, 1995, p. 80.

No ponto, cf. o nosso "Sobre a utilização da ação civil pública da lei 7347/85, para fins de desbloqueio coletivo de ativos financeiros", RT 672/260.

23. Procurado o Ministério Público de São Vicente, por alguns pais que tinham dificuldade em arcar com os ônus do aumento, optou o representante do Parquet pela propositura da ação civil pública.

24. Estaria o MPE extrapolando as suas atribuições? Parece-me que não, pois dessa forma procedendo o fez com base no dispositivo constitucional do artigo 129, inciso III, da Carta Política, que a ele assegura a proteção de outros interesses difusos e coletivos, e fundadamente assim estava legitimado não só pela norma constitucional, senão também pelo próprio Código do Consumidor e por sua Lei Orgânica, que ao MP cometeram, dentre outros, o dever de proteger os direitos coletivos.

25. Se o universo dos alunos e de seus pais é indeterminado, mas determinável, porque basta a coleta dos dados perante a instituição recorrida para se levantar a nominata respectiva, nem por isso se retira o caráter de interesses coletivos, que pelo referido Código são definidos como transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. E é exatamente o que ocorre nestes autos, em que há um objeto comum que os une, consubstanciado no aumento que a todos atingiu; há um grupo, objeto dos mesmos interesses e interligados pela mesma causa e uma parte contrária, no caso a Associação Notre Dame de Educação e Cultura, que atrai a legitimidade da postulação pela relação jurídica-base.

.....

27. Evidencia-se, quantum satis, que os interesses defendidos neste recurso são nitidamente homogêneos porquanto nascidos de uma mesma origem; ou seja, mensalidades escolares cobradas abusivamente, com um mesmo índice de aumento, aplicado a todos os usuários da escola; por conseguinte homogêneos, porque na verdade todos da mesma natureza; e como homogêneos são uma subespécie de interesses coletivos, como antes abordei, legítima é a capacidade postulatória do recorrente.

28. Ao mencionar a norma do artigo 129, III, da Constituição Federal, que o MP está credenciado para propor a ação civil pública, relacionada a "outros interesses difusos e coletivos", outorgou-se-lhe a prerrogativa para agir na defesa de um grupo lesado com a ilegalidade praticada. Não se trata de intromissão da iniciativa ministerial na área específica reservada à atuação de advogados, senão a de defender, em nome coletivo, pessoas vítimas de arbitrariedade praticada com aumento abusivo de mensalidades escolares. Dentre os atingidos, muitos dos pais não teriam condições de arcar com despesas judiciais e honorários, como é o caso daqueles que procuraram o MP indignados e revoltados com o aumento perpetrado; e por mal terem condições de pagar os estudos de seus filhos, não possuíam condições de suportar despesas extras. Ademais, estava o Parquet mais do que impelido a promover a ação, pelo dever de ofício, quanto mais quando se trata de interesses que se elevam à categoria de bens ligados à educação, amparados como se sabe, constitucionalmente, como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205).

31. Tem-se que não é o Ministério Público que invade a área de atuação da reserva da clientela dos advogados, senão a própria natureza do bem protegido que o exige, e que se alça ao patamar daqueles impugnáveis por via de ação direta, por certos entes, e com muito mais razão pelo Ministério Público, neste caso concreto investido da capacidade postulatória para ação civil pública, quando o bem que visa a resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda o abrigo estatal.

32. Assim, conheço do recurso extraordinário interposto e lhe dou provimento para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação." (grifamos).

O critério para o "salto de qualidade" desses interesses uniformizados pela origem comum, que lhes permite a tutela coletiva, não se reduz apenas ao aspecto da expressão numérica dos sujeitos concer-

nentes, ou seja, a óptica quantitativa, mas impende valorizar a base qualitativa, ou seja: quando razões de ordem social, econômica ou mesmo de melhor técnica processual, recomendem o trato processual coletivo da matéria. Nesse ponto, parece correto o enunciado da Súmula de Entendimento nº 7 do M.P. de São Paulo: *“O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão dos lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico.”*

No mais, digno de registro é que, mesmo antes da abertura propiciada pela cláusula – “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” – (lei 8078/90, art. 110, inserindo inciso (IV) ao art. 1º da lei 7347/85), já se houvera iniciado, ao influxo do disposto no art. 129, III da CF/88, a expansão do objeto da ação civil pública, para assim alcançar a tutela coletiva: dos deficientes físicos (lei 7853/89, arts. 3º e 7º) e dos investidores no mercado de valores mobiliários (lei 7913/89, arts. 1º e 3º). Na sequência advieram outros textos, prevendo a tutela judicial: da criança e adolescente (lei 8069/90); do erário público, “*latu sensu*”, por atos de improbidade administrativa (lei 8429/92, art. 17); da ordem econômica (lei 8884/94, art. 88).

Presentemente, existe projeto de lei objetivando estender a ação civil pública também para a área trabalhista (projeto de lei da Câmara Federal, nº 98/94), valendo lembrar que a CF menciona o “meio ambiente do trabalho” (art. 200, VIII).

De tudo, parece inevitável a conclusão de que os interesses meta-individuais, passíveis de tutela por ação civil pública, estão hoje em “*numerus apertus*”, porque, a par daqueles já normatizados no Direito Objetivo, como os antes relacionados, nada impede que, presente a nota da relevância social, outros venham a merecer igual tutela, por exemplo, os concernentes a certas etnias ou minorias sociais. A estes grupos sociais refere-se Alessandro Pizzorusso: *“gli appartenenti ai gruppi etnico-linguistici hanno rappresentato fino ad oggi, nel loro insieme, soltanto delle “comunità diffuse”, ossia delle collettività di persone sprovviste come tali di qualsiasi*

*possibilità di azione giuridica, nonostante che lo stesso ordinamento le riconosca come centri di riferimento di un compendio di interessi collettivi giudicati meritevoli di tutela ed in effetti in qualche modo tutelati attraverso l'opera degli organi pubblici o di soggetti che ne assumono la rappresentanza"*<sup>(16)</sup>.

Aliás, o direito contemporâneo parece encaminhar-se, decididamente, no sentido da superação de dogmas que até há pouco se tinham como incontornáveis: por exemplo, que as posições jurídicas não subjetivadas ficariam à margem da tutela judicial (a falácia de que *"un interesse che appartiene a molti non appartiene a nessuno, nessuno lo può portare in giudizio"*)<sup>(17)</sup>; ou ainda, a suposição de que personalidade jurídica seria o "passaporte" necessário para a empresa adentrar o mundo jurídico: nosso Código do Consumidor acolheu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica - "disregard of legal entity" - (art. 28) e, bem assim, concedeu legitimação ativa a órgãos públicos desprovidos de personalidade jurídica (art. 82, IV). Enfim, o dogma "nemo ad factum praecise cogi potest" hoje também está contornado, com a previsão legal de "astreintes" e "medidas de apoio", voltadas à consecução da prestação específica da obrigação: CPC, art. 461 e §§, redação da lei 8952/94.<sup>(18)</sup> Enfim, é a vitória do "ser" sobre o "ter"; é a priorização da relevância social do interesse, sobre a titularidade, subjetivada, desse interesse.

Ou, como bem colocado por José Carlos Barbosa Moreira, *"o uso exclusivo da palavra "direito", semanticamente agrilhoadada à severa tradição dogmática, gera para certas posições de vantagem, desprovidas deste ou daquele atributo inerente ao conceito clássico de "direito subjetivo", o perigo de ver-se relegadas à posição de inferioridade pelo prisma da tutela, no plano constitucional. De outro lado, o adjetivo "individual" sugere tratamento discriminatório, nesse mesmo plano, com relação aos direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) que não se refiram de modo*

(16) "Verso il riconoscimento della soggettività delle comunità etnico-linguistiche?". In "Giurisprudenza Italiana", vol. CXXIV, 1972, parte IV, col. 65.

(17) Mauro Cappellèti, citando Alberto Romano, in "Appunti sulla ...", cit., *Giurisprudenza Italiana*, vol. CXXVII, 1975, parte IV, col. 49.

(18) Cf. o nosso "Considerações acerca de certa tendência legislativa à atenuação do dogma "nemo ad factum praecise cogi potest". In "Processo Civil - evolução - vinte anos de vigência", coord. José Rogério e Tucci, ed. Saraiva, São Paulo, 1995.



*específico a um titular – ou a certo número de titulares – nitidamente “individualizados”*<sup>(19)</sup>.

Em suma, os interesses plurissubjetivos que comportam tutela judicial coletiva são os que se revestem de relevância social, por consultarem alguns dos valores maiores da sociedade, identificação essa a ser feita “in concreto”, por qualquer dos co-legitimados ativos à ação civil pública. No ponto, cf. Hugo Nigro Mazzilli: *“Atualmente inexistente, portanto, sistema de taxatividade para a defesa de interesses difusos e coletivos. Além das hipóteses já expressamente previstas em lei para a tutela judicial desses interesses (defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, das crianças e adolescentes, das pessoas portadoras de deficiência, dos investidores lesados no mercado de valores mobiliários, de interesses ligados à defesa da ordem econômica) – qualquer outro interesse difuso ou coletivo pode ser defendido em juízo, seja pelo Ministério Público, seja pelos demais legitimados do art. 5º da lei 7.347/85 e do art. 82 do Código do Consumidor.”*<sup>(20)</sup> No ponto, ainda, cf. Nery & Nery: *“O que caracteriza um direito como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de pretensão deduzida em juízo. Um mesmo fato pode dar origem à pretensão difusa, coletiva e individual homogênea”*<sup>(21)</sup>

#### **4. Ainda o objeto da ação civil pública: a defesa do erário**

Está ainda bastante viva, na jurisprudência e doutrina, a discussão quanto à viabilidade da ação civil pública para a defesa do erário, e bem assim, positiva que seja a resposta, impende saber se o Ministério Público apresenta legitimação ativa para tal.

Buscando maior objetividade no trato da questão, colocaremos, articuladamente, os possíveis argumentos que podem estar à base da tese contrária à defesa daquele valor através da ação civil pública e, especialmente, quando tal ocorra por iniciativa do M.P., que é o co-legitimado ativo mais atuante na espécie, como o revela a experiência forense. Em seguida, enfrentaremos, de per si, os tópicos dessa pontuação.

---

(19) Art. cit., in “Estudos de Direito...”, cit., p. 209.

(20) “A defesa...”, cit., p. 100 e 101.

(21) “Código...”, cit., 2ª ed., 1996, nota 3ª ao art. 1º da lei 7347/85.

A) que a palavra “erário” não aparece nos textos atinentes à ação civil pública.

Esse aspecto terminológico se explica por mais de uma razão. Primeiro, o “erário” é espécie do gênero “patrimônio público”, valendo observar que a ação popular – invocada no art. 1º da lei 7347/85 – promulgada vinte anos antes desta última (lei 4717/65) dava o conteúdo de patrimônio público, com sua devida e necessária abrangência (§ 1º do artigo, redação da lei 6513/77): “*Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico*”. (grifamos)<sup>(22)</sup>

Como se vê, o erário nada mais é do que o aspecto financeiro da expressão “patrimônio público”, do mesmo modo como, “mutatis mutandis”, o conceito de “meio ambiente” pode ser visto sob as acepções natural, cultural e artificial<sup>(23)</sup>. Assim, tanto ofende ao patrimônio público a obra viária que destrói sítio arqueológico (dano ao patrimônio histórico) como o procedimento da Autoridade que possibilitou a realização dessa obra por preço superfaturado e sem licitação (dano ao erário público).

De sorte que, entre a interpretação meramente gramatical e a teleológico-sistemática, parece-nos não haver dúvida que deve prevalecer esta última, a qual conduz à conclusão de que o “erário” é, sem dúvida, tópico integrante do gênero “patrimônio público”. Aliás, ainda que assim não se entendesse, a defesa do erário é, claramente, matéria de interesse público, e então já por aí se justificaria a intervenção do “parquet”, porque ele deve atuar nas causas onde haja “interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (CPC, art. 82, III).

É importante se ter presente que expressões do gênero – “interesse público/geral/social”; “erário”; “patrimônio público”; “fazenda pública” – devem ser interpretadas segundo o núcleo essencial que lhes aproxima os conceitos, a saber, a nota comum da defesa da causa pública, e, não, de modo a privilegiar o aspecto literal, gramatical (“littera occidit, spiritus vivificat”). Até porque, de certo modo, aí se cuida de “conceitos jurídicos

(22) Sobre os elementos e as condições da ação popular, cf. o nosso “Ação Popular”, 2ª ed., RT, São Paulo, 1996, especialmente capítulo 3º.

(23) Cf. José Afonso da Silva, “Direito Ambiental Constitucional”, ed. Malheiros, São Paulo, 1994, p. 3.

indeterminados”, a terem os seus conteúdos preenchidos “in concreto”, à semelhança do que ocorre em outros ramos de Direito, por exemplo, no penal: “raptar mulher honesta” (CP, art. 219) ou, no administrativo: contratação direta pela “singularidade do objeto”, ou por “notória especialização”. Como adverte José Carlos Barbosa Moreira: “Na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com freqüência, a formulação de juízos de valor” (24).

De resto, no Dicionário “Aurélio”, a palavra “erário” aparece no verbete “fisco”, e ainda como sinônimo de “fazenda pública”. Não estranha assim que, na organização judiciária, as ações populares, os mandados de segurança (individuais e coletivos), as ações civis públicas, justamente por lobrigarem interesses indisponíveis, de grande relevância social, tramitem em 1º grau pelas Varas geralmente denominadas “de Fazenda Pública”.

Enfim, argumentando com a legitimação deferida ao M.P. pelos arts. 16 e 17 da lei 8429/92, para ajuizamento de ação por ato de improbidade administrativa, José Marcelo Menezes Vigliani argumenta que *“seria um verdadeiro absurdo lógico, legitimá-lo para postular a aplicação das penas pelos atos de improbidade que causassem danos ao erário, sem legitimá-lo à postulação do restabelecimento do erário ao estado anterior, antes do avanço do agente público!”* (25).

#### B) que o erário só é passível de tutela judicial via ação popular.

O fato de o conceito de ação popular na CF mencionar o “ato lesivo ao patrimônio público” (art. 5º, LXXIII), não nos parece razão suficiente a embasar a afirmação supra.

A própria lei da ação civil pública invoca expressamente a ação popular (art. 1º), assim aproximando e credenciando ambos os institutos para a tutela judicial dos interesses metaindividuais. Tanto assim que, no-

(24) “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados”. In “Temas de Direito Processual”, 2ª série, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1988, p. 65.

(25) “A legitimação do Ministério Público para a defesa do patrimônio público”, RT 735/177. O autor traz à colação resenha jurisprudencial (STJ, TJSP, TJGO, TJMG), respaldando a tese por ele perfilhada: item 2.5, p. 181, 182.

meadamente, alguns interesses aparecem no objeto dessas duas ações, como se dá com o “meio ambiente” e o “patrimônio histórico e cultural”; entre elas é visível, portanto, a existência de uma área que lhes é comum.

Dada a restrição da legitimação ativa na ação popular ao cidadão-eleitor, compreende-se que o legislador ordinário, presente a experiência forense com essa ação, tenha, na lei 7347/85, colhido o ensejo para atualizar e potencializar a tutela judicial dos valores maiores da sociedade. Assim é que, de um lado, ampliou a legitimação ativa (art. 5º) e, de outro, tornou mais abrangente o objeto, cuidando ainda, para afastar dúvidas, de dizer expressamente que os interesses arrolados nos incisos do art. 1º são tuteláveis pela ação civil pública, mas “sem prejuízo da ação popular”(“caput”).

A se entender de outro modo, esse relevante valor social – o erário público – ficaria pouco protegido se sua tutela judicial continuasse dependente da isolada iniciativa e desprendimento do cidadão-eleitor, quando a experiência vem mostrando que nos casos onde aquele valor mais está em risco, como nos grandes escândalos financeiros, muitos cidadãos se intimidam, receando tudo que envolve tal empreitada, como o custo e a morosidade do processo, sem falar no temor de possíveis represálias dos agentes públicos envolvidos e dos terceiros beneficiários do ato sindicado. No ponto, o Min. Sepúlveda Pertence, do STF, já alertara, certa feita: “A experiência da ação popular é muitas vezes comprometida pelo sentido político-partidário que ela toma, quase sempre surgindo em meio a uma polêmica de evidente conotação de conjuntura política. A introdução do MP nesta vigilância ativa com legitimação processual, sob a legalidade da administração que os dois incisos obviamente comportam, é que parece ao mesmo tempo o grande poder e o grande desafio que essa instituição recebe (...)”<sup>(26)</sup>.

Ademais, além dos interesses nominadamente indicados nos incisos do art. 1º da lei 7347/85, ali consta a cláusula que abre para “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (inciso IV); e não há dúvida de que o “erário público”, concernindo a todos, é um interesse tipicamente difuso:

---

(26) “A Constituição Brasileira 1988 - Interpretações”. II Fórum Jurídico, (diversos autores) Forense Universitária, 2ª ed., p. 266/267.

os sujeitos são indeterminados e o objeto é indivisível: art. 81, I, da lei 8078/90. Se alguma dúvida ainda sobejasse a respeito, restou afastada com as leis 8429/92 e 8625/93, aquela voltada à coerção dos atos de improbidade administrativa e recomposição do erário, legitimando para tal o M.P. (arts. 16, 17 e 18) e esta igualmente legitimando o "parquet" para defesa do erário, explicitamente (arts. 25, IV, "a" e "b" e VIII).

De sorte que nos parece correta a exegese pela qual também a tutela do erário se inclui no objeto da ação civil pública. Sendo assim, não há como privar o M.P. de promovê-la judicialmente, mormente em se considerando que, ao contrário dos outros co-legitimados ativos, cuja atuação judicial pode depender de alguma exigência ou restrição suplementar (ex. a associação deve ser velha de um ano; o ente político "Estado de São Paulo" não irá, por certo, ajuizar ação ambiental no Rio Grande do Sul), já o M.P. é uno e indivisível" (CF, art. 127, § 1º), podendo atuar sem restrições geográficas, bastando que se trate de "interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. retro, caput).<sup>(27)</sup>

C) que a legislação ordinária, conferindo a defesa do erário ao M.P. através da ação civil pública, extrapola os lindes constitucionais e avança no objeto específico da ação popular.

O argumento parte do princípio que o art. 129, III da C.F. previu, dentre as funções institucionais do M.P., o ajuizamento da ação civil pública para defesa do "patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", sem aí mencionar o "erário público", valor este que, em contrapartida, integra o âmbito da ação popular, já que esta pode ser manejada para "anular ato lesivo ao patrimônio público" (CF, art. 5º, LXXIII).

Em primeiro lugar, cabe dizer que a própria CF vigente estende ao M.P. a possibilidade de "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade" (art. 129, IX). Ao "parquet" cabe, pelo art. 127 da CF, a defesa dos "interesses sociais e individuais indisponíveis", não parecendo haver equívoco ou excesso em considerar que a tutela do "erário" consulta à defesa do "interesse social", até porque

---

(27) De ordem geral sobre a legitimação ativa, cf. o nosso "Ação civil pública", 4ª ed., RT, São Paulo, 1996, cap. 6º.

o erário, em última análise, vem a ser o aspecto financeiro do "patrimônio público", do mesmo modo como os valores artísticos, estéticos e históricos constituem aspectos do gênero "patrimônio cultural". Não se vê, então, motivo convincente para que o M.P. não possa tutelar o erário público, sabido que este é formado dos aportes pecuniários trazidos pelos contribuintes, havendo, pois, óbvio interesse social em que se fiscalize sua gestão e se puna os atos de improbidade, com a conseqüente recomposição dos cofres públicos.

Desse modo, a legislação ordinária, subsequente à CF vigente, tendo reconhecido ao M.P. o poder-dever de zelar pelo erário, via ação civil pública, a rigor nada mais fez do que detalhar os valores e interesses que, explicitamente ou ao menos em linha de princípio, já constavam na Carta Magna. Assim:

- lei 8429/92 - sobre atos de improbidade no serviço público: o art. 16 confere ao M.P. ação cautelar de sequestro, e o art. 17 lhe possibilita a ação principal, cuja procedência, diz o art. 18, determinará a "reparação do dano" ou a "perda dos bens havidos ilícitamente, decretando "o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito".

(Tutela judicial do erário público, pois).

- lei 8625/93 - lei orgânica nacional do M.P.: o art. 25, IV, prevê o ajuizamento de ação civil pública: "a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem".

E o inciso VIII daquele art. 25 ainda incumbe o "parquet" de "ingressar em juízo de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por Tribunais e Conselhos de Contas".

(Tutela judicial do erário público, pois).

Ao que se vê, o fato de a “tutela do erário” ser factível via ação popular, em nada impede igual possibilidade hoje reconhecida ao M.P. através da ação civil pública, até porque a própria lei 7347/85 começa por dizer (art. 1º) que por ela se regem, “sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade (...)” etc. Aliás, analisando a ação prevista naquele art. 25, IV, “b” da lei 8625/93, Ada Pellegrini Grinover afirma: “*Uma nova modalidade de ação civil pública, introduzida pelo art. 25, IV, “b” da lei 8625, de 12.2.93 - LNMP, veio consagrar, na realidade, utilização de verdadeira ação popular, com legitimação atribuída ao Ministério Público*”<sup>(28)</sup>.

Outro aspecto importante é que a legitimação ativa deferida por aquelas leis ao M.P., para atuar em defesa do erário, apresenta-se afinada com a diretriz constitucional de que tal legitimação ministerial para a ação civil pública “não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei” (art. 129, § 1º). Logo, nada obsta que a iniciativa processual venha exercida por qualquer outro dos demais co-legitimados indicados no art. 5º da lei 7.347/85. Todavia, as estatísticas forenses mostram que esse “apelo ao pluralismo”, feito pelo constituinte e pelo legislador ordinário, acabou não provocando o eco esperado junto aos demais co-legitimados ativos. Assim, José Carlos Barbosa Moreira esclarece: “No Estado do Rio de Janeiro são 100 ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, para pouco mais de dez ações promovidas por associações civis; em São Paulo, no campo dos Direitos do Consumidor são 95 ações do Ministério Público para 10 associações; em matéria de ambiente, segundo uma pesquisa feita em 100 comarcas daquele Estado, das 444 ações propostas, apenas 4% o foram por associações civis”<sup>(29)</sup>.

Sendo esses os  fatos, caberia então uma reflexão acerca do juízo de valor que se possa fazer acerca da atuação dos co-legitimados ativos à ação civil pública, afim de não se incorrer numa visão demasiadamente crítica ou severa em face daquele que, justamente, se vem mostrando mais diligente e operante. Aqui e ali, é verdade, pode ocorrer algum ajuizamento precipitado<sup>(30)</sup> mas não compromete o mérito daquilo que ordi-

(28) “Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência”. In “Ação Civil Pública”, Lei 7347/85 - Reminiscências e Reflexões após 10 anos de aplicação”, coord. Edis Milaré, ed. RT, São Paulo, 1995, p. 23.

(29) “Ação Civil Pública”, cit., separata da Revista Trimestral de Direito Público, p. 7.

(30) Para uma visão panorâmica desse relevante aspecto, inclusive com subsídios jurisprudenciais, v. José Rogério Cruz e Tucci, “Processo Civil - realidade e Justiça”, ed. RT, São Paulo, 1994, p. 89 e s.

nariamente se tem verificado e os números o demonstram: dentre os legitimados ativos para a ação civil pública, o M.P. é o que mais ocupou o espaço liberado pelo constituinte e pelo legislador ordinário para a tutela judicial dos interesses metaindividuais.

Em suma, nos parece que a “defesa do erário” se enquadra como tema de interesse social indisponível (CF, art. 127) e sua tutela através da ação civil pública se afigura compatível com as finalidades institucionais do “parquet” (CF, art. 129, IX).

D) que a ação civil pública é vocacionada à cominação de fazer ou de se abster (lei 7347/85, art. 11), razão pela qual a eventual parte pecuniária da condenação é recolhida ao Fundo dos Interesses Difusos (art. 13), o que confirmaria a tese da inidoneidade dessa ação para ressarcimento do erário público.

As premissas dessa afirmação estão corretas, mas, ao nosso ver, delas não se extrai a pretendida conclusão.

O art. 13 da lei 7347/85 é regulamentado, a nível federal, pelo Dec. 1.306/94, onde se prevê um Conselho Gestor (art. 3º) a quem cabe gerenciar os recursos que foram arrecadados nas ações civis públicas, para “reparação dos danos causados... por infração da ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos” (art. 1º). Tais recursos serão distribuídos para a efetivação das medidas preventivas, corretivas e de fomento, indicadas no art. 6º, sendo que “suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou do dano causado” (art. 7º).

Logo, tratando-se de montante pecuniário decorrente de condenação em ação civil pública onde se buscou a tutela do erário público (vg., por ato de improbidade administrativa previsto na lei 8429/92), parece-nos que caberá ao Conselho Gestor examinar e deliberar acerca do modo idôneo e racional de se compatibilizar aquele produto pecuniário com o interesse tutelado na ação, até para se atenderem as diretrizes do Dec. 1306/94: “Os recursos serão prioritariamente aplicados na reparação específica do dano causado, sempre que tal fato for possível” (§ único do art. 7º); e aliás, justamente para isso, tais recursos “deverão ser identificados segundo a natureza da infração ou do dano causado” (§ único do art. 10).



(Presentemente, o Conselho Federal, gestor do Fundo, tem seu regulamento previsto na lei 9.008, de 21.3.95).

No ponto, comentando o acórdão do STJ que, em ação civil pública movida pelo MP para defesa do erário, dera pela ilegitimidade ativa do "parquet" (Resp. 34.980-5-SP, 2º., rel. Min. Peçanha Martins, v.u. 15.6.94, DJU 19.9.94), Nilo Spinola Salgado Filho e Wallace Paiva Martins Júnior, Promotores de Justiça em São Paulo, asseveram que aquele desiderato "era provimento típico da Lei federal 7347/85 (art. 3º) a indenização pelo dano causado, não sendo válido argumentar que a quantia reverter-se-ia ao fundo tratado no art. 13, porque ele tem como pressuposto a irreversibilidade do dano. Por fim, à época do julgamento, vigiam tanto o art. 83 da Lei federal 8078/90 (aplicável por força do art. 21 da Lei federal 7347/85), os arts. 5º e 17 da Lei federal 8429/92 e o art. 25, inc. IV da Lei federal 8625/93, admitindo a ação civil pública para proteção do patrimônio público, combatendo ato lesivo ou ofensivo à moralidade administrativa, com a possibilidade de qualquer provimento adequado a tornar eficaz a tutela do interesse, com o ressarcimento do dano" (31).

É interessante observar que, se o produto pecuniário decorrente de condenação pecuniária decorresse de ação popular (art. 11 da lei 4717/65; RJTJESP, 96/35), se chegaria à solução análoga à alcançável na ação civil pública ajuizada em defesa do erário: o montante apurado seria recambiado ao ente político (União, Estado, Município) que teve seu erário lesado, o qual ficaria, assim, recomposto, em virtude do cumprimento do julgado. Não se vê, destarte, a dificuldade insuperável que induziria a inaptidão da ação civil pública para fins de ressarcimento ao erário público.

Aliás, tanto na ação popular como na civil pública, é evidente que o produto pecuniário decorrente da condenação não concerne ao autor e sim à entidade pública prejudicada pelo ato ilegal e lesivo, sindicado na ação. Por isso mesmo é que, configurada a contumácia do autor popular em executar o julgado, o M.P. deve assumir esse mistér, justamente pelo interesse público (aí não apenas fazendário) na recomposição do erário (art. 16 da lei 4717/65). Também por aí se constata a inexistência de in-

---

(31) "Ação Civil Pública: Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa", RT 735/172.

compatibilidade entre a defesa judicial do erário e as funções institucionais do “parquet”.

Essas as considerações que, esperamos, sejam úteis, no presente momento histórico em que a ação civil pública vem se afirmando como o instrumento processual por excelência, na tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais.

# **Mercosul e os Direitos do Consumidor**

**José Geraldo Brito Filomeno**

---

*Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo.  
Ex-coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias  
de Justiça do Consumidor do Estado de São Paulo. Ex-  
Coordenador-Adjunto da Comissão Especial do Conselho Nacional  
de Defesa do Consumidor, que elaborou o anteprojeto de Código  
de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Integrou também a  
comissão que elaborou a nova "lei antitruste" (Lei nº 8.884/94).*

## **1. O fenômeno da globalização**

**1.1** A história econômica nos mostra que a nova mentalidade do livre comércio entre os vários países da, afinal de contas, "aldeia global" de que nos fala MacLuhan, materializada nos recentes tratados da Comunidade Econômica Européia (CEE), no Tratado de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA), Associação de Países do Pacífico (APEC), ou então nas tentativas parcialmente frustradas como as antigas ALALC e ALADI, sublimadas no MERCOSUL, revela-se como a síntese em superação dos conflitos vividos desde a Antiguidade.

Assim, às divergências seculares entre as teses do “mare nostrum” em contraposição ao “mare clausum”, passando pelos odiosos “pedágios” entre os vários feudos e burgos da Idade Média; pelo mercantilismo explorador, durante o qual a riqueza das nações se media pelo acúmulo de metais e pedras preciosas; chegando-se finalmente à Revolução Industrial, caracterizada pela tentativa de hegemonia econômica a todo custo, de que resultaram as duas grandes conflagrações mundiais na disputa anglo-franco-germânica, com episódios marcantes como a conquista e domínio de mercados e do Corredor de Danzig, respectivamente, sucedeu-se uma nova mentalidade, em que se fala em “livre trânsito” de bens e serviços e principalmente de pessoas.

E a isso tudo se ajunta a prosperidade regional de nações e o progresso social, tendo como objetivo necessário a justiça social.

1.2 Com relação ao nosso MERCOSUL, permitimo-nos ponderar sobre suas reais vantagens, já que, como destinatário final, o consumidor deve ter lugar evidente de destaque na nova mentalidade esboçada<sup>(1)</sup>.

E isto porque, partindo-se da constatação de que os países envolvidos produzem determinados bens, melhor ou então mais baratos do que seus parceiros, e por conseguinte, com mais eficaz competitividade, como ficarão esses com relação às normas técnicas já existentes no Brasil, e principalmente em face do Código de Defesa do Consumidor?

---

(1) “CARACTERÍSTICAS DO MERCOSUL - O Mercosul foi constituído pelo Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991, entre a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai, que criou um mercado comum no território desses países, que deverá estar totalmente operativo em 1 de janeiro de 1995. O Tratado de Assunção estabelece os seguintes objetivos: a) a livre negociação de bens, serviços, de pessoas e de capitais; b) o estabelecimento de uma tarifa aduaneira comum e a adoção de uma política comum em matéria de comércio externo; c) a coordenação das políticas macroeconômicas. Tendo em vista a prossecução dos objetivos do MERCOSUL foram criados os seguintes instrumentos: a) um programa de liberalização comercial que consiste na eliminação gradual, e iniciada imediatamente, de todas as barreiras comerciais até 1 de janeiro de 1995; b) um programa de coordenação da legislação interna dos Estados-membros de forma a promover a livre concorrência; c) um regime para definição de origem dos produtos de um Estado-membro; d) um sistema para a resolução de litígios e controvérsias; e e) um regime transitório de cláusulas de salvaguarda. A administração do MERCOSUL está a cargo do Conselho do Mercado Comum composto pelos ministros dos Negócios Estrangeiros e pelos ministros das Finanças dos Estados-membros. O órgão executivo do MERCOSUL é o Grupo Mercado Comum, formado por dezesseis membros em representação do Ministério dos Negócios Estrangeiros, do Ministério da Economia e do Banco Central de cada Estado-membro. O Grupo Mercado Comum terá um secretariado permanente sediado em Montevideú, Uruguai. O Tratado de Assunção instituiu também dez grupos de trabalho para se ocuparem das seguintes matérias internas: liberalização do comércio, harmonização da legislação comercial; direitos aduaneiros; nomenclatura e especificações técnicas; impostos e finanças; transporte marítimo; transporte terrestre; propriedade industrial; agricultura; energia e macroeconomia” (“Aspectos Legais do Mercosul”, DURVAL NORONHA GOYOS JR., in *Tribuna do Advogado*, maio de 1992, pg. 10).

Nosso país tem tido de adaptar-se a esse mesmo código, bem como às normas impostas pela CEE (sobretudo a ISO 9000, aqui NBR 19000), sob pena de sua não internação no novo e sem dúvida importante mercado.

Não será esse o caso também de nossos parceiros comerciais, sem qualquer tipo de censura e muito menos discriminação, ou seja, no sentido de dotarem seus países de moderna legislação de defesa do consumidor, e se adaptarem às normas técnicas de fabricação de produtos e prestação de serviços?

**1.3 Hoje, como se sabe, a almejada qualidade de produtos e serviços não significa apenas adequação às normas de sua fabricação ou prestação – que é o requisito mínimo –, como também a satisfação do consumidor.**

Desta forma, parece-nos que a questão básica é indagar-se que país do MERCOSUL produz o que mais em conta, tendo-se em vista os custos de produção e nível de evolução tecnológica, do que certamente resultará maior competitividade.

O correto, portanto, seria estabelecerem-se os níveis mínimos e indispensáveis de normatização técnica, sobretudo os que dizem mais de perto à SAÚDE e SEGURANÇA dos consumidores, deixando-se o detalhamento (qualidade-extra) para as normas internas de cada país.

E, com efeito, conforme anotado por CLÁUDIA LIMA MARQUES<sup>(2)</sup>, em matéria de fixação de normas comunitárias, como por exemplo em termos de cláusulas contratuais abusivas, seu objetivo é *“assegurar uma proteção mínima para os consumidores de todos esses mercados integrados”*.

Assim, em reuniões periódicas, o Comitê Técnico Nº 07, da Comissão de Comércio do Mercosul, tem procurado o estabelecimento de normas gerais de defesa do consumidor, felizmente tomando por base o Código Brasileiro, que sem dúvida alguma é o mais avançado, não apenas com relação ao seus parceiros do Mercosul, como também de todo o mundo.

---

(2) *in* “União Européia Legisla sobre Cláusulas Abusivas: Um Exemplo para o Mercosul”, revista “Direito do Consumidor”, Ed. Revista dos Tribunais, nº 21, págs. 300-310.

E, em matéria de **direitos fundamentais dos consumidores**, estabeleceu-se, em reunião realizada em Fortaleza, em 13.12.96 que: *"são Direitos Básicos do Consumidor - I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos"*.

E, no anexo específico sobre proteção à saúde e segurança do consumidor, a norma do Mercosul estabeleceu que *"os produtos e serviços somente poderão ser colocados pelos fornecedores no mercado de consumo quando não apresentem riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis por sua natureza ou utilização; os fornecedores não poderão colocar no mercado de consumo produtos ou serviços que apresentem, para a saúde ou segurança do consumidor, alto grau de nocividade e periculosidade, assim considerado pelas autoridades competentes no âmbito do Mercosul, qualquer que seja seu uso ou utilização"*.

Além do mais, *"IV - os fornecedores de produtos ou serviços perigosos ou nocivos à saúde ou segurança deverão informar, de forma ostensiva e adequada, sobre sua periculosidade ou nocividade, sem prejuízo da adoção de outras medidas que se possam tomar em cada caso concreto"*.

O restante será certamente a **qualidade** ou superação de cada fornecedor.

Ou exemplificativamente: se determinado país parceiro produz determinado tipo de bem mais barato, terá forçosamente de **respeitar as normas de segurança comum a todos os produtores; se produzi-lo ainda com mais qualidade, tanto melhor para ele, já que ganhará mercado e consumidores, obrigando os concorrentes a uma busca ainda de maior qualidade.**

1.4 Ao contrário do alegado por alguns, o código brasileiro do consumidor, longe de ser um "entrave" à plena implementação do MERCOSUL, apresenta-se exatamente como um **incentivador** na busca de qualidade cada vez maior, devendo-se concentrar nas chamadas **"assimetrias" para superação das divergências.**<sup>(3)</sup>

(3) Conforme o magistério de Isabel Vaz (in "Harmonização da Legislação de Defesa do Consumidor", tema exposto no Curso de Direito Econômico, promovido pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça em 27/11 a 19/12/96, página 09): *"O consumidor brasileiro atingiu um 'status' tão digno de louvores, que não se pode*

Como, aliás, ainda ponderado por CLÁUDIA LIMA MARQUES, a posição do Ministério da Justiça no Brasil é de *“não ceder quanto ao patamar de proteção já alcançado pelo CDC na defesa dos direitos dos consumidores. (...) Essa solução (...) permitiria a manutenção da lei nacional, como protetora de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que prepararia os produtos do MERCOSUL para a competição em mercados dos países desenvolvidos, os quais também possuem rígidas legislações protetoras”*<sup>(4)</sup>.

**1.5 Já a “harmonização” ou “homogeneização” das normas técnicas, deverá ter como parâmetro a defesa do consumidor e particularmente as diretivas compulsórias relativas à sua SAÚDE, SEGURANÇA, e no que toca à informação sobre os vários produtos e serviços para uma escolha adequada e consciente.**<sup>(5)</sup>

Conforme bem equacionado pela indústria eletro-eletrônica, pela sua entidade de representação latino-americana, por exemplo, a própria inversão do ônus da prova quando houver o chamado “acidente de consumo”, em face de um defeito de fabricação, deve ser encarada como verdadeiro estímulo a que cada vez mais haja preocupação com as regulamentações.

---

*mais retroceder, não só pelas conquistas obtidas, mas porque interessa à economia brasileira que seus produtos possam ser submetidos a mercados internacionais, onde as exigências certamente são mais rigorosas que a do consumidor nacional”.*

(4) in “O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o MERCOSUL”, página 113.

(5) Cláudia Lima Marques, no mesmo texto supra-referido, anota que: *“A legislação brasileira representa, assim, faticamente, um fator de ponderação especial no caso de colocação de produtos e serviços estrangeiros no mercado brasileiro, pois estes, obrigatoriamente, terão de se adaptar às exigências legais. A ‘idéia-base da integração’ econômica é, porém, a de possibilitar a colocação do produto ou serviço estrangeiro (a entrada do capital ou do trabalhador estrangeiro...) nas mesmas condições”, no mesmo patamar concedido ao produto ou serviço nacional. É a idéia-nestra do tratamento igualitário, da não-discriminação, da concorrência total e leal no novo mercado integrado.*

*Não é idéia integracionista ou o seu objetivo privilegiar o produto ou produtor estrangeiro frente aos ‘parcs’ nacionais, por exemplo, permitindo que coloque no mercado produtos sem a segurança, a informação em língua portuguesa e a qualidade exigidas para os produtos nacionais (...).”*

*Além disso: “(...) o fornecedor argentino, uruguaio ou o paraguaio que desejar colocar seus produtos no Brasil (e o importador responsável) terão de adaptar-se às regras do mercado brasileiro quanto à proteção ao consumidor e o respeito para com ele. Estabelecerão, porém, essas regras, verdadeiramente, uma “barreira” à entrada desses produtos no mercado brasileiro, à liberdade de circulação de mercadorias do MERCOSUL? (...) examinando-se o artigo 2º do Anexo I do Tratado de Assunção em conjunto com o disposto no artigo 50 do Tratado da ALADI, conclui-se que as ‘restrições ao comércio recíproco’ (=dificuldades) que se destinarem à ‘proteção da vida e da saúde das pessoas’ não serão consideradas como ‘barreiras não-tarifárias’, estando permitidas no MERCOSUL”.*

E isto porque, o próprio Código Brasileiro de Defesa do Consumidor isenta de responsabilidade o fornecedor que provar que não colocou aquele produto defeituoso no mercado, ou então que o defeito inexistiu, ou ainda que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A qualidade deve ser ainda a **meta preponderante**, não apenas com relação aos países do MERCOSUL, mas também aos demais que comercializarão com esses.

As chamadas "**entidades certificadoras de qualidade**" e os "**catálogos**" de que também fala a indústria eletro-eletrônica, serão vitais no caminho do esclarecimento dos consumidores quanto aos produtos e serviços que efetivamente desejem adquirir.

**1.6** Em matéria de **SAÚDE**, por exemplo, a Associação dos Engenheiros Agrônomos, já em 1993 alertava, por intermédio de seu jornal de classe, que, como grande parte do comércio entre os países do MERCOSUL seria de produtos agro-industriais, dever-se-ia revisar desde logo as normas que cuidam de agrotóxicos.

Mesmo porque o Uruguai, citado na época como exemplo, ainda permitia os chamados defensivos "**organoclorados**", proibidos entre nós pelo menos desde 1985.

Hoje, portanto, nós nos encontramos no seguinte impasse: se não se admite mais o rótulo "produto de exportação", sugerindo que o que é melhor é mandado para fora, ficando o consumidor nacional com o restolho dos produtos aqui fabricados, **da mesma forma não se poderá aceitar outros de fora que estejam em desacordo com as normas do código do consumidor.**

Os direitos básicos e fundamentais, pois, elencados por esse código, é que irão balizar as normas comuns aos países do MERCOSUL, dando-se então a disputa pelos produtos que melhor agradem aos consumidores, já que, como já dissemos atrás, qualidade, mais do que adequação a normas regulamentares ou técnicas, é a efetiva satisfação do consumidor. O Código do Consumidor, aliás, no seu art. 7º, prevê como fontes de seus direitos os "tratados ou convenções internacionais". Mas



que certamente estejam de acordo com a FILOSOFIA de sua política nacional de relações de consumo.

## ***2. Normas relativas à saúde do consumidor***

**2.1** Ora, um episódio relatado pelo jornal "O Estado de São Paulo" acabou por tornar concreta a advertência que havíamos feito no final de 1992, em simpósio patrocinado pela Federação do Comércio do Estado de São Paulo.

É que o jornalista **José Casado**, em artigo intitulado "***AntigoIpe, Pró-Batata Cancerígena***" (ed. de 22.6.96, pág. A-4 do referido periódico), denunciou que nosso país estaria exatamente a importar toneladas e toneladas de batatas tratadas com o **PRODUTO CANCERÍGENO** chamado IPC - methylathyphenyl carbamato.

Explicou na ocasião, com efeito, que *"trata-se de um antibrotante de uso intensivo nas plantações da Argentina, que está exportando volume recorde de batatas para o Brasil; há leis proibindo a venda de alimentos tratados com agrotóxicos não-registrados no Ministério da Agricultura; e, desde 1980, proíbe-se especificamente esse agente defensivo; é uma questão de salvaguarda da vida dos brasileiros; no mesmo 22 de abril em que Fernando Henrique se informava sobre a ameaça à estabilidade da vida política do Mercosul, o Ministério da Agricultura foi alertado sobre a avalanche das batatas argentinas tratadas com cancerígenos; o governo desdobrou-se pela segurança do Mercosul; na proteção da vida dos cidadãos brasileiros, porém, mostrou-se mais burocrático e descuidado do que Wasmosy, numa noite de abril, escrevendo sua carta-renúncia numa mesa da Embaixada dos EUA em Assunção. O Ministério da Agricultura, por intermédio do Departamento de Defesa e Inspeção Vegetal, limitou-se a distribuir uma circular a suas delegacias informando que, 'por decisão do Subcomitê de Sanidade Vegetal do Mercosul', a importação de batata está permitida; por razões diplomáticas, o agrotóxico usado nas batatas deixou de ser relevante."*

**2.2** Ora, consoante disposto pelo art. 102 do Código de Defesa do Consumidor, as autoridades competentes poderão ser acionadas com

vistas à proibição, em todo o território nacional, da colocação no mercado de produtos nocivos à saúde ou segurança dos consumidores.

Como na hipótese ora noticiada, a autoridade competente, como de resto o diz corretamente o artigo jornalístico em anexo, é de âmbito federal, eventual medida judicial competiria ao Ministério Público Federal, sem prejuízo do concurso, em litisconsórcio voluntário com o do Estado, por intermédio de sua Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, onde é sediada a Delegacia Regional de Agricultura, razão pela qual entendemos por bem remeter representação, com vistas à adoção das medidas cabíveis<sup>(6)</sup>.

Como resultado, os lotes tratados com o referido produto foram impedidos de internalização nos países, sobrevindo, todavia, duas portarias, uma do gabinete do Ministério da Agricultura (Portaria nº 523, de 28.8.96)<sup>(7)</sup> e outra da Secretaria de Defesa Agropecuária (Portaria nº 119, de 11.9.96)<sup>(8)</sup>.

Conforme parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Agricultura e Abastecimento, dirigido à Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital, e constante do expediente já atrás referido do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de São Paulo: *"1. Nas batatas destinadas ao consumo, teoricamente, não deveria ser utilizado antibrotante. No entanto, para impedir o desvio de*

---

(6) Ref.: FICHA R-Nº 358/96-CENACON-MPSP.

(7) O MINISTRO DE ESTADO DA AGRICULTURA E DO ABASTECIMENTO, no uso da atribuição que lhe confere o Art. 87, Parágrafo Único, inciso II, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei nº 6.305, de 15 de dezembro de 1975, e no Decreto nº 82.110, de 14 de agosto de 1976, resolve: Art. 1º Suspender os efeitos do sub-ítem 10.2, do ítem 10 - Disposições Gerais, da Norma de Identidade, Qualidade, Acondicionamento, Embalagem e Apresentação da Batata, aprovada pela Portaria nº 69, de 21 de fevereiro de 1995, publicada no Diário Oficial da União de 23 de fevereiro de 1995, até a harmonização, pelo Grupo Mercado Comum - GMC/MERCOSUL, das medidas técnicas sobre a matéria ali contida. Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. ARLINDO PORTO (DOU, Seção I, 29.8.96, pg. 16.658).

(8) O SECRETÁRIO DE DEFESA AGROPECUÁRIA, no uso das atribuições que lhe confere o Art. 63, item IV, do Regimento Interno da Secretaria, aprovado pela Portaria Ministerial nº 319, de 6 de maio de 1996, e tendo em vista o que consta do Processo nº 21000.004828/96-12, resolve: Art. 1º Adotar as medidas acordadas entre o Diretor do Departamento de Defesa e Inspeção Vegetal, do Brasil e o Diretor do Departamento Nacional de Proteção Vegetal, da Argentina, em reunião realizada em Assunção, Paraguai, no dia 28 de agosto de 1996, com referência à Certificação Fitossanitária de batata consumo. Art. 2º A batata consumo proveniente da Argentina poderá ingressar no Brasil quando devidamente certificada que está livre de *Premnotipus latithorax* e *Nacobus aberrans*, que é oriunda da área livre de Potato Spindle Tuber (PSTVd) e de país onde não ocorram a *Globodera pallida* e *G. rostochiensis*. Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. ENIO ANTÔNIO MARQUES PEREIRA (DOU, Seção I, 13.9.1996, pg. 19.218).

uso que ocorre freqüentemente no Brasil, quando os produtores utilizam batata-consumo como semente, podendo infectar os solos brasileiros com pragas (principalmente vírus e nematódeos) não existentes no país, é exigida a utilização de antibrotante para impedir a germinação da batata.

2. A Portaria nº 69, de 21 de fevereiro de 1995, dispõe no item 10.2, de seu Anexo: 'toda batata destinada ao consumo deverá ser tratada com antibrotante, reconhecidamente não nocivo à saúde humana e permitido pela legislação brasileira'. No Brasil o único antibrotante registrado para este fim é a Hidrazida maleica.

3. A Argentina solicitou, junto ao MERCOSUL, autorização para utilização de outros antibrotantes, especialmente IPC - Isopropyl Phenil Carbamato. A justificativa para a utilização deste antibrotante baseia-se no fato de que a Hidrazida maleica deve ser aplicada durante a fase de desenvolvimento vegetativo, momento este em que o produtor não tem ainda conhecimento do destino de sua safra. Enquanto que o IPC é utilizado após a colheita e somente em batatas destinadas à exportação. A Argentina ainda argumenta que o IPC apresenta menor grau de toxicidade comparado com a Hidrazida maleica, a qual apresenta dose legal (DL) de 5000 mg/kg corporal, enquanto que o IPC tem DL maior que 5000 mg/kg corporal e o CIIPC DL entre 5000 e 7000 mg/kg corporal, devendo se esclarecer que, de modo geral, quanto maior for o valor da DL, mais seguro é o produto para o ser humano e animais. Esclarecemos ainda que o IPC é utilizado em diversos países do mundo como antibrotante.

4. Diante de toda esta argumentação, o Sub-Comitê de Sanidade Vegetal do MERCOSUL decidiu aceitar a utilização de outros antibrotantes para batata, conforme Minuta de Resolução, em Anexo, enviada ao Comitê de Sanidade e posteriormente ao G.M.C. Esta resolução prevê a utilização do IPC, mesmo quando não tenha registro em seus países de destino, e determina que sejam tomadas providências, prioritariamente, para registro de produto fitossanitário, no prazo de 90 (noventa) dias, nos respectivos países Membros do MERCOSUL. Com referência ao nível de resíduos, foi aprovado pelo Sub-Comitê de Sanidade Vegetal e Comitê de Sanidade do MERCOSUL um limite máximo de 5 ppm de IPC.

5. Partindo desta resolução do Comitê de Sanidade do MERCOSUL, o Diretor do Departamento de Defesa e Inspeção Vegetal - DDIV encaminhou Of. Circ- nº 25, de 15 de maio de 1996, às Delegacias Federais de Agricultura autorizando a internalização de batatas tratadas com IPC, que estavam retidas na fronteira Brasil-Argentina.

6. A Associação

*dos Bataticultores do Paraná impetrou Mandado de Segurança junto à Procuradoria da Justiça do Paraná, contra o Ministério da Agricultura e do Abastecimento, solicitando determinação judicial para cumprimento da Portaria nº 69, de 21 de fevereiro de 1995. 7. Paralelamente, a Empresa R.J.U. Comércio e Beneficiamento de Frutas e Verduras Ltda. Importação, Exportação e Transporte impetrou Mandado de Segurança, junto à Procuradoria da Justiça de Santa Catarina, solicitando a liberação de 500 toneladas de batatas frescas, de origem argentina, destinadas ao consumo humano, tratadas com o antibrotante (...)."*

Diante dessas circunstâncias é que foram baixadas as duas portarias mencionadas, com o propósito de que se suspendesse a exigência brasileira do tratamento das batatas importadas, para os fins também atrás descritos com qualquer antibrotante, salientando o citado parecer, por fim, que *"não existem, até o momento, avaliações feitas pelo Ministério da Saúde do Brasil, quanto à utilização destes produtos, não sendo portanto definidos limites máximos de resíduos".* Razão porque, *"o Ministério da Saúde nega a internalização de batatas tratadas com estes produtos até que sejam concluídas as pesquisas quanto à toxicologia dos mesmos".*

E a Portaria-MAA Nº 523/96, como visto, enfatiza que referida suspensão da aplicação de antibrotantes – entenda-se *qualquer um* –, **"até a harmonização, pelo Grupo Mercado Comum - GMC/MERCOSUL, das medidas técnicas sobre a matéria contida"**.

**2.3** Pelo que se observa, portanto, os conflitos já **começam a surgir** em consequência das novas atividades comerciais do MERCOSUL, levantando-se questões relevantes, tais como:

a) a prevalência do direito nacional sobre o chamado "direito comunitário" ou não;

b) a conveniência de questões sanitárias serem tratadas pelos órgãos nacionais ligados ao Ministério da Saúde e não a outros Ministérios, como o da Agricultura, que deve ter sua missão institucional melhor estudada, ou seja, de fomento e apoio a tão importante setor econômico, e não à vigilância sanitária propriamente dita, não se descartando, todavia, a qualidade dos produtos agropecuários;

c) as normas homogeneizadas em matéria de defesa do consumidor, levando-se em conta, como parâmetro fundamental, a **saúde e a segurança dos consumidores, de todos os parceiros do mercado comum.**

### ***3. Outras questões emergentes da homogeneização***

**3.1** Na hipótese retro tratada, ainda não tinha havido a homogeneização das normas relativas ao produto batata, o que permitiu, até por uma questão de bom senso, que se suspendesse a vigência de uma norma interna, ao mesmo tempo rigorosa, mas que permitiu até mesmo a utilização por um país exportador de produto agrotóxico vedado internamente.

Há outras hipóteses, porém, em que, embora já tenha havido a **propalada homogeneização de normas pelo chamado "direito comunitário", exsurtiu conflito prático, não apenas no seu âmbito, como também internamente, entre instituições e órgãos que cuidam de polícia administrativa em matéria de vigilância sanitária de alimentos.** Se não, vejamos.

**3.2** A Portaria nº 01, de 28.1.87, da Divisão de Alimentos do Ministério da Saúde (ANEXO I), ao aprovar os padrões microbiológicos para os produtos expostos à venda ou de alguma forma destinados ao consumo, como frutas e hortaliças, carnes e produtos cárneos, ovos e derivados, pescado e produtos de pesca, leite e produtos de laticínios etc., estabeleceu procedimentos gerais para sua análise e instruções relativas à interpretação e às conclusões dessas análises microbiológicas.

E conclui as denominadas "situações e convenções microbiológicas" para avaliação de alimentos que apresentem algum tipo de alteração, de acordo com o agente microbiológico, em três, a saber:

Determinações	Situações Microbiológicas		Interpretações
	Situação "A"	Situação "B"	Situação "C"
Salmonella em 25g ou ml	Ausência	Ausência	Presença
S. aureus/g ou ml	até 1.000	1.000 a 10.000	10.000 ou sua toxina
Bacillus cereus/g ou ml	até 1.000	1.000 a 10.000	10.000
Clostrídios sulfito red./g ou ml	até 500	500 a 10.000	10.000
Coliformes fecais/g ou ml	até 100	100 - 500	500
Parecer	"produto aceitável para consumo quanto à análise microbiológica"	"condições higiênicas do produto insatisfatórias"	"produto impróprio para o consumo", acrescido do termo "deteriorado" ou "potencialmente capaz de causar toxinfecção alimentar" ou "tóxico", de acordo com os conceitos.

**3.3** Demos ênfase especial à presença de "coliformes fecais", porquanto têm sido freqüentes as dúvidas a nós chegadas, na qualidade de Coordenador das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de São Paulo, no que diz respeito, exatamente, à interpretação que deve ser dada aos **limites máximos previsto pela Portaria DINAL Nº 01/87**, e, por outro lado, **outros limites máximos, de maior amplitude, estabelecidos pela Portaria nº 146, de 7.3.96 (ANEXO II), a qual:** *"considerando as Resoluções Mercosul/GMC números 69/93, 70/93, 71/93, 72/93, 82/93, 16/94, 43/94, 63/94, 76/94, 78/94 e 79/94 que aprovam os Regulamentos Técnicos de Identidade e Qualidade dos Produtos Lácteos; considerando a necessidade de padronização dos Métodos de Elaboração dos Produtos de Origem Animal no tocante aos Regulamentos Técnicos de Identidade e Qualidade dos Produtos Lácteos, Resolve: Art. 1º Aprovar os Regulamentos Técnicos de Identidade e Qualidade dos Produtos Lácteos em anexo. Art. 2º Os Regulamentos Técnicos de Identidade e Qualidade dos Produtos Lácteos aprovados por esta Portaria, estarão dispo-*

níveis na *Coordenação de Informação Documental Agrícola, da Secretaria do Desenvolvimento Rural do Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária*”.

Com efeito, tomando-se por base e exemplo os queijos tipo frescal, de coalho e ricota, o limite máximo de coliformes fecais é da ordem de 100 por grama; para queijo curado e ralado, 50 por grama, e queijo fundido e/ou pasteurizado, um (1), apenas, por grama, pela Portaria DINAL Nº 01/87.

E, para que fique ainda mais claro, a inspeção, para fins de vigilância sanitária, em pontos de comércio, é de responsabilidade dos órgãos da secretaria da saúde.

Já de acordo com a Portaria MAARA Nº 146/96, o limite é nada menos que 1.000 coliformes fecais por grama<sup>(9)</sup>.

Tenha-se em conta, por outro lado, que as análises feitas pelos órgãos de vigilância sanitária do Ministério da Agricultura são feitas nas fontes produtoras, ou em entrepostos comerciais que abrigam produtos internalizados no país via importação.

Isto quer dizer, por conseguinte, que para efeito de **homogeneização das normas sanitárias do MERCOSUL**, elevaram-se os níveis máximos de contagem de bactérias e outros microorganismos, em detrimento da saúde da população em geral.

Do **ponto de vista político e técnico**, todavia, tem-se que reconhecer que a Portaria do Ministério da Agricultura está correta, mesmo porque, à primeira vista, a da Divisão de Alimentos do Ministério da Saúde seria incongruente, já que, admitindo-se um limite maior **na fonte produtora**, certamente **não poderia ser menor nos postos de venda**.

Do **ponto de vista jurídico da defesa do consumidor**, entretanto, **correta seria a adoção da portaria da DINAL** uma vez que, como já

(9) Conforme o item 3 (Requisitos) do seu "Regulamento Técnico Geral Para a Fixação dos Requisitos Microbiológicos de Queijos, especificamente, por exemplo os chamados "queijos de baixa umidade (umidade menor que 36%), a aceitação para coliformes fecais é de máximo 1.000 por grama, passando-se para essa aferição pela seguinte metodologia: a) altera-se uma temperatura de 30 e 45º; b) escolhem-se 5 amostras do produto; c) dessas 5 amostras, 3 tem de apresentar contagem menor que 200 unidades por grama, e 2 podem ter entre 200 e 1000 unidades por grama, no caso de exame a 30 graus celsius, e entre 100 e 500, no caso de 45 graus de temperatura para análise.

**assinhalado, é direito do consumidor obter produtos, notadamente alimentos, com a qualidade determinada pelos padrões de qualidade e suas expectativas.**

E nesse aspecto gostaríamos de indagar se os produtores teriam a coragem suficiente para alertarem, nos rótulos dos queijos com maior contagem de bactérias coliformes fecais, os limites mais amplos que os elencados pela norma interna de vigilância sanitária.

Mesmo porque, se assim fosse, os produtos seriam **classificados como em "CONDIÇÕES HIGIÊNICAS DO PRODUTO INSATISFATÓRIAS", o que NÃO OS TORNARIA, PORÉM, IMPRÓPRIOS AO CONSUMO!**

Todavia, e em face do trinômio **qualidade/produtividade/competitividade**, a primeira não se contenta apenas com a **adequação dos produtos às normas que regem sua fabricação, se não igualmente à qualidade esperada pelos consumidores.**

Isto sem se falar do **valor/saúde, que deve nortear as normas internas e também internacionais.**

#### **4. Conclusões**

**4.1** As normas do chamado "direito comunitário", em princípio, e em decorrência do processo de globalização da economia, prevalecem sobre as normas internas dos países que dela participam.

**4.2** Essas normas comunitárias, entretanto, devem se limitar ao **elenco de diretrizes gerais e deve ser considerado o PADRÃO MÍNIMO** ficando a critério de cada país-membro a adoção de **NORMAS MAIS ACURADAS E ESPECÍFICAS, QUE TÊM A VER COM A QUALIDADE-PRODUTIVIDADE-COMPETITIVIDADE.**

**4.3** E quando se cuidar, principalmente, de normas que digam respeito à **saúde e à segurança do consumidor, prevalecerá a norma do país importador, se as tiver mais rigorosas.**



**4.4** Caso inexistam normas internas específicas, ou caso sejam elas menos rigorosas do que as expostas pelo “direito comunitário”, prevalecem essas.

**4.5** Cabe ação civil pública em face do fornecedor – importador ou produtor direto – bem como contra o poder público competente, no sentido de coibir a comercialização de produtos em desacordo com as normas sanitárias internas, ainda que outras, externas, disponham em sentido diverso.

# ***A Função Social da Propriedade Urbana***

**Livia Maria Armentano Koenigstein Zago**

*Procuradora do Município de São Paulo. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.*

Nunca, mais do que hoje, a clássica dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado está posta em confronto em razão dos interesses que constituem o objetivo e a própria razão de ser da conhecida divisão. O direito de propriedade ou, mais adequadamente, o direito à propriedade expressa, de maneira nítida, a ingerência do público sobre o privado, substituindo a visão individualista dos privatistas clássicos, apoiados na autonomia da vontade, pelo princípio do interesse social, bússola do Direito Público.

A crise de propriedade, questão ingente e crucial, afeta a maioria dos países do mundo e, em especial, o nosso país. Esta questão pode

ser vislumbrada de imediato apenas mediante a singela citação das expressões os "sem-terra" e os "sem teto" e está muito intimamente ligada à crise da propriedade.

A 2ª Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, realizada no ano de 1.996 em Istambul, concentrou suas atenções na urbanização ante o dado alarmante, veiculado pela ONU, de que no ano 2.000 metade da humanidade viverá e trabalhará em cidades e o restante dependerá das cidades para sua sobrevivência econômica.

Pretendeu a Conferência Brasileira Habitat 2 o reconhecimento de dispositivo que garanta ao cidadão o direito à moradia. Foram elencados como pontos principais do plano nacional de ação para a melhoria das condições de vida na cidade, dentre outros: a democratização do Estado, via planejamento e gestão das cidades, reforma agrária, defesa da função social da cidade e da propriedade, habitação, transporte, saneamento e meio ambiente.<sup>(1)</sup>

A informação, dando conta de que 50% da população mundial já vive em cidades e grande parte em péssimas condições, faz ressurgir o importante papel da função social da propriedade urbana, objeto deste estudo, que seguirá o seguinte esquema: 1. Conceito de propriedade; 2. O Direito Constitucional brasileiro; 3. A função social da propriedade; 4. A função social da propriedade urbana; 5. O Estatuto da Cidade; e 6. Considerações Finais.

## **1. Conceito de propriedade**

A propriedade surgiu com caráter coletivo, tribal, muito mais assemelhada à posse do que ao direito de propriedade, como hoje é conhecido. A propriedade individual da terra só apareceu com a fixação do homem na atividade agrícola, que marcou, então, a propriedade familiar, caracterizada por seu caráter religioso e individualista.

Fustel de Coulanges ensina que "a idéia de propriedade privada fazia parte da religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados apenas pela família, e só a família protegiam".<sup>(2)</sup>

---

(1) Jornal "O Estado de São Paulo, de 13/05/1.996.

(2) A Cidade Antiga, Ed. Hemus, SP, 1.975 12ª Ed., pág. 49 e seq.

Refere o mesmo autor que “o verdadeiro significado da família é propriedade, que designa o campo, a casa, dinheiro, escravos. A família é ligada ao lar, o lar é ligado à terra”.<sup>(3)</sup>

No Direito Romano, com Justiniano, emergiu a propriedade como o direito de usar (“jus utendi”), gozar (“jus fruendi”) e abusar (“jus abutendi”) da coisa, de sorte que se verifica uma vinculação muito íntima entre o sujeito e a coisa.

O senhorio, o proprietário não precisa de ninguém, de nada para exercer seu direito, até porque, no direito de propriedade, não há um sujeito passivo definido, universal, na medida em que o direito de propriedade é direito “erga omnes”. “Res clamat pro domino”, diziam os romanos, para quem a propriedade tinha característica de imediatez, jungindo o direito de posse ao de propriedade como se existisse entre eles um vínculo invisível, mesmo que o proprietário não fizesse uso do bem. Ao titular do direito de propriedade assistia a “plena in re potestas”, vale dizer, o dono tem todos os atributos da propriedade, podendo desfalcá-la até torná-la nua.

Vigorava o corolário de que ao direito de usar, gozar e dispor da coisa, tinha, inversamente, o proprietário, também o direito de não usar, não gozar e não dispor da mesma.

Tal situação perdurou até a Idade Média, quando a propriedade perdeu o caráter unitário que lhe imprimiu o Direito Romano, passando a ser considerada como superposição de direitos sobre o mesmo bem, cada direito com uma natureza, mas com densidade diversa, conforme exercida pelo senhorio direto, pelo enfiteuta, pelo vassalo ou suserano. Assim, o soberano era o proprietário, detentor de um domínio eminente sobre todo o território. A propriedade, desmembrada, atribuía o domínio a diversas pessoas.

Os abusos da propriedade eminente foram combatidos pelos revolucionários franceses de 1.789, que erigiram o direito de propriedade à esfera de direito natural do indivíduo, sagrado e intocável.

---

(3) Idem supra.

Na época revolucionária, a propriedade equiparava-se à liberdade, ambos direitos naturais invioláveis dos indivíduos, oponível a todos, inclusive contra o Estado.

Vale citar que a Convenção Americana de 1.776 apenou com a morte mera proposição de lei agrária ou limitadora da propriedade territorial.

O artigo 544 do Código Civil Francês proclamou o direito absoluto da propriedade, tomado como padrão pelos demais Códigos, inclusive o nosso, fazendo-se "tabula rasa" de seu condicionamento às leis ou regulamentos.

Já o direito inglês tem, da propriedade, um conceito diverso do poder absoluto conferido ao proprietário sobre a coisa corpórea, já enfatiza na propriedade um conjunto de faculdades, sendo mais compatível, pois, com a compreensão do instituto nas sociedades industriais e em nossos dias.

Augusto Comte lançou os fundamentos da função social, mas foi Leon Duguit quem estruturou a transformação da propriedade, que passou a ser entendida não mais como direito subjetivo, mas como função social, impositiva de deveres, obrigações e ônus.

São de Duguit as seguintes palavras: "todo o indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, em razão direta do lugar que nela ocupa. Ora, o detentor da riqueza, pelo próprio fato de detê-la, pode cumprir uma certa missão que só ele pode cumprir. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfação das necessidades gerais, fazendo valer o capital que detém. Está, em consequência, socialmente obrigado a cumprir esta missão, e não será socialmente protegido senão se cumpri-la e na medida em que o fizer. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza".<sup>(4)</sup>

A função social aparece positivada após a primeira guerra mundial, quando a Constituição de 1.919 de Weimar, Alemanha, firmou o conceito

---

(4) Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon, 2<sup>a</sup> Ed., 1.920, pág. 158.

de que "A propriedade obriga. Seu uso constituirá, também, um serviço para o bem comum" (Art. 153).

A Carta Magna Italiana de 1.942 reconhece e garante a propriedade pela lei, que determinará os meios de aquisição, de gozo e os limites, a fim de assegurar a acessibilidade da função social a todos.

O atual diploma civil italiano - 1.942 - abandonou o conceito absolutista pelo conceito de plenitude, usando a fórmula de que "a propriedade é o direito de dispor de modo pleno e exclusivo da coisa".

Após a 1ª Guerra Mundial, a função social da propriedade erigiu-se em princípio fundamental de Direito Constitucional.

Houve o ressurgimento do importante papel desempenhado pela Igreja Católica em suas ações pastorais, com fundamento nos ensinamentos de Santo Tomás de Aquino, para quem "Deus destinou os bens a todos os homens e é necessária a partilha tanto para a boa gestão dos bens como para a paz, pois a falta de partilha é fonte de conflitos".

Diversas encíclicas papais proclamam a função social da propriedade como concepção cristã de conduta, traduzindo o direito natural à propriedade como fundamento ou justificativa de sua utilidade social.

Cada vez mais se assiste a um processo de coletivização da propriedade, por intermédio dos novos mecanismos que visam a assegurar e cumprir os interesses e as metas ditadas pela sociedade. Já não se pode falar no direito natural e individual da propriedade, que norteou a filosofia, a política, a economia e o direito após a Revolução Francesa, ante a ocorrência da propriedade sob a forma de corporações, associações e consórcios.

Da mesma forma, quando se fala em propriedade não se deve considerar, apenas, a terra, o imóvel, mas os variados tipos de propriedade, sob as diversas facetas com que se apresenta: móvel ou imaterial, como os direitos marcário, autoral, acionário, societário, de crédito, de consumo, de produção, literária, artística, científica. Ou imóvel, como a propriedade agrícola, industrial, urbana, edílicia, rural. O traço comum a todas elas, sem exceção, é que devem cumprir a função social.

Toda esta diversificação implicou, por certo, na transformação do conceito de propriedade e de tal forma, em razão das exigências da vida moderna e da sua multifacetariedade, que Castán Tobenhas, referido por Angel Sustaeta Elustizia<sup>(5)</sup>, refere-se à existência de propriedades sem proprietários e de proprietários sem propriedades.

Também Hannah Arendt,<sup>(6)</sup> quando discorre sobre a profunda conexão entre o privado e o público, da qual a propriedade representa o nível mais elementar, refere-se a sociedades atuais reais ou potencialmente muito ricas, nas quais ao mesmo tempo não existe propriedade, "porque a riqueza de qualquer um de seus cidadãos consiste em sua participação na renda anual da sociedade como um todo".

Fala-se em crise da propriedade, debilitamento e extinção da propriedade.

No entanto, o que se deverá é encarar cada tipo de propriedade segundo suas conotações e dentro do princípio da função social.

## **2. O Direito Constitucional brasileiro**

As Constituições do Brasil de 1.824 (arts. 22 e 179) e 1.891 (art. 72, § 17) limitaram-se a garantir o pleno direito de propriedade. A Carta de 1.934 (arts. 17, 113 e 118) concedeu a mesma garantia e, pela vez primeira, proibiu o exercício do direito de propriedade contra o interesse social ou coletivo. Esta mesma Constituição transferiu para o patrimônio do Estado as minas e demais riquezas do subsolo e as quedas d'água. A Constituição de 1.937 não inova a respeito.

Os maiores avanços, que se constituíram em verdadeiros pilares históricos, originaram-se da ordem constitucional de 1.946 (arts. 141, § 16, 146, § 16 e 147), que não apenas condicionou a garantia do direito de propriedade ao "exercício em consonância com o bem-estar social", mas introduziu a desapropriação por interesse social e admitiu a edição de lei

---

(5) Propiedad Y Urbanismo, Madrid, 1.978, pág. 87.

(6) A Condição Humana, Forense Universitária, 7ª Ed, 1.995, pág. 70.

visando à promoção “da justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

Nos diplomas de 1.967 e 1.969, nos artigos 157 e 160, respectivamente, é utilizada a expressão “função social da propriedade”.

A atual Constituição consigna como um dos princípios gerais da Ordem Econômica e Financeira a função social da propriedade, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, erigindo à categoria de direitos e garantias fundamentais o direito de propriedade, que atenderá sua função social (artigos 170, III e 5º, XXII e XXIII).

A propriedade, outrossim, não pode se prestar a uso nocivo à coletividade, como é o caso de sua utilização para plantio de plantas psicotrópicas, objeto da prescrição do artigo 243 da Constituição, que dispõe: “as glebas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Com relação à propriedade rural, a Constituição Federal de 1988 dispõe que sua função social é cumprida quando atendidos, simultaneamente, os requisitos de aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (artigo 182).

Os parâmetros referidos pela Carta Magna com relação à propriedade rural não foram consignados no tocante à propriedade urbana que, consoante o artigo 186, cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor. Pela análise do § 4º a função social do imóvel urbano deve ser a edificação ou adequada utilização, pena de parcelamento compulsório, imposto e desapropriação chamados de sanção.



### 3. A função social da propriedade

Muito se falou, até aqui, da função social da propriedade. Mas o que é a função social da propriedade?

Constitui a função social um elemento extrínseco à propriedade, concernente com o seu exercício ou não exercício? É, sob este enfoque, a propriedade, um direito que deve cumprir uma função ou, contrariamente, a propriedade constitui-se na própria função social, não podendo mais ser considerada um direito?

Para Angel Sustaeta Elustizia a função social está ínsita no direito de propriedade. Afirma que "a função social não absorve o conteúdo da propriedade, mas condiciona, estimula e dirige tal direito. Não o anula, pois é princípio do direito espanhol reconhecer a propriedade como fundamento da atividade económica".<sup>(7)</sup>

Carlos Ari Sundfeld entende que "ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, pretendeu trazer ao Direito Privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário".<sup>(8)</sup>

Também Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>(9)</sup> vê na propriedade um direito que deve cumprir uma função social e não uma mera função social. Se assim fosse, a propriedade só estaria protegida enquanto cumprisse sua natureza de função, o que não acontece, já que a própria Constituição Federal prevê pagamento de indenização na hipótese da chamada desapropriação-sanção para os imóveis que descumprem sua função social.

É o caso do artigo 184 da Magna Carta, que estabelece a competência da União para desapropriar por interesse social, para fins de reforma

---

(7) *Propiedad Y Urbanismo*, cit., pág. 293.

(8) "A função social da propriedade", in "Temas de Direito Urbanístico", 1., Coordenação de Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo, Ed. RT, SP, 1.987, pág. 10.

(9) *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade*, Revista de Direito Público Nº 84, outubro-dezembro de 1.987, pgs.39/41.

agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação de valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos.

Já os imóveis urbanos cumprem sua função social quando atendem às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no Plano Diretor. Se isto não ocorrer, o Poder Público municipal está autorizado a promover, na linha de sucessão estabelecida no § 4º, do artigo 182 da Constituição Federal, a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública, resgatáveis em até dez anos.

Nas duas hipóteses citadas acima está assegurado o pagamento do valor real da indenização.

Celso Ribeiro Bastos<sup>(10)</sup> insurge-se contra os que viram nas disposições da Constituição Federal de 1.988 a propriedade transformada em mera função, na medida em que inexistente oposição entre o social e o individual, acreditando existir "uma maximização do atingimento dos interesses sociais pelo exercício normal dos direitos individuais". Afirma não existir um regime único da função social, porque "são diversos os domínios sob os quais se exerce a propriedade".

Analisando a questão da função social da propriedade, Eros Roberto Grau afirma a "distinção sensível entre as limitações do exercício do direito de propriedade e as limitações da propriedade", estas, mais amplas e que implicam na própria negação da fórmula de que a propriedade não pode ser "usada de modo contrário à utilidade social".<sup>(11)</sup>

Reconhece o emérito professor que a lei, dependendo da hipótese, pode condicionar o exercício da propriedade para que não contrarie a utilidade social, como pode adequar este exercício àquela utilidade. Na realidade, ocorre verdadeira integração entre o público e privado, de sorte que podem ser encontradas, dentre os diversos tipos de propriedade, verdadeiras propriedades e verdadeiras propriedades-função social.

---

(10) Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 1.989, pág. 191 a 196.

(11) Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 39.

Baseado no artigo 44 da Constituição Italiana, acima já transcrito, Pietro Perlingieri, citado por Eros Roberto Grau, entende que o proprietário foi transformado em proprietário empreendedor "ao qual está atribuída a obrigação juridicamente relevante de utilizar, do ponto de vista econômico, a sua propriedade".<sup>(12)</sup>

Para a Igreja Católica a função social é uma característica intrínseca da propriedade, que compreende o individual e o social. A natureza do direito de propriedade comporta a função social.

Leciona José Afonso da Silva<sup>(13)</sup> que "o princípio da função social da propriedade tem sido mal definido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade. Não se confundem, porém. Limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo".

A "função social da propriedade", diz, "de conteúdo maleável, impregnado de significação pública, é fundamento de legitimação da propriedade e não das limitações administrativas". Pode ser considerado um instrumento que autoriza impor ao proprietário uma obrigação, seja de fazer, de não fazer ou de deixar de fazer, relativa à própria utilização do bem. Esta utilização particular pode ceder frente aos interesses da comunidade.

A nosso ver hoje em dia não se discute, até por ser princípio constitucionalmente posto, que toda propriedade deve cumprir uma função social. E que a função social está integrada no próprio conceito de propriedade.

Expressa-se a função social de forma mais ou menos intensa, de acordo com os vários tipos de propriedade e se manifesta e age externamente no exercício do direito, impondo ao seu titular ônus, deveres e obrigações.

---

(12) Idem retro, rodapé nº 11.

(13) Direito Urbanístico Brasileiro, Malheiros Ed., 1995, págs. 65 e 66.

Pode a função social consistir na obrigação de uso economicamente útil por parte do proprietário, visto como empresário empreendedor, que realiza e cumpre papel positivo na sociedade.

A própria Constituição Federal refere-se à função social em diversos tópicos, como na política urbana, na agrícola, fundiária, de reforma agrária. No título da Ordem Econômica e Financeira vem consignada como um dos princípios gerais da atividade econômica. A propriedade, aqui, cumpre função de utilidade econômica. Ao mesmo tempo, por ter a ordem econômica e financeira a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, a função social também pode ser enfocada sob o aspecto de justiça distributiva. O meio ambiente, tão bem disciplinado pela Carta em vigor, também está intrinsecamente unido à função social da propriedade. De fato, há muito pouco tempo quem pensaria que uma indústria ou usina teriam dever de cumprir a função social de preservação ambiental, não lhes bastando, para iniciarem ou permanecerem em atividade, apenas a licença de construção e instalação?

A função social, ainda, pode representar a obrigação de cumprir uso socialmente útil e conforme à lei, como já mencionado acima na hipótese de confisco constitucionalmente autorizado, sem indenização, de quaisquer glebas utilizadas como cultura ilegal de plantas psicotrópicas (artigo 243).

Impende frisar que, mesmo nas hipóteses em que afeta intensamente a propriedade, a função social não retira do proprietário direitos e interesses próprios. Se assim não fosse, a propriedade ficaria reduzida a simples exercício de uma função.

A função social não degrada e nem tampouco anula o direito de propriedade, visto que é direito constitucionalmente garantido como fundamental e inviolável e como princípio da atividade econômica de iniciativa privada.

Enfim, ocorre que a socialização da propriedade é gradativamente mais intensa em certos tipos de propriedade. Assim, a propriedade intelectual, artística, imobiliária, industrial, mobiliária, agrícola, urbana, de

águas, das minas, conforme seu destino seja o cultivo, a urbanização, a edificação, a defesa, a participação e difusão da cultura, a preservação da ética e da saúde, podem ter gradações diversas de interferência do social sobre o privado.

#### **4. A função social da propriedade urbana**

A propriedade urbana, vinculada pelo texto constitucional às normas urbanísticas, de caráter eminentemente publicístico, tem por objetivo a previsão das funções urbanísticas básicas, apontadas na Carta de Atenas por Le Corbusier como habitar, trabalhar, circular e praticar o lazer.

As alterações na disciplina urbanística, segundo o professor José Afonso da Silva<sup>(14)</sup>, modificam o conteúdo do direito de propriedade. Seu titular, no interesse da coletividade, é compelido cada vez mais a ceder o exercício das faculdades daquele direito.

Angel Sustaeta Elustiza<sup>(15)</sup> pondera que o direito de propriedade vem conformando-se, constantemente, pela saturação do meio urbano, com aumento cada vez mais expressivo das necessidades coletivas, propiciando verdadeira invasão do Direito Público sobre a esfera do privado. Houve uma debilitação do direito de propriedade tal como era conhecido. O proprietário, até então titular de um poder de decisão sobre a coisa, em muitos casos transformou-se em seu servidor, ante o crescimento da carga de obrigações que lhes são impostas. Acrescente-se, também, que o ordenamento espanhol prevê para o proprietário uma atuação que se harmonize com a imensa força de sua iniciativa. Passa o proprietário a ser verdadeiro criador de riqueza comunitária.

O artigo 3º da Constituição Italiana entende constituir a função social da propriedade urbana "um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina os seus usos, de sorte que se pode obter nos seus modos de vida e nas condições de moradia do indivíduo, um desenvolvimento pleno da personalidade".

---

(14) Ob. cit., pág. 359.

(15) Ob. cit., pág. 86.

A propriedade urbana, hoje, colhe imensa carga social e deve cumprir as leis e planos de ordenação urbanística.

A atuação da função social na propriedade urbana incide de diversas formas: na classificação do solo urbano, urbanizável ou não urbanizável, segundo o destino a ser cumprido; na delimitação, pela lei, de parcelamento urbanístico, na fixação de parcelas mínimas de construção, na imposição de construção obrigatória, segundo o Plano Diretor, na compensação dos gastos de urbanização que implique em "plus valia", no reparcelamento como meio justo de distribuir entre os proprietários os benefícios e ônus do ordenamento, na desapropriação para urbanização ou na desapropriação-sanção, na formação de estoques públicos de terrenos via direito de preempção, expropriação e outros.

A edificação foi um dos institutos mais atingidos pela função social da propriedade urbanística. O direito de construir, segundo Hely Lopes Meirelles<sup>(16)</sup>, sofre imposições do Poder Público mediante limitações administrativas, servidões administrativas e desapropriações, no interesse coletivo. As limitações, editadas em normas de ordem pública, têm em vista a função social da propriedade, derivam do poder de polícia da Administração e se exteriorizam em imposições de fazer, não fazer e deixar fazer.

As limitações urbanísticas destinam-se, conforme o saudoso mestre, a regular o uso do solo, as construções e o desenvolvimento urbano, sob o aspecto físico-social, ordenando, enfim, a cidade.

Segundo José Afonso da Silva<sup>(17)</sup>, o solo passa a ter a qualificação urbana quando ordenado para cumprir destino urbanístico, especialmente regulando as edificações e o sistema viário. Neste aspecto, a utilização do solo não é a natural, como a eminentemente agrícola, mas a legal, determinada por planos e leis urbanísticas. A edificabilidade é uma qualificação do terreno. Dependendo dos equipamentos e serviços urbanos ou fatores culturais, muitas vezes implementados pelo Poder Público, o valor dos imóveis é aumentado, sem que o proprietário tenha qualquer participação nas despesas, auferindo, no entanto, as melhorias dos empreendimentos encetados.

---

(16) Direito de Construir, Malheiros Ed., 6ª ed., 1.994, pág. 40 e seq.

(17) Ob. cit., pág. 71 e seq.

Por isto há uma tendência de publicização do "jus aedificandi", como ocorre na Itália, onde a lei urbanística de 1.942 consagrou a separação entre a propriedade e o direito de construir. O artigo 1º da lei italiana de 1.971 sobre urbanismo dispõe que "toda atividade que comporte transformação urbanística e edificação do território comunal participa dos ônus que lhe são relativos e a execução da obra está subordinada à concessão do prefeito".

Na França também existe a separação do direito de construir, mas certamente é a Espanha o país europeu mais desenvolvido no processo do urbanismo, numa evolução que vem desde a "Ley De Régimen Del Suelo Y Ordenación Urbana" de 1.956, cuja exposição de Motivos esclarece que o ideal seria que todo o "solo necessário para a expansão das cidades fosse de propriedade pública mediante justa aquisição, para oferecê-lo, uma vez urbanizado, a quem deseja edificar". Ante o custo elevadíssimo que representa este ideal, outras soluções foram adotadas.

O Real Decreto Legislativo espanhol nº 1/1.992, que refundiu a Lei Sobre o Regime do Solo e Ordenação Urbana, tem por objetivo que o solo seja utilizado em congruência com a utilidade pública e a função social da propriedade, garantindo o cumprimento das obrigações e encargos decorrentes da mesma; contém normas que visam impedir a desigual atribuição de benefícios e ônus do planejamento aos proprietários afetados e impor sua justa distribuição, assegurando a participação da comunidade nas plus-valias derivadas da ação urbanística dos poderes públicos.

A função social da propriedade, segundo a lei espanhola, delimita o conteúdo das faculdades urbanísticas suscetíveis de aquisição e condiciona seu exercício.

O mesmo diploma ibérico regulamenta os direitos e deveres dos proprietários, inclusive a aquisição das faculdades da propriedade urbanística, que é feita gradualmente. Disciplina a aquisição do direito de edificar, bem como a não aquisição desse direito. Assim, a outorga de licença determinará a aquisição do direito de edificar, sempre que estiver de acordo com a ordenação urbanística aplicável, fixando prazo para a

conclusão da obra e sanção pelo descumprimento de tal prazo. A falta de aquisição do direito de edificar por culpa do proprietário do terreno determinará sua desapropriação ou venda forçada. O diploma também prevê as consequências derivadas da inatividade da Administração, os gastos de urbanização, seu sistema de compensação, o reparcelamento do solo, as desapropriações, reversões de terrenos expropriados para fins urbanísticos, o regime de venda forçada por descumprimento de deveres urbanísticos. Estabelece, outrossim, as parcelas urbanísticas mínimas. A lei define as infrações urbanísticas, que são "as ações ou omissões que vulnerarem as prescrições contidas na legislação e no planejamento urbanísticos", bem como seus responsáveis, as sanções aplicáveis e o respectivo processo sancionatório.

Interessante observar que a lei espanhola, no Título VIII, denominado "Instrumento de Intervenção no Mercado do Solo", disciplina o estoque público municipal do solo, com a finalidade de regulamentar o mercado de terrenos, obter reservas de solo para atuações de iniciativa pública e facilitar a execução do planejamento. Este chamado "patrimônio municipal do solo" é separado do restante dos bens municipais. Os imóveis desta forma adquiridos são incorporados ao processo de urbanização e edificação, destinando-se à construção de moradias sujeitas a um regime de proteção pública ou à destinação prevista no Plano Urbanístico. Este terrenos podem ser administrados pelo Poder Público ou cedidos, a título oneroso ou gratuito, por exemplo, para construção de casas populares.

Outro ponto a merecer referência é a regulamentação, pela Lei do Solo Espanhola, do chamado direito de superfície.

Inexistente no direito brasileiro em vigor é, segundo José Afonso da Silva, "instituto mediante o qual se atribui a pessoa diversa do proprietário o direito real de utilização do solo. É um contrato pelo qual o proprietário (superficiente), mediante escritura pública inscrita no Registro de Imóveis, concede a outrem (superficiário) o direito de erguer na superfície de seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, a título gratuito ou oneroso, qualquer construção, cujo domínio caberá ao superficiário pelo tempo de vigência do contrato".<sup>(18)</sup>

---

(18) Ob. cit., págs. 368 a 372.



Pelo ordenamento espanhol o direito de superfície pode ser constituído por “entidades locais e demais pessoas públicas”, em terrenos de sua propriedade ou integrantes do patrimônio municipal destinados à construção de moradias sujeitas à proteção pública ou outros usos de interesse social. O direito de superfície é extensivo aos particulares que podem, desta forma, construir em terreno público. Pode ser a título oneroso ou gratuito, importando várias formas, como o pagamento de preço fixado pela concessão, ou adjudicação de casas, direito de arrendamento, sem prejuízo da reversão total no prazo assinado, que não pode ser superior a 75 anos para os entes públicos e 95 anos para os particulares.

Todas as formas de atuação da função social da propriedade urbana, acima vistas, podem e devem ser implementadas no Brasil, pena de relegar-se a “função social da propriedade a uma bela expressão, por si muito indeterminada”.<sup>(19)</sup>

## **5. O Estatuto da Cidade**

A Carta de 1.988 repartiu as competências para a edição de normas urbanísticas entre a União, Estados e Distrito Federal e Municípios.

À União compete editar normas gerais sobre urbanismo, elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano (arts. 24, § 1º e 21, IX e XX).

Organizar o plano estadual de ordenação do território e estabelecer normas urbanísticas regionais, que suplementam as normas federais, constitui competência dos Estados.

Os Municípios detêm competência para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano e para executar a política de desenvolvimento urbano, cujo objetivo é a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Tal promoção se dá por intermédio do Plano Diretor.

---

(19) Barassi, referido por Elustiza, ob. cit., pág. 294.

Nada obstante não ter o Brasil uma tradição urbanística, são alentadores os avanços trazidos, na área, pelo Projeto de Lei nº 181, de 1989, denominado para todos os efeitos "Estatuto da Cidade", que estabelece diretrizes para a política urbana, da qual a função social constitui um dos objetos.

A Exposição de Motivos do Projeto diz que para haver "ordenação da vida na cidade, cada habitante, cada cidadão deve ceder parcela de seus direitos, em troca de melhores condições de vida. Refere o objetivo de contenção da indevida e artificial valorização imobiliária, que dificulta o acesso dos menos abastados a terrenos para habitação e onera duplamente o poder público, forçado a intervir em áreas cuja valorização resulta, na maioria das vezes, de investimentos públicos, custeados por todos em benefício de poucos. Essa realidade, a da especulação imobiliária, reclama ações específicas para as diferentes áreas urbanas, de modo a compatibilizar sua utilização com as necessidades da comunidade. Daí o destaque conferido pelo Projeto à função social da propriedade, estabelecendo-se as condições e penalidades que obrigam a sua realização".

Dentre as diretrizes gerais da política urbana colhe-se, com respeito ao tema ora em estudo, a imposição de orientação obrigatória no sentido de ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a ociosidade do solo urbano edificável, a recuperação dos investimentos do Poder Público que resultaram em valorização para imóveis urbanos e o cumprimento da função social da propriedade imobiliária, que deve prevalecer sobre o exercício do direito de propriedade individual ou coletivo.

A política setorial aponta para o ajustamento do direito de construir às normas urbanísticas, para a correção das distorções de valorização do solo urbano e ajustamento dos tamanhos dos lotes urbanos a padrões mínimos de qualidade de vida urbana, estabelecidos no artigo 42, XIV, pela proibição de construção de moradias cujas áreas úteis não permitam o desenvolvimento condigno das atividades familiares e que não sejam dotadas do equipamento sanitário mínimo para uma família de um casal e dois filhos, bem como não sejam ligadas à rede de energia elétrica. Disciplinada, outrossim, a política de desfavelamento.

O Estatuto da Cidade considera cumprida a função social da propriedade imobiliária urbana desde que atendidas as exigências fundamentais do Plano Diretor, sobretudo no sentido da: I- democratização das oportunidades de acesso à propriedade urbana e à moradia; II- justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; III- ajustamento do processo de valorização da propriedade urbana às exigências sociais; IV- correção das distorções do solo urbano; V- regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e VI- adequação do direito de construir às normas urbanísticas, os interesses sociais e os padrões mínimos de construção estabelecidos nesta lei (artigo 7º).

Interessante observar que estão expressamente configuradas no Projeto as hipóteses de abuso de direito e da função social da propriedade.

Assim, constituem desrespeito à função social da propriedade: I - retenção especulativa de solo urbano não construído ou qualquer outra forma de deixá-lo subutilizado ou não utilizado; II - recusa de oferecer à locação, sob qualquer pretexto, imóveis residenciais, não necessários à habitação do proprietário ou seus dependentes, salvo os casos expressos no Plano Diretor; III - manobras especulativas, diretamente ou por intermédio de terceiros, que visem à extorsão de preços ou locação; IV - construção ou reconversão que impliquem a venda ou locação de habitações para população de baixa renda com padrões inferiores aos estabelecidos na lei; V - posse ou domínio de área urbana excedente ao máximo fixado em módulos pelo Plano Diretor.

A punição competente está a cargo do Poder Público Municipal e consiste na determinação do parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, medidas as quais, se não realizadas no tempo previsto, farão incidir o imposto territorial urbano progressivo que, se não suficiente ao cumprimento das obrigações determinadas, cederá lugar à chamada desapropriação-sanção, pagável por intermédio de títulos públicos.

Responde o Prefeito pessoalmente pelas distorções na aplicação do Plano Diretor, inclusive por crime de responsabilidade.

Qualquer munícipe, ou suas organizações de base, sentindo-se prejudicado por procedimentos que considerem danosos aos interesses sócio-comunitários, tem titularidade ativa para propor "a ação de reclamação de direito no exercício da cidadania", nos termos do artigo 52 do Projeto.

O Poder Público dispõe, para implementar a política de desenvolvimento urbano, de instrumentos fiscais, financeiros e econômicos, jurídicos, administrativos e políticos (art.16).

Os instrumentos fiscais são as taxas e tarifas diferenciadas, os incentivos e benefícios sociais e o imposto predial e territorial progressivo (cujas hipóteses de incidência já foram acima referidas) e regressivo, este, em benefício dos proprietários de habitações em áreas de expansão urbana, de trabalhadores de baixa renda ou de proprietários de única moradia, com padrões mínimos de construção. O imposto não terá caráter expropriatório, nos termos do Projeto, guardando proporcionalidade capaz de produzir o efeito de conversão social da propriedade.

Como instrumentos jurídicos, constam a edificação compulsória, obrigação de parcelamento ou remembramento, a desapropriação, as servidões administrativas, a limitação administrativa, o tombamento, o direito real de concessão de uso, direito de preempção, de superfície e usucapião especial.

São instrumentos administrativos as reservas de áreas para utilização pública, regularização fundiária, licença para construir, consoante o Código de Obras e Edificações e autorização para o parcelamento, desmembramento ou remembramento do solo para fins urbanos, nos termos do Plano Diretor.

Reportar-nos-emos, tão somente, à análise e menção de alguns instrumentos, para harmonia com as ferramentas utilizadas pelo direito espanhol, quais sejam: parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, direito de preempção, direito de superfície e formação de estoques de terrenos urbanos municipais.

O artigo 20 do Projeto cuida da obrigatoriedade do parcelamento, edificação ou utilização compulsória do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, sendo que a venda transfere ao adquirente as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização. Se não cumpridas as obrigações a tempo, serão sucessivamente aplicados: imposto territorial progressivo, pelo prazo máximo de cinco anos e, decorridos estes sem o cumprimento das obrigações, desapropriação com pagamento de títulos públicos de valor real.

O Poder Público municipal terá preferência na aquisição de terrenos urbanos postos à venda por particulares, conforme lei que delimita as áreas em que incidirá o direito de preempção, cujo prazo de vigência não excederá a dez anos e que servirão para: execução de programas habitacionais; criação de espaços públicos de lazer; implantação de equipamentos urbanos e comunitários; constituição de reserva fundiária; ordenação e direcionamento da expansão urbana; criação de áreas de preservação ambiental e outras finalidades de interesse social ou utilidade pública definidas no Plano Diretor.

A venda de áreas compreendidas no direito preferencial de aquisição tem processo especial, iniciado pela notificação do proprietário ao Poder Público, dando conta de sua intenção de alienar o terreno e do preço desejado. O Município tem prazo de trinta dias para manifestar interesse na compra. Se quedar silente, o proprietário, sem mais formalidades, fica liberado para a venda. Manifestando-se a Prefeitura em desacordo com o preço constante da notificação, haverá arbitramento (arts. 24 a 26).

O direito de superfície, objeto dos artigos 27 a 32 do Projeto, constitui a concessão, do proprietário urbano a outrem, do direito de construir em seu terreno por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no órgão competente. A concessão poderá ser a título gratuito ou oneroso, respondendo o superficiário pelos tributos incidentes sobre o bem, proporcionalmente à ocupação. Assiste ao superficiário o direito de preferência em caso de alienação do imóvel. Extingue-se o direito de superfície, antes do prazo final pactuado, se o superficiário der ao imóvel destinação diversa da contratada.

A formação de estoque de terrenos municipais edificáveis também está prevista no Projeto e será feita mediante: a) reserva de áreas incluídas expressamente no Plano Diretor como programa de expansão urbana. O Plano Diretor deverá fixar limites mínimos e máximos para esta reserva de áreas destinadas à ordenação do território, à implantação dos equipamentos urbanos e comunitários, de acesso à moradia e nos projetos de incorporação de novas áreas à estrutura urbana, imitando-se o Município em sua posse imediata; b) preempção e desapropriação e c) doações, compras e outras formas admitidas em lei (art. 35).

## **6. Considerações Finais**

- Como diz Hannah Arendt<sup>(20)</sup>, os direitos de propriedade foram afirmados expressamente contra a esfera comum e contra o Estado, chegando a tal ponto de apropriação particular que Proudhon define a propriedade, vista em sua natureza egoísta e satânica, como um roubo. Hoje, todas as teorias da propriedade encontram-se na defensiva. Passou-se da propriedade direito subjetivo absoluto, à propriedade função social.

- Muito debate a doutrina sobre ser a função social elemento intrínseco e estrutural do direito de propriedade ou se condiz, tão somente, com o exercício do direito de propriedade, não se instalando na estrutura e na essência do direito em si. Opinamos no sentido de ser a função social, hoje, elemento estrutural do instituto que, no entanto, não o anula e tampouco desvirtua os direitos do proprietário. Apenas condiciona e limita tais direitos, segundo a intensidade da participação do bem no interesse social, intensidade variável conforme os tipos multifacetários conhecidos de propriedade.

- A Constituição Federal de 1.988 reconheceu como direito fundamental do cidadão o direito de propriedade, que deve cumprir sua função social. Erigiu, tanto a propriedade privada, quanto a função social da propriedade, em princípio da ordem econômica, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. No entanto, não albergou o direito à propriedade, sobretudo à propriedade rural e urbana, com vistas a propiciar a subsistência, o trabalho e a moradia.

---

(20) Ob. cit., pág. 77.

- Importante avanço foi dado pela Emenda Constitucional nº 26, de 15 de fevereiro de 2.000, que qualificou a moradia como um direito social, ao lado de outros direitos sociais como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

- A saturação do meio urbano, com aumento cada vez mais expressivo das necessidades coletivas, propiciou verdadeira invasão do Direito Público sobre a esfera do privado. O direito de propriedade perdeu muitas de suas faculdades, debilitando o proprietário singular de seus direitos e impondo-lhe deveres e obrigações ditados pelas necessidades sociais.

- O direito de propriedade de imóveis urbanos está sofrendo tal desmembramento de suas faculdades, que se pode ver, nele, um retorno ao chamado domínio eminente da Idade Média, já que não mais se admite a propriedade urbana com o sentido absoluto e unitário, conforme existia no Direito Romano, e após a Revolução Francesa.

- A atuação e efetivação da função social da propriedade urbana é disciplinada nas leis urbanísticas, que são leis de direito público. Na Itália, França e sobretudo na Espanha, as leis urbanísticas estabeleceram e criaram instrumentos visando a ordenar e propiciar um sentido de vida digno na cidade. Dentre estes instrumentos estão a separação do direito de propriedade do direito de construir, o direito de superfície, de preempção do Poder Público na aquisição de terrenos postos à venda por particulares, a formação de estoque de terrenos municipais destinados à urbanização.

- A Constituição Federal de 1.988 deu destaque antes nunca consignado ao urbanismo e disciplinou a política de desenvolvimento urbano, a cargo dos Municípios. Normas gerais de urbanização são de competência da União. Tramita no Congresso Projeto de Lei que estabelece Diretrizes Gerais da Política Urbana, chamado de "Estatuto da Cidade", do qual foram analisados alguns instrumentos, em consonância com a Lei do Solo, da Espanha.

- A política e os instrumentos consignados no Projeto são louváveis. Há que, realmente, colocá-los em prática, em consonância com o Plano Diretor, buscando um equilíbrio: do ponto de vista jurídico, há que se

balancear as normas de Direito Público com as normas de Direito Privado. Sob o enfoque econômico, segundo José Afonso da Silva, deve haver equilíbrio entre os Planos e Planejamentos Urbanísticos dirigidos à especulação, em benefício das classes mais favorecidas, e aqueles que, em benefício das classes menos favorecidas, podem levar à extrema oneração o exercício da propriedade, a ponto de se anular seu conteúdo econômico. Do ponto de vista social, a função social deve ter caráter distributivo e não de aniquilação. A miscigenação do elemento individual e social nas palavras do Professor Gitrama, "não significa a inexistência de interesses do indivíduo que não possam ser sobrepostos aos da sociedade. Até porque o indivíduo é parte da sociedade. O homem não foi feito para a sociedade, esta é que foi feita para o homem. Assim, não é lícito nem possível sacrificá-lo sistematicamente no altar da coletividade".<sup>(21)</sup>

## **Bibliografia**

- Arendt, Hannah - A Condição Humana, Forense Universitária, 7ª Ed.
- Bastos, Celso Ribeiro - Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 1.989.
- Coulanges, Fustel de - A Cidade Antiga, Hemus Ed., 1.975.
- Elustizia, Angel Sustaeta - Propriedad y Urbanismo, Madrid, 1.974.
- Figueiredo, Lucia Valle - Disciplina Urbanística da Propriedade, Ed. RT, 1.980.
- Filho, Manoel Gonçalves Ferreira, Ada Pellegrini Grinover e Anna Candida da Cunha Ferraz - Liberdades Públicas, Parte Geral.
- Grau, Eros Roberto - Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 39.
- Medauar, Odete - Direito Administrativo Moderno.
- Mello, Celso Antonio Bandeira de - Novos Aspectos da Função Social da Propriedade, Revista de Direito Público nº 84, outubro-dezembro de 1.987, pgs.39/41.
- Meirelles, Hely Lopes - Direito de Construir, 6ª ed. Malheiros Ed., 1.994.
- Viana, Rui Geraldo Camargo - A Participação do Particular no Urbanismo, Ed. Forense, R.J., 1.985.
- Jornal "O Estado de São Paulo", de 13/05/1.996.
- Projeto de Lei do Senado nº 181, de 1.989.
- Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junho.

---

(21) Citado por Angel Sustaeta Elustiza, pág. 298.



# **Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional**

Lídia Reis de Almeida Prado

---

*Procuradora do Município de São Paulo. Doutora em Filosofia do Direito, pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica (SP). Professora de Lógica Jurídica das Faculdades de Direito da Pontifícia Universidade Católica e da Universidade de São Paulo. Psicóloga.*

1

O pensamento jurídico do século XX enfatiza o papel do juiz na produção do direito, fenômeno que surgiu principalmente devido à teoria da argumentação jurídica, muito importante na superação do formalismo<sup>(1)</sup>. Existe também essa ênfase na Sociologia do Direito e em trabalhos de autores integrantes do realismo americano, os quais evidenciam os reflexos sobre a sentença dos predicados do psiquismo do julgador.

---

(1) Chaim Perelman, À propos de la règle de Droit - réflexions de méthode, *In La règle de Droit*, Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1971, p. 322.

Consentâneo com tal tendência, este artigo contém algumas reflexões sobre a interferência, na decisão judicial, de alguns desses predicados – como a emoção e a criatividade – que, embora comuns aos dois sexos, têm sido, devido a uma distorção cultural, reprimidos entre os homens na civilização ocidental<sup>(2)</sup>.

Para o desenvolvimento desse tema, numa postura interdisciplinar, integro o referencial teórico da Psicologia Analítica (de Carl Gustav Jung e seguidores) com a posição de teóricos de diferentes escolas do pensamento jurídico<sup>(3)</sup> que admitem a influência do psiquismo do juiz na elaboração do direito.

Não adoto aqui a proposta do Psicologismo Jurídico, corrente reducionista que, no final do século XIX e começo do XX, defendia a compreensão exclusivamente psicológica do universo jurídico, esquecendo-se que a lei é um atributo exclusivo do Direito, que o distingue de outros ramos do saber. Sem negar a riqueza dos inúmeros enfoques a partir dos quais esse universo pode ser estudado, inclusive o normativo, procuro trazer um instrumento a mais para a compreensão de um fenômeno jurídico básico: a produção da sentença.

## 2

A dificuldade em integrar o sentimento na psique coletiva do Ocidente, tão imbuída de patriarcalismo, trouxe lesivas características culturais, como rigidez mental, racionalismo exagerado e supervalorização do pensamento em detrimento da emoção, que passou a ser inferiorizada. Uma ilustração desse fato, entre inúmeras outras, é a ponderação do

---

(2) Essa constatação é frequente em teóricos de diversos ramos do conhecimento, como na Psicologia, na Antropologia e na Sociologia. Na Psicologia Analítica, há estudos de profundidade sobre o tema, realizados, por exemplo, por James Hillman, Edward Whitmont, Carlos Byington, além daqueles levados a efeito por Carl Gustav Jung.

(3) Entre esses autores, lembro os nomes de Luis Recaséns Siches, Joaquim Dualde, Karl Llewellyn e Jerome Frank. Este último escreveu o clássico livro *Law and the modern mind*, New York, Anchor Books/Doubleday, 1948, segundo o qual Direito adquire realidade, não devido à exclusiva interpretação de velhas regras abstratas, mas também pela ação de seres humanos concretos, *cujas mentes funcionam como a dos demais seres humanos*. Para ele, um aspecto fundamental na sentença, embora não o único, é a personalidade do juiz, sobre a qual influem a educação geral, a educação jurídica, os valores, os vínculos familiares e pessoais, a posição econômica e social, a experiência política e jurídica, a opinião política, os traços intelectuais e temperamentais. De acordo com essa visão, seria possível controlar as indevidas influências desses fatores – se forem inconscientes – através da boa disposição que os juízes tiverem para se *auto-analisarem*.

iluminista Diderot, de acordo com a qual dar espaço ao sentimento "é ser injusto, é ser louco"<sup>(4)</sup>.

O Direito, como prestação jurisdicional, não apenas seguiu essa propensão (que se verificou em quase todos os ramos do saber), mas o fez de modo exacerbado. Explica-se: nas decisões judiciais a desqualificação do sentimento intensifica-se porque um dos instrumentos de trabalho dos magistrados é a lei — regra abstrata de conduta imposta à observância geral —, que pertence ao mundo da racionalidade, muito distanciado do da emoção.

Assim, no Brasil, como em outros países, surgiu e se consolidou a imagem dos juízes como indivíduos rígidos, poderosos, inacessíveis e sem intuição, sentimento ou criatividade<sup>(5)</sup>.

Todavia, no decorrer do século XX, o racionalismo sofreu um forte abalo, devido a transformações em várias áreas do conhecimento, como a Física, a Sociologia e a Psicologia. Devido a tais mudanças, Merleau Ponty alerta para a necessidade de ser estabelecida, pela Filosofia contemporânea, uma outra idéia de razão, a *razão alargada*, na qual possam entrar os progressos do conhecimento<sup>(6)</sup>. Entre esses progressos, entende Marilena Chauí que se destacam, ao lado da teoria da relatividade<sup>(7)</sup> e da noção de ideologia<sup>(8)</sup>, as concepções psicológicas do inconsciente.

A mais divulgada dessas concepções psicológicas foi formulada por Sigmund Freud, autor que considera o inconsciente como uma instância psíquica constituída do conjunto do material reprimido na história de

---

(4) Denis Diderot, *Paradoxe sur le comédien en oeuvres esthétiques*, Paris, Paul Vernière, 1957, p.365.

(5) A respeito dessa imagem há um artigo da psicóloga Verônica A. M. César Ferreira, São Paulo, "Mudança a imagem, muda-se a realidade", in *Boletim Juízes para a Democracia*, nº14, ano 4, 1998, p.6. Penso ter contribuído para essa imagem o fato de que, como salienta, a emoção tem sido, na nossa cultura, muito reprimida nos homens.

(6) Marilena Chauí, *Convite à Filosofia*, São Paulo, Ática, 1985, p.63. A autora, nessa obra, faz alusão ao filósofo francês e à *razão alargada*.

(7) A teoria da relatividade comprovou que as leis da natureza dependem da posição ocupada pelo observador. Esse fato atingiu o princípio físico segundo o qual tais leis existem por si mesmas, sendo necessárias e universais, não dependendo do sujeito do conhecimento.

(8) Como se sabe, o conceito de ideologia, trazido por Marx, veio mostrar que teorias científicas ou filosóficas, aparentemente verdadeiras, ocultam uma realidade (social, econômica ou política), resultando num conhecimento errôneo, ou ao menos questionável, por causa de um condicionamento perturbador da objetividade científica (nesses condicionamentos, insere-se o da classe social).

vida do indivíduo. Esse conceito introduziu uma sensível mudança no valor tradicionalmente atribuído à razão, que passou a ser vista como menos poderosa do que se supunha, por estar subordinada a impulsos desconhecidos e de difícil acesso. Essa idéia pôs em dúvida a crença dos racionalistas e empiristas, segundo a qual a verdade habita a consciência. Freud entende que "a Psicanálise propõe-se a mostrar que o Eu não somente não é senhor na sua própria casa, mas também está reduzido a se contentar com informações raras e fragmentadas daquilo que se passa fora da consciência, no restante da vida psíquica"<sup>(9)</sup>. De acordo com tal abordagem, "a consciência não constitui a essência da vida psíquica, mas apenas uma qualidade desta, podendo coexistir com outras qualidades e até mesmo faltar"<sup>(10)</sup>.

Ao lado dessa noção de inconsciente surgiu outra, desenvolvida por Jung, a de *Inconsciente coletivo*, entendido como uma estrutura psíquica herdada da evolução da humanidade, renascida em cada indivíduo e que contém padrões de funcionamento que dão à nossa espécie características específicas, os arquétipos. Na elaboração dessa teoria, Jung sofreu influência de Schopenhauer (através da idéia da vontade como força básica de vida) e de Hartmann (que traz a idéia de um princípio inconsciente e teleológico subjacente que rege o mundo). A elaboração da noção de inconsciente coletivo foi muito importante, por trazer um novo conceito psicológico que se somou aos já existentes, o do *ego* (como centro da consciência, estudada desde a década de 1860, quando a Psicologia científica surgiu como disciplina independente) e o do inconsciente pessoal (freudiano).

Com base nessas formulações teóricas, afirma Marilena Chauí que a razão, longe de se dedicar à procura da verdade, pode consistir num recurso para escamoteá-la<sup>(11)</sup>. E ainda: a racionalidade não é incompatível com a contradição, pois, se assim fosse, a própria ciência se colocaria no plano da ideologia afirmando a não história, já que a historicidade é a própria contingência do real, plena de contradições<sup>(12)</sup>.

---

(9) Sigmund Freud, *Cinco lições sobre a Psicanálise*, vol. XVI das Obras Completas, Rio de Janeiro, Imago, 1988, p.15.

(10) *Idem*, *ibidem*.

(11) Marilena Chauí, *op. cit.*, p.63.

(12) Marilena Chauí, "Crítica e Ideologia", in *Cadernos SEAF*, ano 1, nº1, São Paulo, 1978, apud Luís Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 321. Com base nesse artigo,

Sérgio Rouanet, após estudar a teoria freudiana e o fenômeno por ele denominado de “ilusões da consciência”, pondera que, no pensamento ocidental, a razão está “em cativeiro”, porque desviou-se do conhecimento da verdade, gravitando em torno do próprio eixo, numa postura de auto-veneração<sup>(13)</sup>.

Mircea Eliade, em várias passagens de suas obras, equipara as teorias do inconsciente aos achados marítimos da Renascença e às descobertas astronômicas posteriores à invenção do telescópio.

Mas, apesar do avanço da Psicologia nos últimos cem anos, a educação no Ocidente, de modo geral, ainda se limita ao conhecimento da realidade externa, em detrimento do universo interior do indivíduo, que é sempre excluído. Porém, é no convívio com nosso mundo interno e suas divergências que vamos adquirindo meios para o entendimento das discrepâncias exteriores<sup>(14)</sup>.

O juiz tem uma função que atinge aspectos importantes da vida individual e social. Entretanto, como qualquer pessoa, não está imune ao seu inconsciente. Assim, é inadmissível, numa época em que não mais se questiona a importância dessa instância do psiquismo, que o órgão julgante continue adotando, nos concursos públicos, apenas critérios formais de seleção, numa reprodução do modelo do ensino universitário, de caráter legalista e acrítico. Aliás, magistrados há que, sensíveis para essa questão, empreendem uma verdadeira cruzada, objetivando, além de outras mudanças, o alcance de profundas transformações no Judiciário, no que se refere ao recrutamento, formação e aperfeiçoamento de seus membros<sup>(15)</sup>. Conforme esses julgadores, a tônica na memorização dos conhecimentos – presente ainda hoje, na maioria dos concursos públicos

---

o autor conclui que “a racionalidade do Direito tem sido questionada no âmbito da epistemologia geral, entre outros motivos, porque até mesmo a pesquisa científica não está isenta de contradições e de características irracionais, como a intuição e o sentimento ideológico”.

(13) Sérgio Rouanet, *A razão cativa*, São Paulo, Brasiliense, 1990. Nesse parágrafo, apresentei uma síntese do tema do referido livro.

(14) Ruy Cezar do Espírito Santo, “O auto conhecimento em sala de aula”, in *Ética, valores humanos e transformação*, São Paulo, Fundação Petrópolis, 1998, p. 45.

(15) Apenas para citar alguns, lembro os nomes de Sidnei Beneti, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Ricardo Enrique Lewandowski, Antonio Marques da Silva, todos referidos por José Renato Nalini, ele próprio um nome muito importante.

e nos cursos de quase todas as Escolas de Magistratura<sup>(16)</sup> – seria substituída por uma seleção e uma preparação de juizes comprometidas, não só com o conhecimento da dogmática jurídica acrescido de uma visão zetética<sup>(17)</sup>, mas também com a utilização, na prestação jurisdicional, além da racionalidade, de outros predicados do psiquismo do juiz<sup>(18)</sup>.

Endossando essa proposta, sugiro que tais Escolas – que têm sido consideradas como os agentes básicos da transformação do Judiciário<sup>(19)</sup> – ofereçam aos seus integrantes uma formação adequada, que, além dos usuais temas de Dogmática Jurídica, inclua os de natureza crítica (de índole interdisciplinar), e, entre estes, a abordagem de questões psicológicas, relacionadas com as causas da escolha da profissão; o fascínio que exercem sobre os juizes as polaridades “justiça e injustiça”, “licitude e ilicitude”, “crime e inocência”; as possíveis conseqüências para os magistrados do uso do poder (por exemplo, o estresse e a inflação da *persona*, a conhecida “juizite”); como lidar com a sobrecarga de estresse que o poder acarreta; a relação entre o juiz, como parte da sociedade, e os problemas ocasionadores das ações judiciais, os quais representam, entre outras coisas, as feridas da coletividade; *Eros e Logos*; as características referentes a *Eros*, que são indissociáveis do ato da tomada de decisão; ligação entre racionalidade e emoção no ato de julgar.

Com efeito, o ensino convencional não mais atende às pressões exercidas pelas alterações sociais dos últimos cinquenta anos (entre as quais destacam-se as mudanças no comportamento feminino e na definição dos papéis sexuais) que parecem estar, de modo gradativo, apontando para um novo padrão de homem e, portanto, para um novo padrão de juiz.

(16) Constituem exceções a essa situação raras Escolas de Magistratura, como a de Mato Grosso do Sul, que colocou, em um de seus programas, os cursos de *Justiça e Antropologia*, *Justiça e Pós-Modernidade*.

(17) Essa distinção entre o enfoque dogmático e o zetético do Direito foi desenvolvida, a partir de uma terminologia de Viehweg, por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, in *Introdução ao Estudo Do direito, técnica, decisão e dominação*, São Paulo, Atlas, 1988, pp. 46-47. Nesse livro, consta que, ao contrário da dogmática, segundo a visão zetética, o “importante é saber o que é o Direito”, sem a preocupação imediata com a solução normativa dos conflitos. Para tal indagação, indispensável seria o uso dos subsídios da Sociologia Jurídica, da Antropologia Jurídica, da Psicologia Jurídica, da Economia Política, etc..

(18) Em palestra proferida aos alunos de Lógica Jurídica da Faculdade de Direito da PUC-SP em 5-10-99, o juiz José Renato Nalini, Diretor Adjunto da Escola Nacional de Magistratura, destaca, entre esses predicados, a flexibilidade, a polivalência, a criatividade, a intuição, além do genuíno gosto pela profissão, como predicados que deveriam ser exigidos dos neófitos na magistratura e desenvolvidos nos juizes mais antigos.

(19) Sálvio de Figueiredo Teixeira, *Revista da Esmepa*, Vol I, São Paulo, 1997, p. 16.

Esse novo magistrado – vou chamá-lo de juiz racional-emocional – poderá ser um parâmetro na formação dos julgadores do século XXI.

### 3

De acordo com a Psicologia Analítica, a emoção – e outros atributos psíquicos correlatos – são próprios do arquétipo do feminino (*anima*), que Jung vincula ao *Eros*, diversamente do arquétipo do masculino (*animus*), que ele liga ao *Logos*. O *Eros* é, em geral, associado ao sentimento, à intuição, à criatividade, à afetividade, à capacidade de relacionamento e de percepção das outras pessoas. Com o *Logos*, costuma-se relacionar a consciência focalizada, assim como o respeito aos fatos, o julgamento feito com base apenas em fatores racionais, o pensamento, a abstração lógica e a discriminação. Essas potencialidades são de todos, homens e mulheres, e se num determinado momento não estiverem disponíveis para alguém, isso se dá por razões individuais e não sexuais<sup>(20)</sup>.

Embora segundo a perspectiva junguiana, *Eros* e *Logos* sejam capacidades psicológicas dos dois sexos, o consciente da mulher estaria mais vinculado ao *Eros* do que ao *Logos*, ocorrendo o contrário com o homem. Porém, se este fizer um esforço para trazer à consciência algumas das qualidades do arquétipo da *anima*, acima mencionadas, poderá ter uma visão dos outros seres humanos (e de si próprio) com poucas distorções. Quanto aos juizes, homens como outros quaisquer, a abertura para tais qualidades pode tornar possível que as partes sejam encaradas em sua originalidade única e com um mínimo de preconceitos.

Penso já ter ficado evidente que restringi o campo destas reflexões aos juizes do sexo masculino, reservando para um futuro trabalho a análise dos reflexos do *Logos* e da consciência feminina das juizas sobre as suas sentenças. Explico: segundo a posição teórica que adoto, encabeçada por Jung, a mulher não tem *anima*, podendo ser influenciada por esse arquétipo apenas através dos homens e de suas projeções<sup>(21)</sup>. Isso ocorreria porque a mulher, por estar mais ligada ao *Eros*, tem o feminino no

(20) Andrew Samuels, *Jung e os pós-junguianos*, Rio de Janeiro, Imago, 1989, p.264.

(21) Essa posição, porém, não é unânime. Há entendimento diverso de vários autores, como James Hillman, para quem as mulheres têm *anima*. A respeito, ver em *Anima*, São Paulo, Cultrix, 1990, p.72. Mas, penso extrapolar a finalidade deste trabalho a análise das vertentes da Psicologia Analítica sobre essa complexa questão.

âmbito da consciência, enquanto a *anima* é inconsciente. Apesar dessa circunstância, devido a fatores educacionais, o *Logos* de uma juíza pode ser mais rígido do que o do próprio homem, fato que contraria a sua natureza de mulher<sup>(22)</sup>.

Uma observação se impõe: as manifestações dos arquétipos do *animus* e da *anima* podem variar muito, pois sofrem influência dos padrões culturais, ou seja, da idéia do que é masculino ou feminino numa dada sociedade, em um determinado momento histórico. (Embora relativas e cambiantes, essas manifestações são conteúdos psíquicos da maior relevância, pois regem o encontro do Eu com o Outro, com o diferente, uma vez que contêm a oposição masculino-feminino<sup>(23)</sup>).

E, neste fim de milênio, o que estaria ocorrendo na nossa cultura, no que se refere à relação entre racionalidade e sentimento, importantes atributos dos referidos arquétipos?

Vislumbro sinais de uma gradativa valorização da emoção e de outras características do arquétipo da *anima* junto com o pensamento, em várias situações especialmente na tomada de decisões. Carlos Byington entende esse fenômeno no contexto de um novo paradigma, que mostra um *desvio do self cultural*, para dirimir a dissociação racionalista do passado<sup>(24)</sup>.

Ilustra essa tendência a temática de livros de grande receptividade junto ao público, alguns interdisciplinares, escritos por neurologistas, psicólogos e sociólogos e também por teóricos do Direito.<sup>(25)</sup> Ao apresentar,

---

(22) A observação é de Denise G. Ramos, em aula proferida no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Psicologia da PUC, em abril de 1993. Para ela, esse fato ocorre porque uma mulher sujeita ao *animus* e ao *Logos* é cruel, obstinada, controladora e até dominadora. Por isso, como juíza, as suas decisões poderão ser resultado de um pensamento de segunda classe, orientado por convicções dissociadas do caso concreto, das pessoas envolvidas no litígio e das possíveis conseqüências da sentença. Só a existência de um *ego* feminino bastante forte ensejará que ela abra mão dessa "voz da verdade", que lhe parece tão preciosa. Dessa forma, as suas decisões poderão ser mais sensíveis e com maior ligação com o caso concreto. O mesmo pode ocorrer com seus colegas do sexo oposto que fizerem um esforço para alcançar uma integração à consciência dos predicados da *anima*.

(23) Lucia Maria Azevedo Magalhães et alii, *Teorias da Personalidade em Freud, Reich e Jung* (coord. Clara R. Rappaport), São Paulo, E.P.U.-Pedagógica Universitária, 1984, pp. 149-150.

(24) Carlos Byington, *A. Pedagogia simbólica*, São Paulo, Rosa dos Tempos, 1998, p. 248.

(25) São exemplos de obras que, entre outras, espelham também essa tendência de valorização da emoção no psiquismo *The mind*, de R. M. Restak (N. York, Bantam Books, 1988) e *The mind machine*, de C. Blakemore (N. York, BBC Books, 1988).



a seguir, uma breve notícia sobre o teor de alguns desses livros, não objetivo assegurar a inatacabilidade científica de suas conclusões, até porque são trabalhos muito recentes, mas salientar essa receptividade que sugere a existência desse novo paradigma cultural identificado por Byington.

Antônio Damásio, professor de Neurologia da Universidade de Iowa, num estudo sobre pacientes que tiveram removidas partes do cérebro responsáveis pelas emoções, conclui, no livro *O erro de Descartes*, que a uma perda na capacidade de uso da emoção corresponde uma perda equivalente da capacidade de se empregar o raciocínio e de *serem tomadas decisões de uma forma eficaz. Ou seja: a inexistência do sentimento pode comprometer a racionalidade.*

Daniel Goleman, PhD em Psicologia por Havard, em seu *Inteligência emocional*, líder mundial de vendas, embora sem a mesma profundidade, desenvolve sob a perspectiva psicológica o tema estudado por Damásio. E mais: considera que também a emoção – e não só o intelecto – pode dar a verdadeira medida da inteligência humana.

O sociólogo do trabalho italiano, Domenico de Masi, em *A emoção e regra* examina a cultura pós-industrial e, em síntese, afirma ser a criatividade filha do equilíbrio delicado entre razão e emoção, fantasia e senso prático.

No Direito, Luís Fernando Coelho ressalta ser possível a elaboração de uma teoria geral a partir dos trabalhos de Popper, Piaget, Bachelard, Althusser, Foucault, Barthes que destacam o caráter dinâmico, criativo e dialético do conhecimento científico e eliminam as fronteiras entre ciência e técnica. Sob esse enfoque, as bases racionais da teoria jurídica seriam desmistificadas, com repercussões epistemológicas, pois a racionalidade falaciosa transmuta “o saber jurídico em ciência ideográfica, mais próxima da matemática e da lógica do que das ciências empíricas”. Ainda para esse autor, a metodologia jurídica passou a considerar motivações irracionais que interferem no processo decisório (assim como na elaboração das leis), inclusive pendoros emocionais do juiz e do legislador<sup>(26)</sup>.

(26) Luís Fernando Coelho, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 321. Para esse filósofo, o realismo e a Sociologia do Direito aproximam o conhecimento jurídico dos fatos, negando a pretensa índole científica da dogmática e afastando-a dos conteúdos exclusivamente ideais.

Também Luiz Sérgio Fernandes de Souza chama a atenção para a necessidade de se indagar sobre o “tipo de racionalidade jurídica que será usada na interpretação das possibilidades sugeridas pelo tema da democracia e dos direitos humanos”<sup>(27)</sup>. (É provável que até mesmo esse alerta do autor resulte da maior manifestação, em nossos dias, dos atributos do arquétipo da *anima* na psique coletiva. Isso porque, a ênfase nos direitos humanos e no arquétipo da democracia tem estreita ligação com *Eros* e, por conseqüência, com a preocupação do indivíduo pela situação das outras pessoas, num clima de respeito pelas diferenças. Penso que tal preocupação tende a resultar em decisões judiciais mais adequadas ao caso concreto e, portanto, mais justas).

É preciso salientar que a intenção desses autores, bem como a minha, não é de depreciar a racionalidade, mas questionar a ênfase unilateral que lhe foi conferida durante tanto tempo no Ocidente, em detrimento da importância do emprego do sentimento e da intuição em quase todas as circunstâncias, inclusive nas decisões.

Admitir a emoção dos juízes na prolação das sentenças não significa propor o drástico abandono da racionalidade no Direito, mas o uso equilibrado dela. O fato de ser pouco conveniente a dominância desse atributo do psiquismo, por ocasião da tomada da decisão, não significa que se queira sua exclusão do mundo jurídico, o que aliás é impossível. O que se pretende é mostrar que, com a ativação das características do arquétipo da *anima*, as pretensões dos litigantes poderão ser contextualizadas e tratadas em sua especificidade, o que não acontece no contexto estereotipado do mundo legalista das abstrações.

O uso da emoção, ao lado da racionalidade – como ocorre com qualquer ser humano, que tem sentimento e Logos –, dará aos juízes condições de não serem inconscientemente levados pelas manifestações negativas do referido arquétipo. Essas manifestações podem provocar nos julgadores atos falhos (fundamentação com base em lei revogada, em jurisprudência ultrapassada ou não aplicável ao caso), oscilações de humor, irritabilidade, com prejuízo até do bom uso da racionalidade e,

---

(27) Luiz Sérgio Fernandes de Souza, “Globalização e Direitos Humanos: em busca da racionalidade perdida”, in *Revista dos Tribunais*, R.T., 1998, p.63.

portanto, da boa solução da demanda. Pois, de acordo com a Psicologia Analítica, a emoção não deixa de existir pelo fato de ser desconsiderada pelo indivíduo ou pela cultura, permanecendo inconsciente. Se tal situação persistir, vai, provavelmente, “entrar pela porta dos fundos”, de forma primitiva, canhestra e autônoma e por isso nociva ao magistrado e aos jurisdicionados, como nos incidentes referidos.

4

A sentença, embora baseada no conhecimento jurídico, é uma decisão como outra qualquer. Como ponderei, do mesmo modo que ocorre em outras áreas do saber, muito devagar surgem no Direito os indícios de uma valorização da emoção no ato de julgar, sem ser desconsiderada a racionalidade.

Parece-me que são compatíveis com essa tendência certas associações de juízes – empenhadas na defesa dos valores democráticos e dos direitos humanos, através da prestação jurisdicional – e alguns magistrados de vanguarda. Tais magistrados, apesar dos graves problemas do Judiciário<sup>(28)</sup>, utilizam-se em suas sentenças, por ocasião da tomada de decisão (momento pré-lógico), de alguns predicados de seu psiquismo referentes ao arquétipo da *anima*, em especial, o sentimento; a preocupação pelo outro, isto é, a avaliação perspicaz das possíveis conseqüências do julgado; a intuição; a criatividade e até uma certa postura lúdica no sentido utilizado por Dualde<sup>(29)</sup>. (Penso ser dispensável uma longa citação de sentenças em que esse arquétipo parece ter sido ativado. Todos sabemos reconhecer tais julgados, que coexistem, no entanto, com sentenças acrílicas e formalistas: neles, o magistrado consegue sair da legalidade óbvia mas inaplicável ao caso, procurando uma outra norma, com

(28) Além dos conhecidos complicadores advindos, entre outras causas, da lentidão, distanciamento do Judiciário, bem como da falta de acesso a juízo, têm sido apontados problemas de caráter ético, divulgados através de denúncias de corrupção e de nepotismo.

(29) Joaquim Dualde, *Una revolució en la Lògica del Dret*, Barcelona, Bosch, 1933, pp. 214-223, explica essa característica lúdica, própria do Direito: assim como um ator vive o drama teatral, o juiz, por intermédio do método intuitivo, pode vivenciar as idéias contidas na ordem jurídica, transportando-as para o mundo real, de onde “escaparam” em razão das “amputações” feitas pela lógica tradicional. Segundo o autor, para entrar em contato com a realidade, o magistrado deve se abrir para o mundo do pré-lógico e dos pressentimentos, que é, ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, chelo de responsabilidade e liberto da ingenuidade primitiva.

a qual decidirá a questão de modo mais justo. E, ao fazê-lo, utiliza-se de uma interpretação criativa, que leva em conta não só a segurança jurídica, mas as repercussões da sua decisão no destino das pessoas envolvidas no litígio<sup>(30)</sup>).

É provável que essa transformação na atitude judicial, de tão promissor prognóstico, resulte quer do destaque conferido à proteção da democracia e dos direitos humanos – cuja defesa foi confiada ao órgão judicante –, quer do abalo sofrido pelo racionalismo no século XX, quer do impacto provocado pelas alterações no comportamento feminino e na redefinição dos papéis sexuais, que trouxeram um novo padrão de homem e, portanto, de juiz, como já ressaltai.

Assim, penso não incidir num irrealismo ingênuo, quando vislumbro na psique coletiva do Brasil um gradativo e lento delineamento, no Direito, de uma postura senão mais favorável, ao menos não tão aversiva ao Eros, com prenúncios de novas imagens arquetípicas do juiz, mais adequadas ao nosso tempo.

Acredito que tais imagens estariam anunciando os primeiros sinais, já observáveis, entre nós, de uma lenta e gradativa comunhão no ato de julgar, entre pensamento e sentimento.

---

(30) A título de ilustração, lembro algumas decisões, que ganharam notoriedade nos últimos anos: declarações de inconstitucionalidade do bloqueio da poupança e de outras aplicações — que ficaram retidas por força da Lei 8.024/90, editada no Governo Collor — com a respectiva conversão para cruzeiros do saldo em cruzados novos, sob o fundamento de que nem medida provisória, nem nenhum outro diploma legal pode coher o cidadão desavisado, pois leis surpresa estão fora do conceito de constitucionalismo e do Estado de direito; concessões de habeas-corpus, em favor de devedor fiduciante condenado em ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito, pelo fato de ser vedada, por pacto internacional incorporado à Constituição brasileira, a prisão civil decorrente de descumprimento de obrigação contratual; absolvições, em ilícito de vadiagem, devido à inversão, para o Estado, do ônus da prova da ociosidade, em razão da onda de desemprego que assola o país; absolvições em jogo do bicho, em virtude de ser ilegítima a jogatina sob o patrocínio do Estado, que só pune os pequenos infratores, bodes expiatórios, deixando geralmente livres os transgressores de vulto; concessões de liminar em mandados de segurança contra a exigência da autoridade fiscal para que a instituição financeira fornecesse informações de cliente com quebra de sigilo bancário, mediante a argumentação de inexistirem indícios de sonegação tributária ou competente procedimento administrativo fiscal.

**Arquétipo:** Esse conceito, formulado em 1919 por Jung, foi influenciado por Platão, Kant e Schopenhauer. Mas Jung diferenciou-se desses filósofos, porque entende que os arquétipos promovem experiências fundamentais e não têm um caráter metafísico, por estarem ligados aos instintos. Em uma formulação muito simplificada, os arquétipos seriam predisposições humanas típicas para agir, pensar, sentir, sendo que cada pessoa pode vivenciá-las particularmente. Há tantos arquétipos quantas são as situações típicas na existência da humanidade, ou seja, seu número é ilimitado. Os arquétipos dependem de circunstâncias a fim de serem ativados na psique coletiva ou individual. Assim, há épocas em que o arquétipo do guerreiro não é valorizado (situação de paz, por exemplo). Através da noção de arquétipo pode-se compreender porque, em locais e tempos diferentes, aparecem temas idênticos nos sonhos, nos mitos, nos dogmas e rituais das religiões, nas artes, enfim nas produções do inconsciente. Os filósofos do Direito afirmam que a Justiça, desde tempos imemoriais, aparece nas simbolizações da humanidade. Pode-se, assim, afirmar que a Justiça é um arquétipo.

**Ego:** instância psíquica que constitui o centro da consciência, ligado à formação da identidade, para o que é necessária a noção do Outro ou não Eu. Para Jung, o ego é um arquétipo.

**Imagem Arquétípica:** segundo Jung, o arquétipo, enquanto tal, não é passível de ser conhecido; apenas podemos entrar em contato com ele por intermédio de suas manifestações, as imagens arquetípicas. Os teóricos junguianos mais modernos desconsideram, em suas reflexões, o arquétipo não apresentado.

**Persona:** a palavra, de origem latina, designa a máscara usada pelos atores teatrais. Para a Psicologia Analítica, *persona* é o arquétipo que se refere à face que colocamos para enfrentar a vida social. Segundo Jung, ela nada tem de real e não passa de um compromisso entre o indivíduo e a sociedade, acerca do que alguém parece ser: pai, filho, possuidor de um título, detentor de um cargo, etc. Assim, durante a existência, muitas *personas* são utilizadas, relacionando-se com um *status* social, uma atividade ou profissão, um papel familiar, isto é, com todos os compromissos necessários para a vida em sociedade.

**Projeção:** o conceito de projeção vem da Psicanálise, que a considera uma operação inconsciente, através da qual o indivíduo tira de si e coloca no outro (coisa ou pessoa) qualidades, sentimentos, desejos que lhe parecem inaceitáveis. A projeção não depende da vontade, pois é automática.

**Self:** é a totalidade dos processos conscientes e inconscientes e sua inter-relação. Pode ser individual e grupal (este inclui o self familiar, nacional, cultural).

## **Bibliografia**

- BYINGTON, Carlos Amadeu. *Pedagogia simbólica*. São Paulo, Rosa dos Tempos, 1996.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo, Ática, 1995.
- \_\_\_\_\_. "Crítica e Ideologia", in *Cadernos SEAF*. São Paulo, 1978 (ano 1, nº1).
- COELHO, Luís Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- DIDEROT, Denis. *Paradoxe sur le comédien en oeuvres esthétiques*. Paris, Paul Vernière, 1967.
- DUALDE, Joaquim. *Una revolución en la lógica del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1933.
- ESPÍRITO SANTO, Ruy César. O auto-conhecimento em sala de aula, in *Ética, valores humanos e transformação*. São Paulo, Fundação Petrópolis, 1998.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão e dominação*. São Paulo, Atlas, 1968.
- FERREIRA, Verônica A. M. César. "Mudada a imagem, muda-se a realidade", in *Boletim Juízes para a Democracia*, nº14. São Paulo, ano 4, 1998.
- FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York, Anchor Books/Doubleday, 1948.
- FREUD, Sigmund. *Cinco lições de Psicanálise*. Rio de Janeiro, Imago, 1988 (Obras completas, vol.XVI)
- HILLMAN, James. *Anima*. São Paulo, Cultrix, 1990.
- JUNG, Carl Gustav. *O Eu e o inconsciente*, vol.VII/2, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Psicologia do inconsciente*, vol.VII/1, 1983.
- \_\_\_\_\_. *A Natureza da psique*, vol VIII/2, 1984.
- MAGALHÃES, Lucia Maria Azevedo et alii. *Teorias da Personalidade em Freud, Reich e Jung* (coord. Clara R. Rappaport). São Paulo, E.P.U-Pedagógica Universitária, 1984.
- NALINI, José Renato. "O magistrado e a comunidade", in *Revista dos Tribunais*. São Paulo, R.T., maio de 1991.
- \_\_\_\_\_. *Recrutamento e preparo de juízes*. São Paulo, R.T. 1992.
- PERELMAN, Chaim. *À propos de la règle de Droit-réflexions de méthode*, in *La règle de Droit*. Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1971.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *A razão cativa*. São Paulo, Brasiliense, 1990.
- SAMUELS, Andrew. *Jung e os pós-junguianos*. Rio de Janeiro, Imago, 1989.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Revista da Esmape*, Vol I, São Paulo, 1997,

# **Unificação Imobiliária – Alguns Aspectos Práticos**

**Luís Mário Galbetti**

---

*Professor de Direito Notarial e Registral na Universidade São Judas Tadeu. Juiz titular da 33ª Vara Cível do Fórum Central da Capital, atualmente designado Juiz Assessor da 1ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo. Juiz da 1ª Vara de Registros Públicos de 1994 a 1998. Ex-Juiz Assessor da 3ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo.*

Dispõe a Lei nº 6.015/73, em seu artigo 234 que: *“Quando dois ou mais imóveis contíguos, pertencentes ao mesmo proprietário, constarem de matrículas autônomas, pode ele requerer a fusão destas em uma só, de novo número, encerrando-se as primitivas”* e a exata compreensão do seu texto é fundamental para evitar a prática de inconscientes irregularidades.

O requerimento para unificação dos imóveis e fusão das matrículas deve ser apresentado diretamente ao Oficial Registrador que, via de regra,

examinará a presença dos requisitos e procederá imediatamente à abertura da matrícula nova unificada.

Pequena variação existirá no procedimento a ser adotado pelo Oficial Registrador, quer estejamos diante de imóveis a serem unificados objeto unicamente de transcrições, ou matrículas, ou, ainda, matrículas e transcrições.

Prevê o artigo 234 da Lei de Registros Públicos, no caso de se tratar de imóveis objeto apenas de matrículas, correspondentes, portanto, cada um deles, a uma unidade matricial cadastral, como idealizado após a edição da Lei nº 6.015/73, em que cada imóvel passou a ser representado por uma matrícula e a esta deve corresponder um único imóvel (princípio da unicidade matricial), que as matrículas unificandas e que seriam fundidas se encerrem, dando origem à abertura da nova matrícula unificada.

Esta fusão de matrículas, que não se confunde portanto apenas com a unificação de imóveis, impede sejam as "velhas" matrículas encerradas reabertas futuramente, ainda que haja novo desdobro, dependente sempre, vale frisar, de nova autorização municipal. Se novo desdobro for autorizado, este se fará com abertura de matrículas novas, mas não com a reabertura daquelas já encerradas.

Se dois ou mais imóveis unificandos forem objeto de transcrições anteriores à Lei nº 6.015/73, que previu como obrigatória, vale lembrar, a abertura de matrícula somente na ocasião do primeiro registro - "estrito senso" - após sua edição (artigo 228), estabelece o artigo 235, inciso I, apenas a averbação notícia junto às transcrições sobre a abertura da matrícula que os unificar.

Este procedimento de averbação notícia, mas não encerramento das transcrições, tem razão na natureza distinta dos dois sistemas, pois o sistema de transcrições, vigente antes da Lei nº 6.015/73, se preocupava com o imóvel, embora primeiro escopo, apenas de forma conseqüente, não havendo transcrições de imóveis, mas de títulos.

Se determinado título tivesse como objeto, por exemplo, a compra e venda de vários imóveis de uma mesma circunscrição imobiliária, o



Registrador, antes da Lei nº 6.015/73, ao qualificar positivamente o título apresentado, abriria uma única transcrição que conteria todos os imóveis objeto da escritura.

Da mesma forma, a aquisição de partes ideais de um ou mais imóveis, objeto ou não de única transcrição, por ato oneroso ou não, em quantidade significativa ou diminuta, como a de 1/1.000.000, também seria objeto de uma transcrição.

Neste passo, poderíamos ter, no sistema anterior, uma multiplicidade de transcrições que representariam a titularidade de um único imóvel ou uma única transcrição representando a aquisição de vários imóveis.

Esta última circunstância impede, por razões óbvias, que nos casos de unificação de imóveis transcritos, as transcrições sejam encerradas, uma vez que poderiam cuidar de outros imóveis não unificandos; deve, portanto, o Registrador apenas averbar a abertura da matrícula unificada junto às transcrições.

Embora não haja remissão expressa nos parece, também, possa ser realizada referência sobre o encerramento da transcrição quando a mesma tratar do único imóvel que é objeto de unificação.

Por último, no que pertine ao procedimento a ser adotado pelo Registrador, previu o inciso II do artigo 235 da Lei nº 6.015/73, na hipótese de imóveis unificandos registrados por ambos os sistemas, que nas transcrições se proceda a averbação já referida e, nas matrículas, o encerramento.

A abertura da nova matrícula unificada deve respeitar as descrições constantes das transcrições ou matrículas primitivas, para que da unificação não resulte retificação do imóvel, a ser alcançada somente pela via judicial.

A ausência de uma das medidas perimetrais (de um dos lados ou dos fundos, por exemplo) e a impossibilidade de inserção do dado faltante pelo Registrador determina a retificação prévia, processada, na maioria das vezes, por procedimento judicial (artigo 213, parágrafo 2º), em que as partes, também normalmente, já efetuam o pedido unificatório.

Neste particular, vale salientar que nem todas as alterações ou inserções de dados reclamam a instauração do procedimento retificatório do parágrafo 2º do artigo 213 da Lei nº 6.015/73, podendo alguns equívocos, quando de tal se tratar, ser emendados por mera decisão do Juiz Corregedor Permanente (em procedimento administrativo puro e não de jurisdição voluntária) ou *“ex officio”* pelo próprio registrador no caso de erro evidente.

Tal se dá, por exemplo, naquelas descrições antigas em que, como anotou o notável Juiz José Roberto Naliní, no julgamento do processo nº 482/87 da 1ª Vara de Registros Públicos, se descreviam os terrenos com determinada metragem de frente e outra na lateral, omitindo-se as medidas dos fundos e de um dos lados, porque pareceria ao registrador antigo uma superfetação repetir medidas lineares idênticas e, por certa lógica natural, já inseridas na descrição sucinta do terreno.

Observando o registrador que nem sempre a figura geométrica formada pela descrição do imóvel ostenta ângulos retos e que somente nesta circunstância estaríamos à frente do quadrilátero retangular, único a admitir que a área seja o exato produto do lado maior pelo lado menor, terá ele certa liberdade em caso de verificação, *“secundum tabulas”* (planta e memorial descritivo do loteamento, registros anteriores ou do imóveis vizinhos, conjugados com outros dados indiciários, como planta da Emplasa ou mapa fiscal da Prefeitura, estes com as reservas cabíveis), da retangularidade, podendo proceder à retificação para inserir a área ou a medida perimetral que ao registrador antigo pareceu acrescentamento inútil, sempre fazendo constar do registro os motivos que o levaram a inserir tal modificação tabular.

E quais os requisitos a serem observados para que a unificação dos imóveis e a fusão dos registros possam ter lugar?

Mencionam todos os que trataram desta matéria a necessidade de contigüidade e identidade de proprietário, mas segundo entendo esta última deveria ser substituída pela expressão homogeneidade de titularidade e ônus.

A contigüidade física não provoca grandes discussões e esta condição legal - e aquela congênere "confinação", requisito da ação demarcatória - pode ser traduzida na necessária justaposição dos imóveis.

Se entre eles se interpõe uma via pública, fluvial ou terrestre, deixa de haver contigüidade.

São contíguos, portanto, os imóveis rurais situados do mesmo lado do rio e os imóveis urbanos localizados em uma única quadra, não podendo assim ser considerados aqueles que se achem fronteiros do outro lado do rio ou da quadra.

A referência no artigo 234 da Lei nº 6.015/73 sobre a necessidade de pertencerem ao mesmo proprietário pode, no entanto, provocar algumas reflexões.

Dúvida inexistente, embora no passado já tenha havido quem defendesse a tese, sobre não ser possível a unificação de um imóvel pertencente a "A" com outro contíguo pertencente a "B", atribuindo-se ao imóvel unificado a titularidade na razão de 50% a "A" e 50% a "B".

Mas embora esta circunstância possa ser percebida com rara clareza, porque inexistente mesma titularidade nos imóveis antes do procedimento unificatório, disfarçando a alienação da metade ideal de cada um dos imóveis ao outro titular vizinho, sem a incidência dos impostos devidos, nem sempre a visão se mostra tão desanuviada.

É o caso, por exemplo, de imóveis com pluralidade de titularidades dominiais.

Vejam, por exemplo, a seguinte situação: imóvel "X" pertencendo a "A" na razão de 80% e a "B" na razão de 20%, contíguo ao imóvel "Y" que pertenceria a "A" e a "B" na razão de 50% para cada um deles.

Seria possível a unificação? A tendência das pessoas, principalmente da área humanística, com certa aversão pelas fórmulas matemáticas, é acreditar que deva ser possível, embora não pudessem de antemão

fixar as porções de cada um deles, parecendo caso de simples aplicação de “regra de três” ou “de proporcionalidade” a ser observada.

Mas a questão é muito mais complexa.

Em primeiro lugar, devemos lembrar que a titularidade proporcional em cada um dos imóveis guarda relação com a quantidade de aporte financeiro feito por cada um dos titulares à época da aquisição.

Este fator por si, aliado a aquisições normalmente realizadas em épocas distintas, cujo valor também flutua em função das mesmas épocas e do grau de desenvolvimento da região nos dias das alienações ou até da época em que se pretende a unificação dos imóveis, já produziria tamanho grau de complexidade a impedir pudesse o Oficial Registrador adotar um critério objetivo único para lidar com estes casos.

Mas não é só. Acrescente-se a isto, que os valores constantes das escrituras públicas de bens imóveis, via de regra, é sabido, não representam o valor efetivo do negócio entabulado. Ou que a utilização do imposto predial e territorial urbano ou imposto territorial rural para guiar o valor do imposto de transmissão a ser recolhido, inclusive nas alienações não onerosas, não pode servir como um parâmetro seguro, pois conhecidas as distorções nos lançamentos dos respectivos impostos, seguindo critérios dos mais variados e, na maioria das vezes, ainda carregados de opções político-tributárias nem sempre lineares ou homogêneas.

Se não bastassem estas variantes, acrescente-se, outrossim, que a mera contigüidade de um imóvel não garante paridade de valor em relação ao seu vizinho, ainda que em função do metro quadrado de área.

A simples existência de um ponto de ônibus em frente a um dos imóveis pode alterar o seu valor em função do potencial para a instalação de um empreendimento comercial. A vizinhança não comum entre os imóveis contíguos em relação, por exemplo, a uma Universidade, pode provocar também aumento do valor econômico. Assim como o fechamento desta mesma escola em outra época, ou a mudança do ponto de ônibus, pode provocar uma queda acentuada do valor de mercado daquele bem.

O valor do bem pode ter como parâmetro ainda situações não propriamente ligadas a um dos imóveis unificandos, mas a seu vizinho não comum, no que pertine à preservação histórica ou paisagística, de servidão de luz ou visada em relação a determinado imóvel tombado que lhe seja próximo.

Variante estas, todas elas, que indicam a necessidade de valoração, a ser sempre realizada pelos titulares ou interessados na aquisição - até mesmo pelo risco potencial em substituí-los nesta tarefa, com clara repercussão patrimonial - e cujos negócios dali decorrentes, base normalmente de recolhimento tributário, não podem ou devem ser disfarçados em procedimento unificatório, até mesmo porque a alienação, onerosa ou não, de parte ideal de um bem imóvel depende de escritura pública.

A utilização de critério objetivo por metragem de área, embora, por vezes, possa representar situação satisfatória, não promove, segundo entendo, segurança suficiente para a sua adoção.

A primeira crítica que pode ser feita diz respeito à sua desvinculação do valor econômico do bem, único critério utilizado pelas partes para fixar as suas participações no imóvel.

Em outras palavras, despreza-se o único critério levado em conta pelas partes para a atribuição de suas titularidades à época de aquisição.

Acresça-se a isto o desprezo a assertivas como: - áreas, por exemplo, no fundo de imóveis não possuíam o mesmo valor que aquelas na testada. - Ou que dois imóveis com 500 metros quadrados, mas com testadas diversas, de 50 e 10 metros, possuíam valores muito distintos. - Ou que um imóvel de esquina possui valor comercial diverso daquele situado no meio da quadra.

A grande quantidade de parâmetros a ser observada permite, segundo entendo, uma única afirmação: a impossibilidade de afastar os critérios, dependentes de cada situação específica, do juízo de valor das partes interessadas nas respectivas titularidades, pelos instrumentos respectivos a produzir os efeitos desejados às vontades negociais, até mesmo porque pretendeu o Estado tributá-las.

O próprio risco de que eventual alteração das partes ideais, sem base em negócio jurídico, possa amanhã ser discutida por eventual credor que se sinta prejudicado, em ação que discutiria ato unificatório de imóveis - que não se presta àquele efeito - e não qualquer alienação, não é sinal mais favorável.

Em termos diversos, devem as partes, por meio de atos negociais próprios a serem recepcionados pela Tábua Predial, providenciar para que a titularidade de cada um do imóveis a serem unificados seja homogênea, não só na qualidade dos sujeitos, mas na proporcionalidade de suas respectivas titularidades.

## **Prêmio “Oswaldo Aranha Bandeira de Mello”**

*PARECER SOBRE VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA ELEITORAL,  
LEGISLAÇÃO FEDERAL E MUNICIPAL CONFLITANTES, ANTINOMIA  
APARENTE, PROBLEMA INERENTE AO SISTEMA JURÍDICO E AO  
CARÁTER DINÂMICO DO DIREITO. APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA  
ESPECIALIDADE.*

---

***Maria Fernanda R. de Medeiros Tavares Martins***  
***Procuradora do Município***

Interessado: Secretaria das Administrações Regionais

Assunto: Propaganda Eleitoral. Conflito de normas.  
Legislação federal e municipal

Assessoria Jurídico-Consultiva

Sra. Procuradora Assessora Chefe

**1** - Trata o presente de consulta formulada pelo ilustre procurador Assessor Chefe de SAR/ATAJ, Dr. Leonidas Moreira Neto, que com proprie-

dade destaca a incompatibilidade existente entre a legislação municipal sobre a divulgação de propaganda político-partidária nos logradouros públicos no período eleitoral, e a legislação federal que estabelece normas para a realização das eleições municipais de 03 de outubro de 1996.

Enquanto a legislação municipal impõe penalidade para a prática da publicidade ou propaganda de qualquer natureza mediante a **distribuição de panfletos, folhetos, comunicados ou materiais impressos**, distribuídos manualmente, atirados de veículos, aeronaves ou edificações, ou oferecidos em mostruários em virtude da disciplina da limpeza pública da cidade, a legislação federal afirma não depender de licença municipal ou autorização da Justiça Eleitoral a **veiculação de propaganda eleitoral pela distribuição de folhetos, volantes e outros impressos**. Tal atividade deve ser editada sob a responsabilidade do partido, coligação ou candidato (Anexo II do Decreto 28.134/89, artigo 25 da Lei Municipal nº 10.315/87 e artigo 52 da Lei Federal nº 9.100/95).

A incompatibilidade ainda se verifica relativamente à legislação mencionada quando o município impõe penalidade àqueles que "risquem, borrem, escrevam e coloquem cartazes em árvores de logradouros públicos, gradis, parapeitos, viadutos, pontes, canais, túneis, postes de iluminação, placas indicativas de trânsito, hidrantes, caixas de correio, de telefone, de alarme de incêndio, de coleta de lixo, guias de calçamento, passeios e revestimentos de logradouros públicos, escadarias de edifícios públicos ou **particulares** e estátuas, monumentos, colunas, paredes, muros, tapumes, edifícios públicos ou **particulares** e outros equipamentos urbanos". Já a legislação federal determina que em bens particulares "é livre a veiculação de propaganda eleitoral por meio de fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas ou inscrição, ou murais de qualquer dimensão, desde que haja permissão do detentor de sua posse, independente de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral" (Anexo II do Decreto nº 28.134/89, artigo 34 da Lei 10.315/87 e artigo 51, § 2º da Lei nº 9.100/95).

Prossegue o nobre colega invocando a recente legislação municipal, Lei nº 12.115 de 28 de junho de 1996 que dispõe sobre a ordenação de anúncios na paisagem do município e fixa normas para a veiculação desses anúncios. O artigo 22 da lei dispensa o licenciamento para coloca-



ção de anúncio de finalidade político-partidária, sujeitando-a à observância da legislação pertinente, como se a competência para tanto fosse federal e não municipal, deixando totalmente de lado o aspecto que envolve a limpeza pública local.

É o breve relatório.

Passamos a analisar.

2 - A propaganda política é entendida como um "direito pré-eleitoral" (nos dizeres de Elcias Ferreira da Costa, em sua obra "Direito Eleitoral - Legislação - Doutrina e Jurisprudência" - Editora Forense - 2ª edição, 1994), na medida em que o exercício da soberania popular, pela participação na organização do poder, somente se faz possível quando há comunicação e manifestação do pensamento.

Esse direito está consagrado na Constituição brasileira, nos seguintes termos: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" (CF, art. 220).

Apesar da garantia constitucional da liberdade, afastando restrição eleitoral de qualquer espécie, comenta o autor que a lei eleitoral anterior à Constituição vigente tem criado **limitações ao exercício da propaganda política**, revelando coerência com o princípio da supremacia do bem comum sobre os interesses partidários individuais, evitando-se o tumulto no processo eleitoral.

Tais limitações, porque ligadas a um **direito** eleitoral, estão inseridas na matéria cuja competência é privativa da União, conforme artigo 22, inciso I da Constituição Federal.

Ocorre, entretanto, que a competência será comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, quanto à **conservação do patrimônio público, o impedimento da destruição e descaracterização de obras de arte e outros bens de valor histórico, artístico ou cultural, e ainda a proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas** (CF, artigo 23, inciso I, IV e VI).

A competência municipal definida pela Constituição Federal que envolve as questões de interesse local, e também o controle do uso e ocupação do solo urbano, abrange também as matérias ligadas a limpeza pública, diretamente relacionadas com a qualidade de vida e o meio ambiente adequado (CF, artigo 30).

O **aspecto eleitoral** portanto envolve matéria de competência privativa da União. Aspectos de interesse local, como os que envolvem a **limpeza pública**, são de competência municipal. Como conciliar então a questão da limpeza pública da cidade, reguiada por lei municipal, quando somada ao evento "eleição", que envolve os direitos regulados por lei federal?

A matéria, tratada pela atual Lei Federal nº 9.100/95, foi objeto de tratamento pela Lei Federal nº 7.664 de 29 de junho de 1988, que em seu artigo 32 dispunha:

"Art. 32 - Em bens particulares, fica livre a fixação de propaganda eleitoral com a permissão do detentor de sua posse; nos bens que dependam de concessão do Poder Público ou que a ele pertençam, bem como nos de uso comum, fica proibida a propaganda, inclusive por meio de faixas ou cartazes afixados em quadros ou painéis, **salvo em locais indicados pela Prefeitura**, com igualdade de condições para todos os partidos".

Veja-se que na oportunidade deu-se destaque na legislação **aos locais que poderiam ser indicados pela Prefeitura**, como exceção à regra proibitiva da propaganda por meio de faixas ou cartazes em bens de uso comum ou que dependessem de concessão do Poder Público.

A matéria portanto vem sendo tratada, quer pela legislação federal, quer pela legislação municipal, com referências por cada uma à participação da outra, no que diz respeito à sua competência própria. É o exemplo da Portaria nº 193/PREF./1966, que aprovou a relação de locais para a propaganda eleitoral mediante cartazes afixados em quadros e painéis, nos termos da lei e **instruções da Justiça Eleitoral**.

O Decreto Municipal nº 26.459/88, por sua vez, relativo a proibições em matéria de propaganda nos logradouros públicos no período eleitoral,

determinou a aplicação de multas por infração às Leis nºs 10.315/87 e 10.328/87, impostas solidariamente aos candidatos e aos partidos, quanto aos **ilícitos relativos à higiene e estética urbana, praticados em decorrência de propaganda eleitoral.**

Já o texto da Lei nº 10.315/87 determina a disciplina das atividades destinadas ao recolhimento e disposição dos resíduos sólidos produzidos no Município de São Paulo, e a manutenção do estado de limpeza das áreas urbanizadas. Para os efeitos da lei, **lixo é o conjunto heterogêneo constituído por materiais sólidos residuais, provenientes das atividades humanas. O artigo 25 da lei "proíbe, nas vias e logradouros públicos, publicidade ou propaganda, de qualquer natureza, mediante a distribuição de panfletos, folhetos, comunicados ou materiais impressos, distribuídos manualmente, atirados de veículos, aeronaves ou edificações".**

A matéria vem recebendo a atenção deste Município com enfoque também do patrimônio particular, uma vez que estes também se inserem no contexto da preservação dos aspectos estéticos e funcionais das vias e logradouros públicos da cidade.

Em 1950, pela Lei Municipal nº 3.903 de 16 de junho que proibia a afixação de cartazes ou impressos em logradouros públicos do município, ficou estabelecida a proibição de afixação de cartazes **também em edifícios particulares:**

**"Art. 1º - Fica proibida a afixação de cartazes ou impressos, sejam quais forem suas finalidades, formas ou composições, nos seguintes casos:**

.....  
f) Nas guias de calçamento, nas escadarias **dos edifícios e próprios públicos e particulares**, nos passeios e revestimentos das ruas;

g) Nas colunas, paredes, muros e tapumes **dos edifícios próprios públicos e particulares**, mesmo quando de propriedade das pessoas e entidades, direta ou indiretamente favorecidas pela publicidade;

Art. 4º - Será permitida a afixação de cartazes na **propriedade particular**, sempre que em espaço, quadro ou **lugar apropriado**, a juízo da Prefeitura e na dependência de prévia aprovação e licença municipal para o referido espaço, quadro ou lugar". (grifo nosso)

Ainda que a legislação da época não estivesse diretamente relacionada com cartazes oriundos de propaganda eleitoral, havia menção expressa a "**quaisquer que fossem suas finalidades**". E a proteção da estética urbana, por sua vez, já estava presente.

O artigo 243 do Código Eleitoral assim dispõe:

"Art. 243 - Não será tolerada propaganda:

.....  
VIII - que prejudique a higiene e a **estética urbana** ou contravenha a **posturas municipais** ou a outra qualquer restrição de direito..."

Com efeito, a Ordem Interna nº 11/SAR-GAB/94 determinou às Supervisões de Uso e Ocupação do Solo das Administrações Regionais que priorizassem as ações fiscalizatórias voltadas à verificação da plena obediência às disposições municipais relativas ao controle da propaganda eleitoral, em especial aquelas contidas no Decreto nº 28.134/89 combinadas com as constantes nas Leis nºs 10.315/87 e 10.328/87, **considerando** ser notório o desrespeito à população em geral, e práticas de atos lesivos ao **patrimônio público e particular**, mediante a **veiculação indiscriminada** da propaganda eleitoral. Nesse contexto, deve ser ressaltado o fato de que **só a autorização do detentor da posse do bem particular** para a fixação de cartazes de natureza de propaganda eleitoral, não torna presentes os aspectos necessários do "bom senso" e "utilização criteriosa", para impedir o prejuízo à coletividade através da poluição visual da área e estética urbana da cidade. Além disso, a colocação de faixas muitas vezes pode prejudicar a visibilidade no trânsito.

Vale transcrever o teor da Ordem Interna nº 93/88-PREF.G, dirigida à Secretaria das Administrações Regionais, ainda que não relativa a bens particulares para ressaltar os abusos e ofensas que são cometidos em virtude da propaganda eleitoral:

"1. A ELETROPAULO queixa-se de placas e faixas de propaganda política colocadas nos postes desta Capital. Tem razão;

2. Determino a Vossa Excelência, que faça arrancar todas elas, **dando ordens terminantes ao Administrador Regional**".

Pelo que foi exposto, e analisando a legislação supra mencionada, concluímos que a legislação municipal que proíbe a propaganda eleitoral por meio de cartazes, faixas, quadros, murais ou painéis e a que proíbe a veiculação da propaganda por **distribuição de folhetos e outros impressos**, devem ser entendidas no contexto do interesse local da cidade de São Paulo, cujos andamento, administração e problemática não podem ser sequer comparados aos de qualquer cidade vizinha.

Passaremos agora a analisar a questão relativamente ao conflito das normas instalado no sistema jurídico.

3 - A questão relativa ao conflito de normas, como problema inerente ao sistema jurídico e ao caráter dinâmico do direito, foi apropriadamente abordada pela ilustre professora Maria Helena Diniz que em sua obra "Conflito de Normas", Editora Saraiva, 1987, assim destaca (pág. 13):

"O direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida. A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de maneira que os legisladores, quase que diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e tribunais, constantemente, estabelecem novos precedentes e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida".

Com efeito, vislumbramos o dinamismo mencionado pela autora em todos os campos do direito, inclusive no que toca o regime jurídico da propriedade privada. Veja-se que a legislação federal, ora em exame, refere-se a **propriedade privada** dizendo ser livre em bens particulares a **veiculação de propaganda eleitoral**, independente de licença municipal, havendo necessidade tão somente, da permissão do detentor da sua posse.

O autor José Afonso da Silva em sua obra "Curso de Direito Constitucional Positivo", Editora Malheiros, 9ª edição, pág. 246, critica a visão de juristas brasileiros que concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao Direito Civil, considerando direito real fundamental. Menciona ser esta uma perspectiva dominada pela atmosfera civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeita, hoje, à estreita disciplina de Direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais.

Ora, quando a lei federal confere liberdade para veiculação de propaganda eleitoral em bens particulares, não está disciplinando matéria de direito civil. Tal disciplina pode ser considerada inserida dentro do campo do direito eleitoral? Ou interfere em regramento de competência municipal, que envolve disposições sobre o uso e ocupação do solo urbano, ainda que em época de eleições?

A mesma questão pode ser colocada no que se refere a distribuição dos panfletos. Tal disposição é matéria especial, que deve estar contida no direito eleitoral, ou diz respeito a aspectos da organização administrativa local cuja competência para dispor é municipal?

A **antinomia** representa, segundo Maria Helena Diniz, "o conflito entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular".

As antinomias consideram-se aparentes, se os critérios utilizados para solucioná-las forem normas integrantes do ordenamento jurídico. Quanto ao conteúdo as antinomias podem ser **próprias**, como é o caso da conduta que "aparece ao mesmo tempo prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, prescrita e proibida". O exemplo citado pela autora é o seguinte:

"Por ex.: se norma de Código Militar prescreve a obediência incondicionada a ordens de um superior e disposição do Código Penal proíbe a prática de certos atos (matar, privar alguém da liberdade), quando um capitão ordena o fuzilamento de um prisioneiro de guerra, o soldado vê-se às voltas com duas normas conflitantes, a que obriga a cumprir ordens do seu superior, e a que proíbe de

matar um ser humano. O mesmo se diga de uma norma que determina a proibição do aborto e de outra que o permite. Somente uma delas pode ser tida como aplicável, e essa será determinada por critérios normativos. No dizer de Capella, uma será negação da outra, se ambas tiverem caráter deôntico oposto e seus conteúdos forem negação interna um do outro, tendo ambas as mesmas condições de aplicação”.

Quanto à extensão da contradição a antinomia será total-parcial se:

“uma das normas não puder ser aplicada em nenhuma circunstância, sem conflitar com a outra, enquanto esta tem um campo de aplicação que conflita com a anterior apenas em parte. Haverá essa inconsistência total-parcial, por ex., se uma norma dispõe que os estrangeiros não podem pescar em águas territoriais brasileiras, e outra estabelece que estrangeiro, domiciliado no País há mais de dois anos pode fazê-lo”.

Analisemos o texto legal abordado no presente ofício, relativamente às duas questões apresentadas:

a) Questão do exercício da fiscalização, diante do que dispõe a lei de limpeza pública municipal, relativamente a propaganda eleitoral, no que se refere a distribuição de panfletos, folhetos, comunicados ou materiais impressos:

O artigo 2º do Decreto nº 28.134/89 veda a “propaganda eleitoral praticada por meio de cartazes, faixas, quadros, murais ou painéis nos bens que dependam de concessão ou permissão do Poder Público municipal ou a ele pertençam, salvo nos locais elencados no Anexo I do decreto. O § 1º faz referência às Leis Municipais nºs 10.315/87 e 10.328/87, sendo que a infração à regra contida no artigo 2º importará nas multas preconizadas nas referidas leis.

E o artigo 25 da Lei nº 10.315/87 dispõe:

“É proibida, nas vias e logradouros públicos, publicidade ou propaganda, de qualquer natureza, mediante a distribuição de panfletos, folhetos, comunicados ou materiais impressos, distribuídos manual-

mente, atirados de veículos, aeronaves ou edificações, ou oferecidos em mostruários ou qualquer outra forma.

.....

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica a materiais previstos em regulamentações específicas”.

O artigo 52 da Lei Federal nº 9.100/95, por sua vez, assim estabelece:

“Independente da obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral a veiculação de propaganda eleitoral pela distribuição de folhetos, volantes e outros impressos, devendo ser editados sob a responsabilidade do partido, coligação ou candidato”.

A Instrução nº 11 do Tribunal Superior Eleitoral pelo artigo 7º, § 3º estabelece:

“Art. 7º - A realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, em recinto aberto ou fechado, não depende de licença da polícia (Lei nº 9.100/95, art. 53, “caput”, Código eleitoral, art. 245, “caput”).

.....

§ 3º - O direito à propaganda exercido nos termos da legislação eleitoral não pode ser cerceado sob alegação do exercício do poder de polícia (Lei nº 9.100/95, art. 53, § 3º).

Entendemos que a legislação municipal, ao estabelecer no § 2º, do artigo 25 da Lei nº 10.315/87, que a disposição não se aplica aos **materiais previstos em regulamentações específicas**, deu destaque ao caráter **especial** de leis relativas a materiais diversos, onde podem estar incluídos os de natureza eleitoral.

Vejamos o texto legal relativamente à segunda questão, para posterior solução do conflito das normas:



**b) Questão do exercício da fiscalização, diante do que dispõe a lei de limpeza pública municipal, no que se refere à inclusão de bens particulares na proibição da colocação de cartazes, riscos etc..**

O artigo 2º do Decreto nº 28.134/89 veda a "propaganda eleitoral praticada por meio de cartazes, faixas, quadros, murais ou painéis nos bens que dependam de concessão ou permissão do Poder Público Municipal ou a ele pertençam", salvo nos locais elencados no Anexo I do decreto. O § 1º faz referência às Leis Municipais nºs 10.315/87 e 10.328/87, sendo que a infração à regra contida no artigo 2º, importará nas multas preconizadas nas referidas leis.

O artigo 34, incisos IV e V, da Lei nº 10.315/87 dispõe:

"É proibido riscar, borrar, escrever e colocar cartazes nos seguintes locais:

.....  
IV - Guias de calçamento, passeios e revestimentos de logradouros públicos, e, bem assim, escadarias de edifícios públicos ou particulares;

V - Estátuas, monumentos, colunas, paredes, muros, tapumes, edifícios públicos ou particulares;"

O artigo 51, § 1º e § 2º da Lei Federal nº 9.100/95, por sua vez, assim estabelece:

"Nos bens cujo uso dependa de cessão, permissão ou concessão do Poder Público, ou que a ele pertençam, bem como nos de uso comum, é vedada a pichação e inscrição a tinta e a veiculação de propaganda.

§ 1º - A violação do disposto no "caput" sujeita os responsáveis às penas do artigo 334 da Lei nº 4737 de 15 de julho de 1965, e a multa de 1.000 a 10.000 UFIRs.

§ 2º - Em bens particulares é livre, independentemente da obtenção de licença municipal e de autorização da Justiça Eleitoral, a veiculação de propaganda eleitoral por meio de fixação de faixas, placas,

cartazes, pinturas ou inscrições, ou murais de qualquer dimensão, desde que haja permissão do detentor de sua posse”.

Já a legislação municipal que dispõe sobre a ordenação de anúncios na paisagem no Município (artigo 6º da Lei nº 12.115/96) proíbe a colocação ou exibição de anúncio, seja qual for sua finalidade, forma e composição, nos seguintes casos: (inciso II) “quando colado ou pintado nas colunas, paredes, muros e demais partes externas da edificação, **salvo nas hipóteses previstas nesta lei** e quando pintado em chaminé de indústria nos termos da Lei nº 10.897 de 05 de dezembro de 1990”. O inciso VII do mesmo artigo faz referência a propaganda política, mediante a afixação de cartaz, dístico ou flâmula **em veículos de transporte coletivo**. O artigo 22 da lei estabelece: “A colocação de anúncio de finalidade político-partidária fica sujeita à observância da **legislação pertinente**, dispensando-se o seu licenciamento”.

Parece-nos que a legislação sobre a ordenação dos anúncios na paisagem do município também destacou a legislação eleitoral como sendo especial, para estar em harmonia com o que dispõe a Lei Federal nº 9.100/95 que confere liberdade aos particulares para veiculação de propaganda eleitoral por meio de faixas e cartazes afixados em seus bens, desde que haja permissão do detentor da posse.

Veja-se, por outro lado, que a legislação municipal que limita a emissão de ruídos na cidade de São Paulo, visando a melhoria da qualidade de vida e do meio ambiente, também excepcionou os sons produzidos pela legislação pertinente às eleições:

“Lei nº 11.804/95

Art. 4º - Constituem exceções ao objeto desta Lei, os ruídos produzidos pelas seguintes fontes:

I - aparelhos sonoros usados durante a propaganda eleitoral, nos termos estabelecidos pela legislação pertinente às eleições;”

Assim como a legislação sobre anúncios e a legislação sobre emissão de ruídos na cidade, a legislação que disciplina a limpeza urbana, que proíbe a colocação de cartazes nas escadarias de **edifícios**

**particulares** e nos próprios **edifícios particulares**, deve ser entendida em consonância com os ditames da lei especial sobre eleições, que confere liberdade ao possuidor do bem particular em autorizar ou não a veiculação da propaganda, **independentemente de licença municipal ou autorização da Justiça Eleitoral.**

Para a solução das antinomias, tanto para a questão descrita no item "a" como para a questão descrita no item "b", a ordem jurídica prevê uma série de critérios de solução, dentre os quais está o critério da especialidade.

Consideramos, tanto no item "a" como no item "b", estarmos tratando de antinomias aparentes e totais-parciais na classificação dada por Maria Helena Diniz.

O critério da especialidade que confere solução para se saber qual das duas normas antinômicas deve ser aplicada, visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. "Entre a **lex specialis** e a **lex generalis** há um **quid specie** ou uma **genus au speci**. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o **bis in idem**, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral. O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica". "É preciso não olvidar que, havendo antinomia, ou mesmo lacuna de conflito, em casos excepcionais, o valor **justum** deverá lograr entre duas normas incompatíveis, devendo-se seguir a mais justa ou a mais favorável, procurando **salvaguardar a ordem pública ou social.**"

Aproveitando os ensinamentos da autora em sua notável obra "Conflito de Normas", consideramos que a norma federal que disciplina a distribuição de panfletos, folhetos e impressos pode ser considerada **especial** porque o elemento especializante se refere aos direitos eleitorais.

Também a norma federal relativa a afixação de anúncios e cartazes em edifícios particulares poderá ser considerada especial porque se refere a assuntos ligados ao direito eleitoral.

Ainda que se considere o Código Eleitoral um conjunto de normas de competência privativa da União, cujo conteúdo é especial no ordenamento jurídico, não é dele que estamos tratando, e sim de legislação extravagante, estabelecadora de normas para a realização de eleições municipais de 03 de outubro de 1996.

Nesse contexto, a solução do conflito será possível, no nosso entender, em virtude de dois aspectos:

- O primeiro, porque a própria norma municipal reconhece em várias oportunidades o **caráter especial** da norma federal, conduzindo o destinatário da norma à obediência da "legislação pertinente". (Ex.: artigo 25, § 2º da Lei Municipal nº 10.315/87 e artigo 22 da Lei Municipal nº 12.115/96)

- O segundo, se considerarmos as normas pelo critério de valores que elegem a **mais favorável** para aplicação, procurando-se salvar a **ordem pública ou social**.

Com efeito, a continuidade da atividade fiscalizatória do Município de São Paulo com aplicação de multas e impedindo a distribuição de panfletos e outros impressos, ou a afixação de cartazes de cunho eleitoral, em imóveis particulares, desatende a harmonia do sistema jurídico vigente, contrariando a preferência que deve ser dada à legislação especial.

Por estas razões, concluímos no sentido da estrita observância das normas federais relativas aos direitos eleitorais.

Ressaltamos, porém, que o nosso entendimento não é o do descumprimento do decreto municipal, mas sim a conciliação das normas, para que haja coerência no sistema jurídico.

Sendo assim, o artigo 2º do Decreto Municipal nº 28.134 de 05 de outubro de 1989, que disciplina a divulgação de propaganda político-partidária nos logradouros públicos no período eleitoral, deve ser entendido e

interpretado como vedação apenas de propaganda eleitoral praticada por meio de cartazes, faixas, etc, **nos bens que dependam de concessão ou permissão do Poder Público Municipal ou que a ele pertençam**, bem como a vedação de publicidade ou propaganda, mediante distribuição de panfletos, folhetos e outros impressos, deve ser entendida e aplicada, excepcionando-se **a publicidade e propaganda eleitoral**, por se referirem a um período excepcional e especial, em que a ordem pública e social devem ser preservadas.

Submetemos nossas conclusões ao elevado crivo dessa D. Chefia.

São Paulo, 17 de julho de 1996

MARIA FERNANDA R. DE MEDEIROS T. MARTINS  
Procuradora Assessora - AJC  
OAB 84.803  
PGM

# **Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Fiscal**

*IMPUGNAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO A EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PARA COBRANÇA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ARTIGO 8º E ARTIGO 40 DA LEI 6.830/80. PRESCRIÇÃO. MÁ-FÉ PROCESSUAL. COISA JULGADA.*

---

**Antonio Carlos D'Ávila**  
**Procurador do Município**

Exmo Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara das Execuções Fiscais  
Municipais - Setor de Processamento - ÍMPAR

Processo nº 243.487-3-05/82

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por seu procurador, nos autos dos embargos à execução fiscal opostos por DIFUSÃO S/C LTDA (prossequindo solidariamente contra Sérgio Roberto Vieira da Motta) vem, no prazo legal, apresentar sua IMPUGNAÇÃO aos embargos, pelos fundamentos de fato e de direito que, a seguir, aduz:

## PRELIMINARMENTE

Estão presentes, autuados em apartado 2 (duas) peças de embargos à execução fiscal, a primeira protocolada aos 13/12/94 e a segunda aos 19/12/95.

Tendo sido efetivada a intimação da penhora aos 29/11/95, os embargos apresentados no exercício anterior deveriam ter sido rejeitados pela não garantia do Juízo. Ao revés, foram recebidos.

Seja como for, a argumentação de uma e a de outra se equivalem, pelo que passamos à impugnação.

Em síntese, são estas as alegações do embargante:

- a) prescrição, invocando inconstitucionalidade dos artigos 8º, § 2º e 40 da Lei nº 6.830/80;
- b) prescrição intercorrente;
- c) ilegitimidade passiva do embargante.

O comportamento do embargante nestes autos merecerá de Vossa Excelência o necessário repúdio.

Conforme se comprova com os docs. I e II ora juntados, já nos idos de 1983, exatamente no dia 21 de junho, o mesmo Sr. Sérgio Vieira Motta declarou ao Sr. Oficial de Justiça encarregado de cumprir o mandado de citação e penhora "desconhecer o atual endereço da executada". Qual o endereço em que se encontrava o informante? RUA DR. BACELAR, nº 91, surpreendentemente o mesmo em que o embargante afirma estar sediada a empresa, por toda a sua existência.

Dessa inverdade, dessa desfaçatez, dessa leviandade decorreu toda a "via crucis" do credor, espelhada nos autos da execução fiscal e que culminou na penhora ora embargada, a final.

Nos autos da execução a embargada verberou a atitude incorreta do Diretor-Presidente da empresa, a quem deverá ser imputada a penalidade decorrente da litigância de má-fé, nos termos da legislação processual.

Agora, como pretende ele beneficiar-se de sua própria torpeza, acenando com uma prescrição "tout court", ou mesmo com a prescrição intercorrente?

Não existissem, como existem, "in casu" má-fé e afronta à verdade, também não mereceriam acolhimento judicial as tortuosas alegações de inconstitucionalidade dos artigos 8º, § 2º e 40 da Lei 6.830/80, bem como sobre a ilegitimidade passiva do embargante.

Antes de adentrarmos no âmago dessas questões, permita-nos V. Exa. esclarecer ao douto Juízo, documentando, que a empresa DIFUSÃO S/C LTDA. pediu baixa no Cadastro de Contribuintes Mobiliários por motivo de encerramento das atividades da empresa aos 03/03/88 (doc. III). Quem assina o requerimento de baixa? O Sr. Dr. SÉRGIO ROBERTO VIEIRA DA MOTTA!

Do verso do doc. III verifica-se, mais uma vez, a certificação da existência do débito decorrente da lavratura do AI 10029532, dentre outras dívidas.

Da copiosa jurisprudência a respeito da inocorrência de prescrição quando a ela não deu causa o credor por sua inércia, pinçamos em seu inteiro teor acórdãos recentes do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, referentes aos recursos especiais nºs 29.116-5 e 35.690-3 (docs. IV e V), o primeiro tratando de dificuldade para a citação pela Fazenda, e o segundo determinando que não se opera a prescrição intercorrente quando a credora não deu causa à paralisação do feito.

Já a inconstitucionalidade argüida foi devidamente afastada no aresto relativo ao recurso especial nº 43.671-0, em que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira Turma, por unanimidade, não haver conflito entre o artigo 174 do C.T.N. e o artigo 40 da Lei 6.830/80, pois enquanto este trata de suspensão, aquele outro dispõe sobre as causas de interrupção da prescrição (doc. VI).

Na verdade, o artigo 146, III, da Constituição Federal atribui à lei complementar, apenas, o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária.



O espírito desse dispositivo constitucional, fundado no princípio da segurança jurídica, ou de certeza do direito, é de que sejam traçadas **normas gerais** em matéria **tributária**, através de lei complementar.

Com efeito, à legislação tributária cabe, por exemplo, estabelecer no que tange à prescrição o "dies a quo", eis que diretamente relacionado ao lançamento do tributo, ou até estipular o prazo prescricional como garantia do contribuinte.

Não se pode considerar, todavia, como norma de direito tributário, as causas interruptivas da prescrição.

Como define CLOVIS BEVILACQUA, "prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo" (Código Civil Comentado, 5<sup>a</sup> ed., n. I, p. 427).

*Prescrição e decadência se diversificam quanto ao objeto, porque a prescrição tem como objeto a ação, enquanto a decadência tem por objeto o direito.*

A prescrição não extingue diretamente o direito, mas a ação que o protege, ficando o direito extinto, por consequência, se não se dispuser de outro meio para fazê-lo valer.

Embora a prescrição seja instituto de direito substantivo, suas causas interruptivas ou suspensivas dizem mais respeito ao direito processual, ao direito adjetivo, uma vez que não podem acarretar a perda ou não, do direito de ação.

No magistério de Humberto Theodoro Júnior.

"Se é certo que a prescrição, em si mesma, é mais uma figura de direito material do que processual, a forma de interrompê-la, na pendência do processo, é questão que se comporta perfeitamente entre as regras ou normas de direito processual civil, cujo tratamento legislativo incumbe ao legislador ordinário. Não se trata, portanto, de assunto privativo de lei complementar sobre normas

gerais de direito tributário”(em “A nova Lei da Execução Fiscal”, Livraria e Ed. Universitária de Direito Ltda., SP, 1982, p. 32).

O Eminentíssimo Ministro Carlos Mário Velloso no julgamento da A.C. 57.379 - SP, 4ª Turma do TFR, DJU de 18/09/80, pg 7153, em comentário à regra do art. 174 do CTN, assevera:

“As normas do CTN, que cuidam da prescrição, são normas processuais e não normas gerais de direito tributário (CF, art. 18, § 1º) pelo que não constituem, no particular, lei complementar, mas simplesmente lei ordinária, válidas como normas processuais, já que compete à União legislar sobre direito processual (CF, art 8º, XVII, “b”). Assim, tais normas são de hierarquia igual às normas processuais que cuidam de prescrição inscritas no Código de Processo Civil, art. 219.

Devem ser interpretadas, de conseguinte, em conjunto e em consonância com estas”.

No mesmo sentido, o Eminentíssimo Ministro José F. Dantas, na A.C. 76.874-MG, JTFR-LEX 11/225, embora com voto vencido em relação ao aspecto central do debate ali travado:

“Ademais, convenha-se em que, ao estabelecer regra de prescrição, o Código Tributário corre no leito das leis ordinárias desinvestido, assim, da hierarquia constitucional complementar, que somente detém para as “normas gerais de direito tributário” (C.F., art. 18, § 1º), matéria evidentemente estranha à prescrição, ainda mais se pretendida estender ao especialíssimo campo da Previdência Social e seus encargos.....

Repita-se que, a esta altura, não se nega força à lei ordinária, para versar matéria de prescrição, ainda que posta de lado das normas gerais relativas às obrigações tributárias, para cujo campo se entenda de conduzir as contribuições previdenciárias na sua atipicidade.

Logo, não há negar-se hierarquia à examinada Lei nº 6.830 para dispor sobre a prescrição previdenciária, nem há duvidar-se da

oportunidade dessa matéria, no contexto destinado à regência da cobrança judicial da Dívida Ativa, medida naturalmente compatível com o regime da ação de execução ali estabelecida.”

De igual maneira, novamente o Eminentíssimo Ministro Carlos Mário Velloso, nos Embargos Infringentes na AC 89.072-SP, JTFR-LEX 38/279:

“Para nós, todavia, que analisamos o Código Tributário Nacional, no sentido de que somente as regras postas no CTN configuram normas gerais de direito tributário, que constituem lei complementar (CF artigo 18, § 1º), as demais, que não se incluem nessa categoria, não passam de lei ordinária ...”

A Lei nº 6.830/80, artigo 8º, § 2º aduziu ainda nova razão interruptiva da prescrição da dívida ativa, ao dispor:

“O despacho do Juiz, que ordena a citação, interrompe a prescrição”.

Antonio Nicacio, em “A nova Lei de Execução Fiscal”, ed. LTR, SP, 1981, pág. 22, transcreve a Exposição de Motivos dessa Lei, da qual destacamos o item 49, relativo à norma ora em exame:

“49 - A redação do § 2º do art. 8º procura proteger a execução fiscal contra outra manobra de que também se utilizam os devedores, consistente em impedir a execução na fase citatória, para livrar-se do débito por via de prescrição. Com a adoção dessa norma, ainda quando se torne necessária a citação por edital, a prescrição do direito de cobrar estará interrompida (§ 1º do art. 219 do Código de Processo Civil).

Cabe lembrar que, perante o judiciário trabalhista, basta a distribuição de reclamatório para acarretar a interrupção do prazo prescricional.”

Eis aí a interpretação autêntica. O legislador quis, à semelhança da norma processual trabalhista, criar norma de aplicação excepcional interruptiva da prescrição, não subordinada a elementos futuros. tais os

consignados nos §§ 2º a 4º do artigo 219 do CPC. Se outro fosse o intento, de resto desnecessária seria a regra nova. Mas o intento surge nitidamente da Exposição de Motivos e ficou objetivado na lei.

Relembra-se que, analogamente, embora em sentido oposto, norma excepcional foi criada pela lei falimentar reputando de mera suspensão e não de interrupção da prescrição, as hipóteses sujeitas àquele diploma legal (naquele caso, beneficiando o devedor e não o credor).

Criou-se também aqui norma excepcional, incidente apenas em relação às execuções fiscais. Basta o despacho que ordena a citação para interromper a prescrição, que voltará a fluir do último ato do processo (CC. 173).

A Lei 6.830/80 foi editada com o intuito de agilizar a execução fiscal, criando procedimento especial diverso da execução forçada por quantia certa, regulada pelo Código de Processo Civil, colimando o ingresso de recursos devidos ao Estado, em seus cofres, mais rapidamente, e permitindo com isso a adequada aplicação em benefício da coletividade.

Considerou-se que o Estado, como provedor do bem comum, necessitava de meio mais célere para cobrar o que lhe é devido e, injustificadamente, não lhe é pago, obedecidos os princípios constitucionais e processuais que devem nortear o curso de qualquer processo em Juízo.

Pode-se até considerar exagerados e criticáveis os privilégios introduzidos em alguns de seus dispositivos, em favor da Fazenda Pública e de suas autarquias, princípio da isonomia processual, e em que pese o indiscutível interesse público defendido.

Não se pode, todavia, concluir que a lei complementar, no caso, o Código Tributário Nacional, deve prevalecer à Lei 6.830/80.

Não há que se falar, sequer, em hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, como se em uma pirâmide estivessem. A Constituição Federal coloca-as em igualdade no ordenamento jurídico, ressaltando-se apenas o quorum para aprovação, por maioria absoluta na lei complementar, e seu campo específico o de estabelecer, em matéria tributária,

normas de caráter geral, dispor sobre conflitos de competência tributária e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Esclarece o Prof. José Afonso da Silva, ao examinar a natureza jurídica das leis complementares:

“Terão elas a natureza jurídica que seu conteúdo indicar, podendo pois, haver leis complementares que, em razão da matéria de que tratam sejam de direito constitucional embora formalmente, não o sejam. As leis complementares referentes à matéria tributária, integram o Código Tributário Nacional. ....

Complementam a Constituição, mas nem sempre pertencem ao direito constitucional, porque sua função complementar; embora de caráter fundamental, refere-se ao conteúdo das normas integradas, e da natureza desse conteúdo, retiram sua própria natureza.”

(in “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, Ed. Rev. Tribs., 1968, SP, pág 234)

Considerando-se que as leis complementares têm por objeto regular os preceitos constitucionais, cuja aplicação delas expressamente depende, forçoso é se concluir que lei ordinária terá ilegitimidade constitucional apenas e enquanto contrariar dispositivo de lei complementar que regule preceito constitucional.

Com efeito, nesse caso, a lei ordinária que ofender a lei complementar estará violando a própria Constituição, visto que disciplinará interesse que esta determina sejam regulados por lei intermediária.

E, aí sim, poder-se-á argüir a hierarquia das leis e o princípio da compatibilidade vertical.

Por outro lado, mesmo concluindo, em razão do disposto no art. 146, III da Constituição vigente, que compete à lei complementar exclusivamente, estabelecer as causas interruptivas da prescrição em matéria tributária, há de se convir que, sob a égide da Constituição anterior, nenhum dispositivo constitucional delimitava essa competência, sendo mansa e

pacífica a jurisprudência de nossos Tribunais, no sentido de que a prescrição da ação de execução fiscal se considera interrompida na data do despacho que ordenar a citação, nos termos do art. 8º da Lei 6830/80.

Nenhum dispositivo constitucional impedia que lei ordinária, federal de caráter nacional, viesse a estabelecer nova causa interruptiva da prescrição como a prevista no art. 8º do diploma legal citado. A matéria da prescrição não era privativa de lei complementar.

Assim, quer sob o prisma da hierarquia das leis, quer sob o enfoque do que pertine à lei complementar, a Lei 6.830/80 poderia dispor sobre interrupção da prescrição.

E decidir em sentido contrário, mesmo admitida a maior abrangência dada à lei complementar, em matéria tributária, na Constituição atual, é ferir o princípio da irretroatividade da lei que no direito processual civil adquire fundamental importância, de vez que o processo decorrente do exercício do direito de ação deve ser pautado por sistema equilibrado de normas.

Quando do despacho que ordenou a citação sob a Constituição anterior, à lei processual era permitido (e a nosso ver, ainda o é) tratar da matéria de prescrição como o fez.

Decidir em sentido contrário, ignorando-se o ato jurídico processual perfeito, de interrupção da prescrição, consubstanciada no despacho ordenatório da citação, seria ferir o princípio da irretroatividade e seria contrariar o disposto no art. 5º, § XXXVI da Constituição atual.

Acrescente-se por derradeiro que, interrompida a prescrição, pelo despacho ordenatório da citação, em nenhum momento a Municipalidade se quedou inerte. Antes, pelo contrário, tentou de todas as formas localizar o representante legal da empresa, que usou de todos os artifícios para fugir à citação.

Já quanto à acenada ilegitimidade passiva do embargante, salta aos olhos a sua improcedência.

Massiva jurisprudência de nossos Tribunais, de que é exemplo o v. acórdão prolatado no recurso especial nº 19.388-PR (doc. VII), demonstra a possibilidade da execução fiscal ser movida contra o devedor ou contra o responsável tributário, não sendo necessário que o nome deste conste da Certidão de Dívida Ativa.

A respeito do tema, JOSÉ DA SILVA PACHECO ("Comentários à nova lei de execução fiscal", Saraiva, 1ª ed., pág. 73 e segs.) traça longo comentário, em que coteja julgados diversos de nossos Tribunais, em que predomina a tese da penhorabilidade de bem de sócio-gerente de sociedade irregular, dentre eles o da 4ª Câmara Civ., 1º TARJ, BJA 78:60563; 3ª T, TFR, BJA 78:54842, 2ª Câm. Civ. TAMG, RT 519:79-241.

"A contrario sensu" cai como luva ao caso vertente o acórdão da 2ª Turma do STF (RT 520:79-304), em que se decidiu não ser parte legítima para oposição de embargos de terceiro sócio que exerceu a gerência de sociedade e teve seu bem pessoal penhorado em virtude de não recolhimento de tributo.

Por outro lado, o embargante diz não fazer parte de sociedade de pessoas, o que o coloca como partícipe, por exclusão, de sociedade de capital. Em assim sendo, deveria a sociedade estar inscrita na Junta Comercial. É o que preleciona AMADOR PAES DE ALMEIDA, em seu livro "Manual das Sociedades Comerciais", Saraiva, 1979, pág. 48, ao fazer a distinção entre sociedades de pessoas e de capital:

"Do estudo da constituição das sociedades comerciais verificamos a necessidade imprescindível do contrato social, isto é, convenção entre partes em nome de um interesse comum. Constatamos, outrossim, que este contrato, quer por instrumento público, quer por instrumento particular, deve necessariamente ser levado a registro nas Juntas Comerciais. A sociedade está, pois, regularmente constituída, adquirindo personalidade jurídica com a inscrição de seu contrato ou estatuto no Registro Comercial - as Juntas Comerciais." (grifamos)

Várias as conclusões que, agora, podemos deduzir:

1 - no afã de se esquivar da cobrança, o embargante diz que sua empresa não é sociedade de pessoas;

2 - não sendo sociedade de pessoas é, então, sociedade de capital. Se assim é, de rigor o seu registro na Junta Comercial;

3 - não provou o embargante o registro da empresa na Junta Comercial. Logo, é sociedade irregular, sem personalidade jurídica. Observe-se que nem mesmo a integralização das quotas foi comprovada.

Destarte, não há como o embargante desfazer a penhora sobre o bem que ele mesmo ofereceu à constrição judicial.

### "DE MERITIS"

Melhor sorte não acode o embargante quanto ao mérito.

Na verdade o embargante, estranhamente, omitiu em seus embargos a existência da ação ordinária de anulação do débito fiscal derivado do AI nº 10029532, de nº 190/82, julgada **improcedente** em data de 02/08/83, na Primeira Instância, sentença esta confirmada, por unanimidade, na apelação nº 320.185, pela Quinta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, tendo sido relator o eminente Juiz SCARANCE FERNANDES, tendo ocorrido a intimação do v. acórdão aos 06/06/84 (doc. VIII).

A "quaestio in iudicio deducta" desta ação incidental de embargos, em decorrência, foi agasalhada pelos efeitos do artigo 468 do Código de Processo Civil, pelo que não pode a controvérsia ser renovada.

"Ex positis" aguarda a Municipalidade de São Paulo a declaração de total improcedência dos embargos, com a condenação do embargante ao pagamento do principal atualizado, mais honorários advocatícios de 20% (vinte por cento), em substituição àqueles originalmente arbitrados na execução fiscal, e demais despesas judiciais.

São Paulo, 6 de agosto de 1996

ANTONIO CARLOS D'AVILA  
PROCURADOR - FISC. 33  
OAB-SP Nº 26.697



## **Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Judicial**

MANIFESTAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE INTEGRAÇÃO À LIDE NO PÓLO PASSIVO NA QUALIDADE DE ASSISTENTE LITISCONSORCIAL. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA IMPLANTAÇÃO DO PLANO DE ATENDIMENTO À SAÚDE (P.A.S.). LEGALIDADE DA CONTRATAÇÃO DA FUNDAÇÃO RÉ. ADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE VERBA DO FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE.

---

**Maria Regina Ferro Queiroz**  
**Procuradora do Município**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO  
DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL.

Processo nº 1.208/95

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua procuradora que esta subscreve, nos autos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA que o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO promove contra GETÚLIO KIYOTOMO HANASHIRO, MÁRIO POERNER DIAS FERNANDES, THYRSO MARTINS e a FUNDAÇÃO ESCOLA DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA DE

SÃO PAULO - FESPSP, vem, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 54 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro, manifestar seu interesse em integrar a lide no pólo passivo, fazendo-o na qualidade de assistente litisconsorcial, aduzindo os motivos de fato e relevantes razões de direito que passa a expor:

## I - DO INTERESSE DA MUNICIPALIDADE EM INTEGRAR O PÓLO PASSIVO

1. O Ministério Público do Estado de São Paulo, através de sua Promotoria de Justiça e Cidadania da Capital, ajuizou a presente ação civil pública, objetivando tornar nulo ato do Conselho de Orientação do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES que destinou recursos daquele Fundo ao Plano de Atendimento à Saúde-P.A.S., tornar nulo o contrato firmado entre a Municipalidade de São Paulo, através de sua Secretaria Municipal de Saúde, e a Fundação ré, bem como condenar os réus solidariamente ao ressarcimento dos cofres públicos dos recursos destinados à contratação mencionada, com aplicação a todos os réus das sanções previstas na Constituição Federal e na Lei Federal no. 8.429/92.

2. Não obstante o pedido da Promotoria de que a Municipalidade integre a lide como litisconsorte do autor, não pode a Municipalidade fazê-lo. Primeiramente, por entender que a via eleita para as anulações pretendidas é imprópria. Em segundo lugar, por entender que a utilização da verba do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES se deu dentro dos parâmetros da lei. Em terceiro lugar, por entender que a contratação da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo-FESPSP ocorreu na mais estrita legalidade, tendo sido observadas todas as formalidades extrínsecas e requisitos intrínsecos para a lavratura do contrato, como adiante veremos.

3. De outro lado, o pedido formulado pelo combativo Ministério Público não alude a qualquer pretensão em relação à ora interveniente, portanto, não caberia à edilidade integrar a lide como verdadeira litisconsorte dos réus, só lhe cabendo intervir como assistente litisconsorcial, não obstante facultar-lhe o artigo 5º, parágrafo 2º da Lei nº 7.347/85 habi-

litar-se como litisconsorte de qualquer das partes e o artigo 17, parágrafo 3º da Lei nº 8.429/92 habilitar-se como litisconsorte do autor.

## II - DA ILEGITIMIDADE DE PARTE E DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

4. Pretende o Ministério Público invalidar ato (destinação da verba do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES) e contrato administrativo (contrato de prestação de serviços firmado com a FESPSP) que alega terem sido ilegais e lesivos ao patrimônio público municipal, buscando a responsabilização dos administradores e funcionários que autorizaram ou praticaram os atos impugnados. Tal situação é típica de cabimento de ação popular, e não de ação civil pública. E, para a propositura da ação popular, não estaria o Ministério Público legitimado a agir, se, de fato, tivesse ocorrido lesão ao patrimônio público. Somente o cidadão, enquanto pessoa física, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, é que seria parte legítima para propor a ação popular.

Em que pese os nobres interesses que certamente movem os ilustres integrantes da instituição autora, a utilização da ação civil pública para os fins colimados na presente ação, constitui uma patologia que não deve ser admitida. Está sendo intentada uma ação civil pública como substituta de uma ação popular. A impropriedade da ação civil pública para o reconhecimento da ilegalidade do emprego de dinheiro público e sua restituição tem sido reconhecida pela doutrina e pelos tribunais. Consta expressamente da obra de Hely Lopes Meirelles ("Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data", atualizada por Arnaldo Wald, 15ª edição, 1.994, Malheiros Editores, página 147 e seguintes), que:

"Descabe, assim, a ação civil pública, entre outros casos, para:

- a).....
- b).....
- c).....
- d) obtenção e restituição de dinheiro desviado por funcionário ou autoridade pública."

Mencionando jurisprudência existente a respeito do assunto, são transcritos na referida obra trechos de julgado da 2a. Câmara do TJMG, Ap. Cível 88.156-2, da qual foi relator o Des. Bernardino Godinho, que teve o ensejo de decidir que:

"A via processual adequada para se obter a restituição de dinheiro desviado por prefeito municipal é a ação popular e não a ação civil pública..."

Rogério Lauria Tucci, após citar jurisprudência sobre a matéria, também condena a utilização indiscriminada da ação civil pública pelo Ministério Público, em seu artigo constante da AJURIS 56/49.

5. A ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, constitui o instrumento processual para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade aplicando-se-lhe o princípio dos "numerus clausus". O Ministério Público tem legitimidade para agir somente nas hipóteses enumeradas na lei. Nesse sentido, o entendimento proferido em acórdão da E. 2ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, publicado na RT 691/93, tendo sido relator Irlan Arco Verde, aqui colacionado (doc nº 1).

Ratificando esse entendimento, pode-se mencionar ainda Rodolfo de Camargo Mancuso, que distingue os conceitos de interesse, para os fins da ação civil pública:

"O objeto tutelado na Lei nº 7.347/85 não é o 'interesse público', e sim, o 'interesse difuso' relativo aos consumidores, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural do país.

Como afirma Ada Pellegrini Grinover: 'A lei cuida sem dúvida dos interesses difusos propriamente ditos'.....os interesses difusos não são interesses públicos no sentido tradicional da palavra, mas antes interesses privados, de dimensão coletiva". (Ação Civil Pública em defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural e dos Consumidores, Lei 7.347/85 e legislação complementar, 2ª edição, 1.992)

6. Nem cabe argumentar que a ação ordinária prevista no artigo 17 da Lei nº 8.429/92, invocada pelo autor como fundamento da presente ação, seria uma ação civil pública. A Lei nº 8.429/92 dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo ou função pública e a ação a que se refere seu artigo 17 é uma ação ordinária, principal, que deve ser proposta após 30 (trinta) dias da efetivação de medida cautelar, visando sequestro de bens de agentes públicos que comprovadamente tenham enriquecido ilicitamente ou causado danos ao patrimônio público. Não há qualquer prova ou sequer indício nos autos de que os réus tenham obtido algum ganho ilícito no exercício dos cargos que exerceram ou exercem na administração pública municipal.

Não há assim norma legal expressa para o cabimento da ação civil pública no caso vertente. Há sim, em tese, para o cabimento de ação popular.

### III - DO ENVOLVIMENTO DE INTERESSES DA UNIÃO FEDERAL E DA NECESSIDADE DE SUA INTERVENÇÃO NO FEITO

7. O Ministério Público do Estado de São Paulo fundamenta sua ação em fatos e alegações que, sem sombra de dúvida, envolvem interesses da União Federal.

A instituição autora impugna não somente o contrato administrativo firmado com a Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo-FESPSP, mas, principalmente, questiona a aplicação de recursos do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES no plano de saúde do Município de São Paulo, requerendo a declaração de nulidade da decisão do Conselho de Orientação do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES que autorizou essa destinação. Se a verba FUMDES é também integrada por recursos federais, necessariamente deveria a União integrar a lide e manifestar-se, posicionando-se afinal a respeito da questão. Além disso, argumenta a Promotoria que o plano de saúde da Municipalidade de São Paulo não se coaduna com o Sistema Único de Saúde - SUS, aspecto esse de extrema relevância e que urge seja esclarecido, com a oitiva das partes envolvidas, inclusive a União, posto que o Sistema Único de Saúde - SUS foi por ela instituído,

em obediência a disposição constitucional, competindo-lhe normatizar, controlar e fiscalizar todas as atividades do Sistema Único de Saúde-SUS, a teor do disposto na Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1.990, que disciplinou esse sistema.

O Ministério Público Estadual chega ainda a embasar sua pretensão em relatório de auditoria do SUS realizada por determinação da Procuradoria Geral da República em São Paulo, instruindo a exordial com cópias desse relatório. Mais do que evidente, portanto, a necessidade da União Federal integrar a lide.

#### IV - DO PEDIDO INICIAL

8. O Ministério Público, em sua petição inicial, aduz, em síntese:

- que, em reunião realizada em 15/03/95, o Conselho de Orientação do Fundo Municipal de Saúde aprovou a destinação de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) para o Plano de Assistência à Saúde - PAS, que só veio a ser criado, por decreto, em 05 de abril de 1.995, para a contratação de serviços estranhos à área da saúde;

- que, em 17/03/95, o então Secretário da Saúde, o réu Getúlio Kiyotomo Hanashiro, acatando sugestão de seu Chefe de Gabinete, expediu ofício para a Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo - FESPSP, consultando-a sobre o interesse e possibilidade de colaborar com a Prefeitura do Município de São Paulo em seu plano de saúde, tendo esta respondido no mesmo dia e apresentado sua proposta de trabalho;

- o P.A.S. foi criado por decreto em 05/04/95, e, em 20/04/95, foi firmado o contrato com a Fundação ré, estabelecendo-se a prestação de serviços e o pagamento em 13 (treze) etapas;

- a implantação do P.A.S. foi suspensa e reiniciada com a edição da Lei Municipal nº 11.866/95;

- foi instaurado inquérito civil a partir de denúncia formulada pelo Conselho Municipal de Saúde, tendo sido o mesmo direcionado para a apuração da legalidade da verba do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES

para o Plano de Atendimento à Saúde - P.A.S.; durante a tramitação do inquérito civil, o Conselho Municipal de Saúde remeteu aos autos Resolução em que desaprova a utilização de recursos do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES em programas destinados à implantação do Plano de Atendimento à Saúde - P.A.S. e formulou providências; foi anexado ao inquérito relatório da auditoria patrocinada pelo Ministério Público Federal no sistema municipal de saúde e que apontou uma série de irregularidades, bem como parecer técnico;

- que o Fundo Municipal de Saúde - FUMDES decorre da sistemática constitucional estabelecida para a saúde pública e não poderia ser gerenciada dentro dos limites exclusivos da autonomia municipal;

- pela lei federal é atribuição de cada um dos níveis de governo a elaboração e atualização do plano de saúde e há vinculação orçamentária do Sistema Único de Saúde - SUS com o plano, sendo que as receitas do SUS são depositadas diretamente em contas especiais e essas contas constituem um fundo que, no Município de São Paulo, constituem o Fundo Municipal de Saúde - FUMDES;

- que o Município de São Paulo não possui plano de saúde, nos termos da legislação disciplinadora do SUS;

- a utilização da verba do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES para o P.A.S. é ilegal pois esse plano de saúde do Município de São Paulo não foi submetido ao Conselho Municipal de Saúde;

- os serviços prestados pela Fundação Escola de Sociologia e Política - FESPSP não encontram respaldo na disciplina estabelecida pela direção nacional do Sistema Único de Saúde - SUS;

- a deliberação do Conselho de Orientação do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES, destinando verbas à contratação, e, conseqüentemente, ao Plano de Atendimento à Saúde - P.A.S., ocorreu antes daquele programa do Município ser legalmente constituído;

- a contratação da FESPSP foi ilegal pois não se tratava de caso de dispensa de licitação e a maneira como foi contratada a Fundação indica direcionamento;

- não houve justificativa de preço, exigida pelo artigo 26, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93;

- a legislação municipal que regula a matéria de forma complementar é mais restritiva e não prevê essa hipótese de dispensa de licitação.

## V - DA COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA REGULAR SOBRE SAÚDE

9. Nesse aspecto, inafastável se torna a invocação do princípio constitucionalmente assegurado da autonomia municipal (art. 30, inciso I). Como se sabe, a autonomia política do Município compreende também o poder de "legislar sobre assuntos de interesse local" e "suplementar a legislação federal e estadual no que couber".

A nova carta constitucional ampliou o alcance desse conceito administrativo, como sustenta Toshio Mukai:

"Verifica-se, por esses incisos, que a atuação legislativa e administrativa do Município ganharam maior amplitude. O que antes estava condicionado à existência de um predominante (peculiar) interesse do Município, para legitimar sua atuação, não mais está, bastando agora um simples interesse local. É evidente, entretanto, que o Município, mesmo assim, deverá respeitar, em sua atuação, as demais competências, ou seja, as privativas da União, as comuns e as concorrentes, e ainda, as do Estado-Membro". ("Administração Pública na Constituição de 1.988", Saraiva, pág. 41)

Pois sim. O que fez a administração pública da cidade de São Paulo, ao implantar o Plano de Atendimento à Saúde? Dando manutenção ao atendimento de saúde constitucionalmente determinado através do SUS, complementou-o, criando novo e criativo método de atendimento. Substituiu o SUS? Não. Alterou sua função essencial? Também não. Simplesmente incorporou ao atendimento padrão do sistema uma outra forma de atuação, para dinamizar e melhorar o atendimento de saúde aos cidadãos.

Este é, aliás, o cerne, o âmago de toda a discussão. A esse respeito, é curioso lembrar que a esmagadora maioria dos argumentos da extensa



peça vestibular investem contra uma imagem, e não contra uma instituição concreta.

O Ministério Público supõe que o cadastramento vulnere a universalidade de acesso à saúde, quando os serviços básicos do SUS estão mantidos. Supõe que haverá transferência total de atendimento a particulares, quando a Municipalidade, através da co-gestão, participará de forma compartilhada da administração do P.A.S.. Supõe que o plano substituirá o SUS, quando, na verdade, será uma nova forma de implementação do SUS.

Hely Lopes Meirelles, sempre lúcido e preciso, esclarece que:

“Ao Município sobram poderes para editar normas de preservação da saúde pública, nos limites de seu território, uma vez que, como entidade estatal que é, está investido de suficiente poder de polícia inerente a toda a Administração Pública, para a defesa da saúde e bem-estar dos munícipes”. (in “Direito Municipal Brasileiro”, 6ª edição, pag. 333)

Assim é que a Municipalidade implanta uma nova forma de atendimento à saúde, mantido - repita-se, sem medo de se tornar cansativo - o princípio de atendimento previsto no artigo 198 da Carta Constitucional Federal. Mais uma vez, o combativo Ministério Público exagera na medida, pois confunde complementação com substituição.

Não há, pois, afronta aos artigos 199 da Constituição Federal, 24 e seguintes da Lei nº 8.080/90 e Portaria 1.286/93 do Ministério da Saúde. A Municipalidade, mantendo o atendimento constitucional, sem afronta às determinações federais e estaduais, disciplinou matéria de seu interesse, suplementando o regramento sobre o tema. Nada mais fez do que exercitar sua autonomia, constitucionalmente garantida, para a prestação do serviço de saúde. Esse entendimento também é compartilhado pelo Prof. Adilson de Abreu Dallari, em parecer que ora se junta aos autos. (doc. nº 2)

## VI - NO MÉRITO

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS QUANTO À PREMENTE NECESSIDADE DE UMA SOLUÇÃO PARA A ÁREA DA SAÚDE

10. Não obstante seja elogiável o caudaloso e acurado estudo produzido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que deu origem à peça inaugural da presente ação civil pública, a verdade é que a medida instaurada não merece sucesso, "concessa vêniam".

Como é de conhecimento público, a questão da saúde no Brasil, e especificamente em São Paulo, atingiu um nível inimaginável. É moralmente inaceitável que a décima economia do planeta apresente índices sanitários semelhantes àqueles existentes nos países mais pobres da África, continente que somente há pouco atingiu a autonomia política, libertando-se do jugo colonial.

É imprescindível dizer que, de forma paradoxal, verbas não têm deixado de fluir para o sistema de saúde. O Brasil, e São Paulo também, gasta milhões e milhões de reais para combater doenças, sem que tais verbas de fato cheguem aos necessitados. Ao contrário, são engolidos por máquinas burocráticas extremamente pesadas, que deixaram de ser áreas-meio para se tornarem áreas em si mesmas, que se justificam por si, pouco importando o atendimento aos doentes carentes.

Uma minoria favorecida tem acesso aos melhores hospitais e médicos, adequadamente aparelhados, em função de seu poder econômico, ao passo que a maioria da população é relegada a segundo plano, submetendo-se, inevitavelmente, aos precários serviços de um falido sistema de saúde.

Em artigo publicado no jornal "Folha de São Paulo" de 06.04.95, o presidente da Federação das Misericórdias do Estado de São Paulo e provedor da Santa Casa de Jauú, Cândido Galvão, realça essa análise:

"A Saúde Pública no Brasil está à beira do caos, com um sistema hospitalar sucateado, pacientes descontentes e funcionários desmotivados pelos baixos salários e más condições de trabalho. Com a falta de recursos do SUS, verifica-se o retorno de antigos

problemas como a tuberculose e a hanseníase, com epidemias que se acreditavam superadas e reapareceram, como a cólera. O quadro piora quando se constata que a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) da União para 95 novamente exclui o setor das receitas da Seguridade Social, criando obstáculos para o cumprimento do preceito constitucional de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. No Brasil, pelo menos 110 milhões de pessoas dependem do SUS e a maioria não dispõe de assistência condigna, seja dos hospitais públicos ou conveniados. O resultado é a insatisfação e a revolta, já que é difícil compreender tanta demora - sem citar que o fato de o indivíduo ser atendido não lhe garante uma qualidade mínima, pois freqüentemente, sobretudo nas grandes metrópoles, o paciente é atendido nos corredores e em condições precárias”.

Ademais, recente relatório do Banco Mundial (junho de 1.994) sobre a organização, distribuição e financiamento das unidades de saúde no Brasil, após assinalar a precariedade de dados sobre custos, destaca que os hospitais privados gastam menos, em proporção de recursos, com pessoal, e são mais cuidadosos com as finanças que os hospitais da rede pública.

11. Recente estudo realizado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIEPE (doc. nº 03) enfatiza que “a grande causa da crise de saúde no Brasil, principalmente nas grandes capitais, é o modelo de gestão até agora utilizado”. Observa o referido estudo ainda que:

“- a estrutura hierárquica rígida e esquema de remuneração independente do desempenho individual e da unidade criaram enormes distorções no funcionamento do SUS que conduziram à dissociação entre os objetivos do Sistema e dos que o operam, enquanto o Poder Público distanciado de operações não tem controle nem informação de como esta operação está sendo conduzida;

- o conjunto dos servidores alocados no setor vive contexto de remuneração independente do desempenho, o que leva ao desleixo com os instrumentos de trabalho;

- a situação se repete nos serviços intermediários - aquisição, estocagem e distribuição de materiais e equipamentos, realização de exames, acrescentando mais desperdícios e ineficiência do sistema."

Todo esse quadro vem conduzindo o atendimento à saúde pública a níveis muito baixos de eficiência, agravados pelos desperdícios que o modelo em vigor não consegue evitar. Assinala o estudo ainda que:

"O grande desafio é encontrar um modelo de gestão que favoreça a busca da eficiência e a qualidade através da criação de um sistema de captação e distribuição de recursos de acordo com o desempenho, algo completamente inexistente nos serviços prestados pelo Governo".

## VII - DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA IMPLANTAÇÃO DO PLANO DE ATENDIMENTO À SAÚDE - P.A.S.

12. Assim, o Município de São Paulo, inconformado com a situação aparentemente insolúvel da saúde, dentro de sua autonomia, constitucionalmente assegurada a nível federal e estadual (artigo 30, incisos I e II da Constituição Federal e artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo), e competência legiferante, instituiu o "Plano de Atendimento à Saúde - PAS". Ao instituir o plano, buscou o Município criar um modelo que se adequasse às diretrizes determinadas constitucionalmente, entre as quais a de "acesso universal e igualitário às ações e serviços" e "atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde". Assim procedendo, seguiu estritamente o que determina a Constituição Federal nos artigos a seguir transcritos:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

.....

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

.....  
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;  
.....

Da mesma maneira, estabelece a Constituição do Estado de São Paulo, senão vejamos:

“Art. 219 - A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

.....  
2 - acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde, em todos os níveis;  
.....

4 - atendimento integral ao indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde.”

13. O delineamento do Plano de Atendimento à Saúde - PAS resultou de estudos aprofundados desenvolvidos no âmbito do Executivo, especialmente na Secretaria de Planejamento (SEMPA), com o intuito de serem encontradas alternativas aptas a permitir a melhora no atendimento na área da saúde. Após muitas discussões e mudanças chegamos à versão do Decreto nº 35.037/95 (doc. nº 4). A propósito, vale assinalar que os documentos juntados às fls 232/322 demonstram que o PAS já vinha sendo delineado há muito tempo, já no início de 1.994.

Sem dúvida, o PAS é um plano inovador, ousado, que implica em diversas alterações no atual sistema público de saúde, mas não significa uma privatização do serviço público de saúde. Como tudo que é novo e precursor, o PAS gerou inúmeras discussões e dúvidas a respeito de seu

funcionamento. Justamente por ter sido um projeto idealizado para ficar, e não para ser temporário, ou simplesmente colher benefícios eleitoreiros, é que o Sr. Prefeito decidiu submeter um projeto de lei à Câmara do Município de São Paulo, para garantir a implantação do PAS na mais completa legalidade. (doc. nº 05)

14. Novos debates se sucederam, inclusive na Câmara Municipal de São Paulo, e por fim foi instituído o "Plano de Atendimento à Saúde - PAS", em sua versão definitiva (doc. nº 6), regulamentado pelo Decreto nº 35.664/95.

A Lei Municipal nº 11.866/95, em seu artigo 1º, assim expressa:

"Art. 1º - Fica instituído, na Prefeitura do Município de São Paulo, programa especial denominado "Plano de Atendimento à Saúde", com os seguintes objetivos:

I - melhorar o atendimento nas áreas da saúde sob a responsabilidade da Prefeitura;

II - estimular a participação dos profissionais e das organizações comunitárias e não governamentais, que atuam no campo da saúde, na destinação e na gestão dos recursos públicos alocados aos serviços de saúde pública;

III - facilitar o acesso universal e igualitário da população às ações e serviços mantidos e desenvolvidos pela Prefeitura, voltados à prevenção, promoção e recuperação da saúde."

Busca-se, pois, com esse plano, uma mudança substancial de atuação na área da saúde pública, substituindo a prestação direta do serviço por um sistema de gestão compartilhada entre o setor público e o setor privado.

O modelo proposto baseia-se, principalmente, na associação entre a Prefeitura e uma cooperativa de profissionais da saúde, para a operação dos serviços de acordo com padrões de autogestão.

Para sua viabilização, o modelo prevê a criação de módulos de atendimento, assentados em uma base territorial, que deverão ser

cadastrados para receber atendimento gratuito. A Prefeitura pagará por esse atendimento a importância de R\$ 10,00 (dez reais) por mês, para cada pessoa cadastrada, o que aproxima o PAS dos planos de saúde com pré-pagamento pelo beneficiário; somente que, para este, o atendimento será inteiramente gratuito.

No modelo escolhido, prevê-se a realização de um convênio entre a Municipalidade e cooperativas de profissionais da saúde, cujo objeto é a prestação de serviços de assistência médica e hospitalar à população. A cooperativa participará com o trabalho de seus cooperados, todos trabalhadores autônomos, enquanto a Prefeitura deverá contribuir com as instalações e os equipamentos necessários à prestação do serviço, além do pagamento da contribuição devida pelos beneficiários.

Para esse fim, o convênio gera uma nova unidade organizacional, denominada módulo de atendimento, que será, ao mesmo tempo:

- uma unidade operacional, contemplando um quadro de serviços a serem executados;
- uma unidade física, compreendendo um conjunto de hospitais, prontos-socorros, ambulatórios e outros equipamentos;
- uma unidade de gestão, compreendendo a definição específica de políticas e diretrizes próprias, bem como o controle da prestação de serviços;
- uma unidade financeira, com uma conta ou fundo ao qual serão destinados os recursos da Prefeitura vinculados à saúde, originários ou derivados do SUS;
- uma unidade de demanda, representada pela reunião dos beneficiários inscritos no cadastro do módulo de atendimento.

O módulo de atendimento será o suporte físico-organizacional do convênio que, por não ter personalidade jurídica, funcionará com apoio nas pessoas jurídicas da Prefeitura e da Cooperativa dos profissionais da saúde. Em cada módulo haverá um Conselho Gestor, com representantes

da Prefeitura, da Cooperativa e dos usuários, ao qual caberá estabelecer a respectiva estrutura organizacional, a forma de seu funcionamento, os procedimentos adotados e os mecanismos de controle dos serviços prestados e dos recursos utilizados. O Conselho terá funções normativas, cabendo à Cooperativa as funções executivas.

À Cooperativa caberá a contratação dos serviços de apoio técnico (para diagnósticos, procedimentos hospitalares, farmácia, hemoterapia etc...), serviços de atendimento a pacientes, serviços de manutenção, lavanderia, cozinha, higienização, apoio administrativo e outros.

Os recursos alocados ao módulo de atendimento constituirão um fundo próprio, administrado pela Cooperativa, não se confundindo, no entanto, com suas contas. O mecanismo previsto é semelhante aos fundos de investimentos pertencentes aos investidores, mas administrados por bancos ou outras instituições financeiras.

As instalações e equipamentos da Prefeitura continuarão sendo de sua propriedade, devendo ser utilizados na prestação de serviços, e ficarão sob a guarda, conservação e responsabilidade da Cooperativa. A manutenção desses bens ficará também sob a responsabilidade da Cooperativa até determinado valor, devendo o convênio definir de que forma.

Os profissionais da saúde, autônomos e cooperados, deverão ser preferencialmente oriundos do serviço público municipal, para o que deverão ser licenciados, na forma legal.

Com base nesse modelo é que restou criado o PAS, através da Lei Municipal nº 11.866, de 13 de setembro de 1.995, que estabelece as regras básicas do "Plano de Atendimento à Saúde-PAS", o qual, segundo pesquisa de opinião pública, realizada pelo IBOPE e amplamente divulgada, atingiu 88% (oitenta e oito por cento) de aprovação da população pesquisada, sendo que 77% (setenta e sete por cento) dos munícipes beneficiados pelo P.A.S. consideraram o atendimento bom ou ótimo.

Tal popularidade explica-se. Quem já trabalhou em contato com a população pobre, desfavorecida, carente, especialmente da periferia, e que depende do atendimento precário das unidades de saúde, prontos-



socorros e hospitais onde não há praticamente médicos, e onde freqüentemente vidas são perdidas desnecessariamente, sabe que a perspectiva de uma melhora de atendimento na saúde significa esperança de vida.

Mas é relevante destacar que, a partir da implantação do P.A.S., triplicou o número de pessoas atendidas na região de Pirituba-Perus, o que torna o resultado da pesquisa mais significativo.

Por outro lado, ao instituir o PAS, escolheu o Município os caminhos trilhados pela própria Constituição Federal (artigo 199 e parágrafo 1º) e Estadual (artigo 220, parágrafos 2º e 4º) ao optar pelo sistema de gestão compartilhada, mediante a elaboração dos convênios, pois seus dispositivos admitem a participação inclusive da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde - SUS:

"A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

parágrafo 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos." (artigo 199 da Constituição Federal)

"A participação do setor privado no sistema único de saúde efetivar-se-á segundo suas diretrizes, mediante convênio ou contrato de direito público, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos." (parágrafo 4º do artigo 220 da Constituição Estadual)

Na forma estabelecida no "Plano de Atendimento à Saúde - PAS", o serviço de saúde, em si mesmo, continuará sendo um serviço público, havendo transferência apenas de sua execução e não de sua titularidade. Não se trata portanto de uma privatização mas transferência de execução de serviços.

Vale ainda lembrar que a Constituição Estadual não obriga que os serviços de saúde sejam realizados de forma direta pelo Poder Público, apenas estabelece uma preferência, admitindo, pois, que os sejam prestados por terceiros e pela iniciativa privada:

"Artigo 220 -.....

parágrafo 2º - As ações e serviços de saúde serão realizados, preferencialmente, de forma direta, pelo Poder Público ou através de terceiros, e pela iniciativa privada."

Outrossim, a Lei Orgânica do Município de São Paulo, em seu artigo 215, admite supletivamente a prestação de serviços de saúde por terceiros:

"Artigo 215 -.....

parágrafo 1º - As ações e serviços de saúde serão executadas preferencialmente de forma direta pelo poder público e supletivamente através de terceiros, assegurando o estabelecido no art. 199, da Constituição da República".

Também a Lei Complementar Estadual nº 791/95 (Código de Saúde no Estado de São Paulo - doc. nº 9) admite a participação do setor privado no SUS, ao determinar que compete à direção municipal do SUS planejar, organizar, controlar e avaliar os serviços de saúde de âmbito municipal e gerir os serviços públicos de saúde, bem como executar ações de serviços de assistência integral à saúde, sendo-lhe permitido, expressamente "celebrar contratos e convênios para a aquisição de serviços de assistência à saúde, com entidades do setor privado que atuam, preponderantemente, ou exclusivamente, no Município, ou cuja complexidade interessa para garantir a resolutividade do sistema local, bem como controlar e avaliar a sua execução" (artigo 18, inciso X). E ainda:

"Art. 20. O SUS poderá recorrer à participação do setor privado quando a sua capacidade instalada de serviços for insuficiente para garantir a saúde da população.

Parágrafo 1º. A participação complementar do setor privado no SUS será efetivada mediante convênio ou contrato administrativo de direito público.

Parágrafo 2º. O convênio terá por objeto a realização de atividades de projeto específico elaborado em conformidade com as normas

reguladoras do SUS e cuja aprovação, nas suas instâncias, ficará condicionada à integração do projeto nos planos de saúde.”

15. A implantação do P.A.S. e a utilização da verba FUMDES também não conflita com as coordenadas traçadas pelo SUS. É o que se verifica através dos artigos 18 e 24 da Lei Federal nº 8.080/90 (doc. nº 7), que abrem a possibilidade da prestação de serviços mediante convênios, inclusive para entidades privadas:

“Art. 18. À direção municipal do Sistema Único de Saúde - SUS compete:

.....

X - observado o disposto no artigo 26 desta lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

.....

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde - SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.”

A leitura do artigo 18 e seguintes da Lei nº 8.080/90 mostra claramente que o Município, através da direção municipal do SUS, poderia contratar entidades prestadoras de serviços privados de saúde. Também a direção federal e estadual do SUS podem contratar esses serviços, incluindo-se aí até a possibilidade da contratação de empresas particulares de assistência médica, ou seja, as empresas de convênios médicos.

Se a própria legislação federal na área de saúde abre as portas dessa maneira para a participação da iniciativa privada no Sistema Único

de Saúde - SUS, que é o mais, porque não se aceitar a participação das Cooperativas de profissionais, através de um sistema de gestão compartilhada, também através de convênios, que é o menos?

### VIII - A QUESTÃO FINANCEIRA DO PLANO DE ATENDIMENTO À SAÚDE-PAS E A UTILIZAÇÃO DA VERBA DO FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE-FUMDES

16. A questão acerca dos recursos financeiros previstos para a implantação do P.A.S., assim como a fixação de remuneração dos serviços de cooperativas e a relação com o Conselho Municipal de Saúde, merecem também uma visão mais abrangente, diversa do enfoque promovido pelos subscritores da petição inicial.

O Ministério Público não quer a utilização da verba do Fundo Municipal de Saúde-FUMDES para o P.A.S., mas precisamente pelo fato da PMSP ter um plano de saúde, concreto, é que atende às condições de liberação da verba do SUS. É condição para a liberação da verba a existência de um plano de saúde como exige o artigo 4º da Lei Federal nº 8.142/80 (doc. nº 8), que trata das transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde:

"Art. 4º. Para receberem os recursos, de que trata o artigo 3º desta Lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com:

I - Fundo de Saúde;

II - Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto nº 99.438, de 07 de agosto de 1.990;

III - plano de saúde;

IV - relatórios de gestão que permitam o controle de que trata o parágrafo 4o. do artigo 33 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1.990;

V - contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento;

VI - Comissão de elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários - PCCS, previsto o prazo de 2 (dois) anos para sua implantação."

17. Assim, a Secretaria Municipal da Saúde, enquanto direção municipal do SUS, está autorizada pela legislação federal a celebrar convênios para garantir a assistência médica à população de uma determinada área onde as disponibilidades forem insuficientes. E mais, está autorizada a financiar com verba proveniente do SUS seus planos de saúde. Diz o artigo 36 da Lei Federal nº 8.080/90:

“Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde - SUS será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

Parágrafo 1º. Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde - SUS, e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

Parágrafo 2º. É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área da saúde.”

18. No mesmo sentido é a Lei Complementar Estadual nº 791/95 que editou o Código de Saúde do Estado. No capítulo referente ao planejamento, orçamento, gestão financeira e do fundo de saúde, em seu artigo 49, autoriza a direção do SUS de cada esfera governamental a movimentar os recursos dos fundos e aplicá-los no setor de saúde. Esclareça-se que a direção do SUS no Município de São Paulo é exercida pela Secretaria Municipal da Saúde, nos termos do artigo 13 da Lei Complementar. A única vedação existente quanto à utilização da verba consta de seu parágrafo 3º do artigo 50:

“Parágrafo 3º. É vedada a transferência de recursos do Estado para financiamento de ações ou serviços não previstos nos planos de saúde municipais, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública na área da saúde.”

19. O equívoco do Ministério Público, ao abordar o tema da alocação de recursos para o P.A.S., é o mesmo erro conceitual praticado em toda sua petição: o de considerar que o plano privatiza os serviços de saúde pública. Tal conceito, como já se aduziu, é errôneo: não se trata de serviços ofertados pela iniciativa privada, mas do regime já explicitado de gestão compartilhada entre a administração e as Cooperativas de médicos e funcionários, não representando repasse de recursos como interpretam os autores da ação civil pública.

O serviço de saúde é um serviço público, e não vai deixar de sê-lo com a implantação do P.A.S., possuindo a Prefeitura dotações orçamentárias para o seu atendimento, originárias de recursos próprios e do Sistema Único de Saúde - SUS. Tais dotações vinham sendo utilizadas na prestação direta do serviço, através dos órgãos da administração municipal, forma que se pretende mudar pelo novo modelo proposto, que consiste na substituição da execução direta por um sistema de gestão compartilhada entre o setor público e o privado, através de um convênio com Cooperativas de Profissionais de Saúde. Conseqüentemente, caberá à Prefeitura carrear para o convênio as verbas destinadas à prestação dos serviços de saúde. A origem e o destino das dotações reservadas à saúde são os mesmos, apenas a forma de prestação do serviço à população é que muda. É o que também nos esclarece Eurico de Andrade Azevedo no parecer em anexo. (doc. nº 11)

20. É fácil perceber, através dos documentos acostados à inicial, em especial o relatório da auditoria do SUS (fls. 737/756), que existem, na realidade, dificuldades por parte do Governo Federal na implementação da legislação do setor de saúde.

Esclarece o referido relatório às fls. 751 dos autos:

"A abrangência da presente perícia, junto às unidades vinculadas à Secretaria da Saúde do Município de São Paulo - SP, evidenciou as fragilidades dos controles existentes no gerenciamento do Sistema Único de Saúde tanto a nível de Município, quanto a nível de Ministério.

Não é novidade o colapso por que passa o setor de saúde em nosso país. Escassez de recursos financeiros e insuficiência de

pessoal, acrescidos da insensibilidade no gerenciamento dos recursos, agravam o estado de penúria em que se encontra o sistema onde, muitas vezes, esses escassos recursos são direcionados a resultados pessoais em detrimento de soluções efetivas de saneamento do setor.

Certamente, não será a criação de novas fontes de recursos ou o simples aumento do montante atual, a solução final para o problema. Fundamentalmente deverá haver um gerenciamento responsável, ágil e eficaz.

Apesar das falhas atribuídas à gestão municipal não podemos imputar-lhe, unicamente, o ônus de tantas atribuições. Na verdade, contribui a esta situação a mudança de regras desprovida de compromisso de controle como por exemplo a eliminação de convênios, por parte do Ministério da Saúde, eximindo-se da obrigação de fiscalizar o cumprimento de objetivos sociais aos quais destina vultosos recursos financeiros.”

Elucidativo é o despacho do Sr. Consultor Jurídico da Saúde, às fls. 380/381 dos autos:

“in genere, a lei nº 8.080/90, no aspecto da descentralização dos serviços de saúde, ainda não foi completamente implementada, seja no aspecto operacional, seja no normativo.

Assim, as transferências financeiras devem observar o disposto em seu artigo 35, com autonomia a estados e municípios para a aplicação dos recursos, uma vez aprovados os respectivos planos de saúde, na forma do artigo 36.

Para contornar as dificuldades encontradas na aplicação desses dispositivos, foi editada a lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1.990, ainda, igualmente, sem condições de ser integralmente observada, resumindo-se os critérios de repasse ao disposto no parágrafo 1o. do seu artigo 3º, mediante pagamento, aos municípios já integrados ao Sistema Único de Saúde, de ACHS e VCAS, conforme requerido na cota do Conselho Nacional de Saúde.”

Mas, as dificuldades do Governo Federal não significam que a iniciativa do Município de São Paulo não tenha amparo na lei. Mais do que qualquer outro município brasileiro, São Paulo tem plenas condições econômicas, e técnicas, para assumir essa posição de vanguarda e implantar um novo modelo na área da saúde pública, sem afastar-se das diretrizes existentes a nível federal e estadual.

Obedecendo ao disposto na legislação federal, o Município de São Paulo vinha estudando há muito tempo, a criação de um plano de saúde. O PAS é o plano de saúde previsto na legislação federal. Entendeu-se na ocasião que, estando previsto o plano de saúde dos Municípios na lei federal, bastaria a criação e regulamentação do mesmo mediante decreto do executivo municipal.

Para possibilitar sua criação é que foi aprovada a liberação de verba pelo Conselho de Orientação do FUMDES, inclusive para a necessária contratação da Fundação ré para efetuar levantamento e cadastramento do universo de usuários do sistema. Lembre-se que a premissa básica do P.A.S. é precisamente viabilizar o SUS dentro do Município de São Paulo, respeitada a autonomia municipal, atendendo-se à especificidade do município.

#### IX - DA IMPRESCINDIBILIDADE DA PESQUISA DA FUNDAÇÃO ESCOLA DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA DE SÃO PAULO - FESPSP PARA A IMPLANTAÇÃO DO P.A.S.

21. Como já se disse, os estudos referentes ao projeto do P.A.S. foram iniciados na Secretaria do Planejamento (SEMPLA). O Plano de Atendimento à Saúde foi inspirado em tentativas de utilização de cooperativas de trabalho para a prestação de serviços públicos e em experiências de privatização, com a formação de cooperativas de trabalho de ex-empregados, como ocorreu com a Companhia Municipal de Transportes Coletivos - CMTCC.

Desde logo sentiu-se a necessidade de se proceder a pesquisa para a caracterização social da clientela, especialmente para a elaboração e manutenção de cadastro e também para determinar a dimensão organizacional das cooperativas que operariam o sistema. (doc. nº 12)



A Prefeitura não dispõe de pessoal preparado e disponível para o desempenho dessa tarefa difícil face a sua complexidade e extensão, que estava a exigir o trabalho de profissionais especializados, de reconhecida experiência anterior na elaboração e acompanhamento, dispondo de metodologia cientificamente objetiva para a execução do serviço.

Esclareça-se que os estudos promovidos pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo constituíram apenas uma das facetas do Plano de Atendimento à Saúde - PAS. A implementação do plano não se deveu apenas a essa fundação mas também aos estudos e colaboração da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE e da Fundação de Desenvolvimento Administrativo - FUNDAP, que contribuíram em diferentes fases do projeto.

Os trabalhos da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE foram valiosos para a definição de um modelo de gestão e solução dos problemas do Município e elaboração de projetos piloto. A elaboração e gerenciamento do Cadastro era, porém, um problema à parte.

No início de 1.995 a Secretaria Municipal da Saúde já tinha uma formulação geral do mecanismo que pretendia implantar para resolver o grave problema da saúde pública no Município, ou seja, a concepção básica do plano, precisando ser desenvolvido o projeto básico, os projetos executivos para a sua efetiva implantação.

Todo um conjunto de questões, dúvidas e problemas precisavam ser resolvidos ou equacionados, e para isso a Secretaria precisava do apoio de instituições especializadas.

Dado o caráter inusitado do novo modelo, não havia competência interna para o seu desenvolvimento, e existia até mesmo resistência às mudanças.

22. À FESPSP foi solicitado o apoio em quatro campos específicos:

- o desenvolvimento institucional do plano;
- o apoio aos servidores municipais para o entendimento do plano e organização de cooperativas;

- pesquisas sócio-econômicas e de avaliação de qualidade dos serviços, do ponto de vista dos usuários;
- projeto e gerenciamento da implantação de cadastro de usuários do plano.

Todas essas solicitações se enquadravam na capacidade específica da FESPSP, sendo que outras necessidades especializadas para implementação do PAS, como a avaliação econômico-financeira, a avaliação de qualidade técnica dos serviços e outras foram solicitadas às demais entidades. Envolviam, ademais, trabalhos inusitados dadas as inovações pretendidas pelo PAS.

Assim, o modelo institucional do PAS não envolvia uma simples mudança de estrutura organizacional ou de atribuições dentro da própria Administração Pública, mas uma nova forma de parceria, que, após muitos estudos e discussões, veio a tomar a forma de um "consórcio" entre a Prefeitura e os profissionais da saúde, organizados em cooperativas de trabalho.

O modelo desenvolvido implicava numa mudança substancial das relações dos servidores municipais, que deveriam se licenciar do seu cargo efetivo.

Cooperativas de Trabalho são figuras pouco conhecidas e utilizadas, diferenciando-se seja das empresas, seja das cooperativas de produção agrícola.

O trabalho para a mudança de paradigmas, de mudança cultural é uma atividade para a qual a FESPSP tem se dedicado, e, particularmente, para a percepção de novas modalidades organizacionais, como são as cooperativas de trabalho.

Segundo a FESPSP, três principais problemas foram detectados: o "patrulhamento" dos funcionários junto aos entrevistados, os vieses e as mudanças de expectativas dos entrevistados, o que dificultou a avaliação.

A criação de um banco de dados de usuários de um plano de saúde pública, e seu perfil sócio-econômico era igualmente um trabalho inusitado, envolvendo especificidades que foram sendo equacionadas ao longo da execução do projeto, como o cadastramento de favelados e dos moradores de rua.

Todas essas questões que envolviam grande nível de incertezas e de novidades requeriam trabalhos, cujos escopos específicos não podiam ser determinados previamente, exigindo estudos e pesquisas.

Para aplicação de seus conhecimentos e experiência no desenvolvimento e implantação do P.A.S., a FESPSP se propôs a desenvolver os seguintes estudos e pesquisas:

- a) estudo e detalhamento das premissas e mecanismos do P.A.S.;
- b) o estudo e desenvolvimento do modelo de gestão compartilhada;
- c) o estudo da organização da Cooperativa de Trabalho;

d) elaboração, juntamente com os cooperados e técnicos da Secretaria Municipal da Saúde, da sistemática de trabalho e avaliação dos custos da qualidade dos serviços prestados.

No tocante à implantação do modelo, as atividades fundamentais desenvolvidas pela FESPSP foram:

a) o acompanhamento do processo de pré-operação da Cooperativa, transferindo os conhecimentos adquiridos na implantação da Cooperativa de Trabalho da C.M.T.C.;

b) ajustes nos instrumentos institucionais, organizacionais e na sistemática de prestação de serviço, no decorrer da implantação;

c) elaboração de pesquisas sócio-econômicas, sanitárias e de qualidade de serviço, sua análise e elaboração de modelos, para efeito de orientar a estratégia da Secretaria e da Cooperativa na implantação do módulo regional;

d) o planejamento, a programação e execução da quantificação e identificação dos usuários dos serviços na região;

e) a documentação de todo o processo de forma a permitir a sua repetição em outras regiões.

A atividade de quantificação dos usuários dos serviços na região, pelo fato de ser feito junto a uma população de baixa renda, estava a exigir uma perfeita integração entre os formuladores do modelo e os pesquisadores, para que não houvesse desencontro de informações. Esse aspecto, de garantia da informação correta no campo, era e é um ponto fundamental para a manutenção da credibilidade do modelo junto à população e, portanto, para o sucesso do projeto.

Toda a estratégia foi lastreada inicialmente na elaboração de um módulo básico e a sua implantação em uma região experimental escolhida pela Secretaria. Posteriormente, os resultados alcançados na região experimental seriam transferidos para as demais áreas.

23. Os serviços da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo eram pois essenciais para a implantação dos módulos e levantamento para posteriormente serem firmados convênios com as cooperativas de serviços.

O cadastramento era e é necessário para se identificar o universo de usuários e até para previsão de despesas. O cadastramento em hipótese alguma visa limitar o atendimento, ou criar qualquer discriminação, mas apenas controlá-lo. O objetivo do cadastramento era e é constituir um banco de dados informatizado, com a ficha médica do morador, e servir de parâmetro para a remuneração da cooperativa. É essencial para que haja um controle dos serviços prestados e até para controle dos pagamentos a serem efetuados às cooperativas. **Afinal, não podemos incorrer nos erros do passado e ainda do atual sistema do SUS, em que, muitas vezes, são pagos serviços não executados, ou pago duas vezes o mesmo serviço, ou ainda é pago serviço diverso do prestado ou atendimento a uma pessoa há muito falecida.**

O cadastramento não impede ou inviabiliza o atendimento universal e igualitário, uma vez que ninguém será privado do atendimento emergencial.

Um projeto da envergadura do PAS não poderia, portanto, ser implantado aleatoriamente, sem uma pesquisa de base. O trabalho da FESPSP não se reduziu a um mero cadastramento. Foi muito, mas muito mais amplo, profundo, completo e abrangente do que o autor poderia supor. Engana-se pois o autor ao afirmar que a FESPSP foi contratada apenas para a realização de um cadastramento.

## X - DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL PARA A CONTRATAÇÃO

24. O fundamento da contratação dos serviços da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo - FESPSP foi o artigo 24, inciso XIII da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Federal nº 8.883/94. Diz referido dispositivo:

"Art. 24. É dispensável a licitação:

.....  
.....  
XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

....."  
É sabido que a expressão "instituição" significa pessoa jurídica e que deverá possuir forma civil. A Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo - FESPSP tem as seguintes finalidades estatutariamente:

- estimular o estudo das ciências sociais e afins;
- pesquisar as condições e existências e os problemas vitais da sociedade;
- concorrer, pelo ensino e outros meios, para a formação de pessoal capacitado a colaborar eficazmente na administração pública e particular e no progresso social.

A Fundação não tem objetivos econômicos e não distribui lucros, bonificações ou vantagens aos diretores, mantenedores, ou associados, e os saldos que se verificarem em seus balanços serão aplicados no país, quer no aumento do patrimônio da fundação, quer na constituição de fundos ou outras formas de aplicação que visem assegurar sua continuidade.

A exigência de "inquestionável reputação ético-profissional" constante da lei deve ser entendida como inquestionável capacitação para o desempenho da atividade pretendida. Sem dúvida alguma a Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo - FESPSP detém essa reputação ético-profissional em sua área de atuação.

A Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo foi instituída por escritura pública em 21 de julho de 1.933. Desde sua criação empreendeu, por iniciativa própria ou por solicitação de órgãos governamentais, pesquisas sobre os mais importantes aspectos dos problemas sociais, econômicos e culturais do país.

Além de ter criado e institucionalizado o Instituto de Pesquisas Sociais e o Instituto de Estudos Rurais, desde 1.949 mantém o Instituto de Estudos Municipais, cuja proposta de trabalho é a realização de cursos, pesquisas e prestação de serviços sobre assuntos de interesse para a organização e administração dos municípios. Mantém ainda dois cursos superiores (Sociologia e Ciência Política e Biblioteconomia e Documentação) e diversos cursos de pós-graduação. Tem realizado inúmeros trabalhos não só no Município e no Estado de São Paulo, como em diversos outros estados, tendo firmado inúmeros outros contratos com órgãos da administração direta e indireta. Participou da formulação e implantação da Cooperativa de Trabalho, dentro do processo de privatização da CMTC, da reforma administrativa do Governo do Rio Grande do Norte, do redirecionamento estratégico da FEPASA, da implementação dos mecanismos gerenciais da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM e de outros trabalhos, junto a governos e entidades estatais, dentro da Reforma do Estado. E sua experiência está calcada na linha de pesquisa que a Secretaria Municipal da Saúde necessitava para todo o estudo de estruturação e implantação do P.A.S. como atestam os documentos em anexo.

A proposta de trabalho solicitada, a proposta de trabalho oferecida e o parecer técnico-jurídico referente à contratação dão conta que a experiência anterior da fundação na implantação da Cooperativa da C.M.T.C. foi um fator decisivo para a aceitação da contratação. A FESPSP detinha portanto perfeita aptidão técnica para execução da tarefa solicitada. Naquele momento, era a entidade mais qualificada ao exercício do encargo e existia a necessidade inarredável de se incrementar de imediato o plano de saúde, na conformidade com o novo modelo institucional da P.M.S.P.

A contratação de outra eventual empresa demandaria tempo para o estudo de suas finalidades, preparo material e humano para a execução da tarefa. A FESPSP já possuía corpo profissional qualificado e preparado para a execução da tarefa.

25. Não se pode olvidar que tratamos aqui de uma hipótese de dispensa de licitação e não inexigibilidade. A dispensa se verifica naquelas situações onde, embora em tese seja possível a competição, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público. Diversamente, na hipótese de inexigibilidade é completamente inviável a competição. A hipótese do inciso XIII do artigo 24 não é norteadada pelo critério de vantajosidade econômica, importando a destinação da contratação. Se existissem duas instituições com características e qualidades peculiares, perfeitamente balizadas nesse dispositivo legal, à Administração seria conferida a competência discricionária para escolher dentre elas a que melhor atendesse às suas necessidades. A contratação está tipificada no inciso XIII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 e alterações da Lei Federal nº 8.883/94 como sendo hipótese de dispensa, exatamente por não se configurar a inviabilidade do procedimento de escolha mas por haver conveniência e interesse públicos na sua não realização; se assim não fosse a lei teria encartado a hipótese no artigo 25, que trata da inexigibilidade.

Inclusive, como aponta Carlos Ari Sundfeld em comentários a esse inciso, em sua obra "Licitação e Contrato Administrativo", um dos objetivos dessa possibilidade de contratação é auxiliar, com recursos estatais, o desenvolvimento dessas entidades, cuja existência é reputada pela lei como socialmente importante.

O procedimento da contratação da FESPSP portanto atendeu às exigências dos artigos 24 e 26 da Lei nº 8.666/93, tendo sido apresentados justificativa técnica do responsável e parecer jurídico favorável (cópias do procedimento administrativo em anexo - doc. nº 14). Diz o artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 8.883/94:

“Art. 26. As dispensas previstas nos parágrafos 2º e 4º do artigo 17 e nos incisos III a XX do artigo 24, as situações de inexigibilidade, referidas no artigo 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do artigo 8º desta lei deverão ser comunicados dentro de três dias à autoridade superior para ratificação e publicação na Imprensa Oficial no prazo de cinco dias, como condição da eficácia dos atos.”

Note-se que a legislação foi rigorosamente obedecida, inclusive no que diz respeito aos prazos e publicações pela imprensa.

26. Ademais, a nova redação do artigo 26 da Lei de Licitações não exige que se apresente justificativa de preço como erroneamente aponta a Promotoria. A redação desse artigo foi alterada pela Lei Federal nº 8.883/94 precisamente porque os fundamentos para a contratação por dispensa de licitação são incompatíveis com a exigência de justificativa de preço.

A contratação da Fundação foi feita através de procedimento administrativo regular, com observância de todas as exigências legais, quais sejam, a justificativa técnica para a contratação apresentada pela unidade administrativa interessada que, no caso, era a própria Secretaria Municipal da Saúde, o parecer técnico-jurídico por parte da Assessoria Jurídica do órgão e despacho motivado do agente competente, o Sr. Secretário Municipal da Saúde. Aliás, não se contrata dentro da Prefeitura do Município de São Paulo se não houver parecer jurídico favorável à contratação. A própria Lei Municipal nº 10.544/88 que trata das licitações exige que todos os procedimentos licitatórios sejam presididos por um Procurador e todos os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação também contenham parecer técnico-jurídico.

27. Note-se ainda que a lei que rege as licitações no âmbito municipal é anterior à Lei Federal nº 8.666/93, não tendo sido ainda promul-



gada nova legislação municipal adequando-se aos novos princípios estabelecidos pela legislação federal. As regras sobre dispensa de licitação contidas na lei federal, por serem normas gerais, devem prevalecer sobre a legislação estadual e municipal existente sobre a matéria.

## XI - DO CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE E A LIBERAÇÃO DA VERBA DO FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - FUMDES PARA A CONTRATAÇÃO

28. Aponte-se inicialmente para o fato de que, como os próprios documentos acostados à inicial mostram, a verba FUMDES vem sendo devidamente utilizada para a compra de material de consumo e equipamentos diversos, na expansão da rede de saúde, na complementação de vencimentos dos servidores públicos estaduais, conforme autoriza a lei, sendo inverídicas as alegações de uso indevido da verba. Os relatórios da aplicação do dinheiro proveniente do Fundo Municipal de Saúde-FUMDES sempre foram feitos e regularmente apresentados.

O Inquérito Civil Público foi iniciado a partir de uma representação do Sr. Vereador Adriano Diogo, manifesto opositor da atual gestão, denotando o caráter político da denúncia. Os documentos acostados ao Inquérito Civil Público pouco demonstram.

29. Quanto à subordinação do P.A.S. ao Conselho Municipal de Saúde, é de se ver que a ausência de aprovação do plano por esse órgão não tem o alcance pretendido. Criado por decreto na anterior gestão, da ex-Prefeita Luiza Erundina, o Conselho não recebeu regulamentação. A implantação do P.A.S. atendeu a todos os ditames legais pertinentes à matéria, não havendo como se considerar que a ausência de deliberação por um órgão não regulamentado venha a tisonar sua implantação.

Ademais, mesmo que assim não fosse, o Conselho Municipal de Saúde é órgão consultivo e de apoio, não tendo o poder coercitivo de barrar a implantação do plano, que tantos benefícios trará à sofrida população de São Paulo. (doc. nº 15)

É de se notar que é curiosa a alegação de que não houve prévia consulta e aprovação da liberação da verba FUMDES pelo Conselho Muni-

cipal de Saúde para a contratação da FESPSP. A própria ata de reunião do Conselho de Orientação do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES atesta que foi previamente apresentado um plano detalhado aos participantes. O Conselho de Orientação do FUMDES, consoante o disposto na Lei Municipal nº 10.830/90 (doc. no. 16), é integrado por um representante do Conselho Municipal de Saúde. Dispõe o artigo 5º da referida lei:

“Art. 5º - A orientação e aprovação da captação e utilização dos recursos do Fundo caberão a um Conselho de Orientação.

Parágrafo 1º - Na composição do Conselho de Orientação participarão:

1(um) representante da Secretaria das Finanças;

1(um) representante da Secretaria Municipal da Saúde;

1(um) representante do Conselho Municipal de Saúde;

1(um) representante indicado pela Comissão de Política Social e Trabalho, da C.M.S.P.;

1(um) representante dos usuários, indicado pelo Conselho Municipal de Saúde;

1(um) representante indicado pelas entidades representativas dos funcionários da Secretaria Municipal da Saúde.”

Portanto, a utilização da verba FUMDES se deu dentro dos limites impostos pela lei e foi submetida a votação pelo Conselho de Orientação que conta com representantes do próprio Conselho Municipal de Saúde e da comunidade. Se o Conselho Municipal de Saúde tem algo a opor quanto ao plano e quanto à utilização da verba FUMDES, deveria valer-se da prerrogativa que lhe é conferida por lei, votando nas reuniões de deliberação. O voto é um direito e também um ato político. Na reunião do Conselho de Orientação do FUMDES é que deveria o Conselho Municipal de Saúde manifestar sua oposição. Eis aí a evidência de que a oposição do Conselho de Saúde tem fundamento eminentemente político.

O projeto de lei referente ao PAS foi diretamente remetido à Câmara pois, por se tratar de proposta de ação de saúde, a matéria não estaria

sujeita à aprovação do Conselho Municipal de Saúde, a teor do disposto nos incisos I e VII do artigo 30 da Constituição Federal, pois o Conselho é órgão previsto em lei, que tem por finalidade básica prestar cooperação técnica e financeira da União à ação do Município.

A verdade, não aceita pelo Conselho Municipal de Saúde, é que as decisões do Conselho de Orientação do Fundo Municipal de Saúde-FUMDES independem totalmente das deliberações do Conselho Municipal, cabendo a este apenas emitir seu voto nas reuniões de deliberação, através de seu representante. Aliás, o Decreto nº 28.572, de 1º de março de 1.990 (doc. nº 17), que regulamentou a Lei Municipal nº 10.830, criadora do FUMDES, diz expressamente, em seu artigo 4º, "caput":

"Art. 4º - A gestão do FUMDES cabe ao Conselho de Orientação."

30. A utilização da verba FUMDES para a cobertura das despesas do contrato correspondente à fase de pesquisa e cadastramento se coaduna com os propósitos do FUMDES, conforme previsto no artigo 4º, inciso I da Lei Municipal nº 10.830, de 04 de janeiro de 1.990, que criou referido fundo. Prevê esse dispositivo que os recursos do FUMDES serão aplicados, dentre outras hipóteses, "no pagamento pela prestação de serviços para a execução de programas e projetos específicos". Está claro que a pesquisa da FESPSP foi efetivamente destinada à saúde.

Diante desse panorama, quem eventualmente teria legitimidade para questionar a utilização da verba FUMDES seria a própria União Federal.

Por sua vez, a União Federal, através de seu Ministério da Saúde, pode não ter apresentado ostensivo apoio ao plano, ou mesmo concordado com suas diretrizes, mas, com certeza, aguarda o resultado com expectativa pois tem conhecimento da exata situação da saúde pública no Brasil. Mesmo após a auditoria realizada por determinação da Procuradoria Geral da República em São Paulo, não houve nenhuma manifestação do Governo Federal contra o Plano de Atendimento à Saúde - PAS. E não caberia mesmo a manifestação por vários motivos:

1º) o relatório da auditoria não foi conclusivo quanto à responsabilidade pelas irregularidades encontradas, restando evidente a precariedade

do controle existente no gerenciamento do Sistema Único de Saúde, a nível federal;

2º) a verba do Fundo Municipal de Saúde - FUMDES, em última análise, deve ser considerada como recursos municipais e não federais ou estaduais, e o próprio relatório da perícia realizada nos autos do inquérito civil, instaurado por determinação da Procuradoria da República, às fls. 739 e 754, dá conta que "os gastos em saúde com recursos municipais próprios são expressivos em relação aos federais" e os recursos federais no orçamento da Secretaria Municipal da Saúde no período de 1.991 a 1.994 correspondem a apenas 4,06% de seu orçamento total;

3º) efetivamente, não existe na legislação qualquer óbice à implantação da gestão compartilhada na saúde, traduzida pelo P.A.S.;

4º) como já se disse, o Governo Federal tem conhecimento do problema da saúde pública no Brasil e também tem buscado meios, incessantemente, para resolvê-lo, vendo com grande expectativa o inusitado plano de saúde do nosso Município.

Recorde-se ainda as próprias palavras do Sr. Ministro da Saúde, Dr. Adib Jatene, em entrevista veiculada no jornal "O Estado de São Paulo", de 09/04/95, quando manifestou sua concordância com o plano, declarando que "o que a Prefeitura processa é um gerenciamento eficaz".

31. Por fim, não se pode esquecer que o próprio Tribunal de Contas do Município de São Paulo, órgão responsável pelo controle externo das contas do Poder Executivo Municipal, até o momento, não manifestou nenhuma oposição à implantação do Plano de Atendimento à Saúde - P.A.S., à forma como vem sendo implantado, nem mesmo ao contrato firmado com a Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo - FESPSP, objeto de análise no processo administrativo no. 72-002.330-95\*00. (doc. nº 18)

Diante disso, encontra-se plenamente justificada a utilização da verba FUMDES por estar a mesma de acordo com a legislação que a criou e regulamentou.

32. O próprio Poder Judiciário, em recente decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública desta Capital, nos autos da ação popular intentada por Arlindo Chinaglia Junior (doc. nº 19), vem entendendo que é inteiramente válida, legal e constitucional a iniciativa da Municipalidade de São Paulo na área da saúde, não sendo vislumbrada qualquer ilegalidade, abusividade ou lesividade na Lei Municipal nº 11.866/95 ou nos serviços já implantados.

Não se afigura pois qualquer ilicitude ou ilegalidade na contratação com a FESPSP, que foi plenamente justificada, sendo incabível inclusive a punição dos réus com base na Lei Federal nº 8.429/92, que trata das sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo ou função pública. Essa lei tem caráter manifestamente punitivo e deve ser aplicada nos casos de condutas nela tipificadas, não se admitindo interpretações extensivas. Uma vez que a conduta descrita pelos autores na inicial não se encontra expressamente prevista na citada lei, não cabe sua aplicação.

Aguarda-se, destarte, a improcedência da ação, protestando-se por todos os meios de prova em direito permitidos, sem exclusão de nenhum, e em especial pela juntada dos demais documentos que se mostrarem necessários, prova testemunhal e pericial.

São Paulo, 02 de fevereiro de 1.996.

MARIA REGINA FERRO QUEIROZ  
Procuradora Municipal  
OAB/SP nº 60.468

# **Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Patrimonial**

*MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO. VISTA DE AUTOS JUDICIAIS FORA DE CARTÓRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO GARANTIDO AO ADVOGADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 7º, INCISO XV, DA LEI Nº 8.906/94, E 40, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.*

---

**Flávio Parreira Galli**  
*Procurador do Município*

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal - 3ª Região.

MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, pessoa jurídica de direito público, por seu procurador infra-assinado, lotado no Departamento Patrimonial da Secretaria dos Negócios Jurídicos, situado na Avenida Brigadeiro Luiz Antônio, nº 792, Capital - SP, com fundamento no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, artigo 1º e 7º, da Lei nº 1533/51, artigo 7º, inciso XV, da Lei nº 8906/94, e artigo 40, inciso III, do Código de Processo

Civil, vem mui respeitosamente à presença de Vossa Excelência impetrar o presente

## **MANDADO DE SEGURANÇA**

contra ato violador de direito líquido e certo praticado pela MERÍTISSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DA 6ª VARA DA JUSTIÇA FEDERAL DA SECÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO, pelos motivos de fato e de direito que seguem:

### **PROLEGÔMENOS**

1. A Municipalidade de São Paulo foi intimada para manifestar seu interesse na ação de usucapião promovida por Fernando Del Busso e sua mulher, em trâmite perante a 6ª Vara da Justiça Federal da Secção Judiciária de São Paulo (processo nº 95.42230-1), que tem por objeto a declaração de domínio da área referida na respectiva inicial, cuja cópia instrui o presente.

2. Recebida pela impetrante a aludida intimação judicial, formou-se o processo administrativo municipal nº 45-000.800-95\*44, onde várias unidades foram consultadas, através de ofícios, para que prestassem as informações relativas à área usucapienda.

3. O referido processo administrativo municipal tem por escopo apurar a eventual interferência da área usucapienda com próprio Municipal, o que, à evidência, só é possível com a exata localização do bem objeto da usucapião.

4. Ocorre que, consultadas as diversas unidades da impetrante acerca da área usucapienda, nada pode ser informado posto que os elementos acostados no mandado de intimação se mostraram insuficientes para a apuração precisa do local da demanda.

5. A carência de dados mais precisos sobre o bem usucapiendo é circunstância pouco comum nos mandados intimatórios recebidos pela impetrante. Todavia, quando isso ocorre, a situação é rapidamente solucionada, mediante a consulta pelos engenheiros e demais profissionais da impetrante dos autos da respectiva ação de usucapião.

6. Muito bem, como se disse, temos que na ação de usucapião em exame eram e são necessários mais dados para que haja pela impetrante uma definição sobre a interferência ou não do imóvel usucapiendo com área municipal.

7. As cópias de folhas do já mencionado processo administrativo municipal 45-000.800-95\*44, que seguem anexas, atestam que, efetivamente, os órgãos da Prefeitura de São Paulo não puderam identificar a área usucapienda em foco com os elementos trazidos pelo mandado judicial intimatório.

8. Desejando, então, localizar a área usucapienda a fim de bem desempenhar sua obrigação e função pública, dirigiu-se a impetrante à digna autoridade aqui apontada como coatora, através de petição, reque-rendo, como lhe faculta a lei, vista dos autos da usucapião fora de cartório pelo prazo de cinco dias. Nesta oportunidade, cuidou a impetrante de elucidar que o pedido de vista dos autos era e é necessário para a obtenção de elementos faltantes e necessários à instrução do referenciado expediente administrativo.

9. Ao lhe ser exibida a encimada petição, que acha-se às folhas 192 dos autos da usucapião, a digna autoridade impetrada solicitou, verbalmente, à estagiária que também esta subscreve, fosse justificado o pedido de vista dos autos, reclamando, inclusive, a presença do Procurador da Municipalidade quando atendida essa exigência.

10. Embora, "data máxima vênia", na aiudida petição de folhas 192 da usucapião já tivesse constado o motivo do requerimento de vista dos autos, tratou a impetrante de satisfazer a exigência da digna autoridade impetrada. Deste modo, a impetrante renovou o requerimento de vista dos autos, o qual foi levado à digna autoridade impetrada, pessoalmente, pelo Procurador da Municipalidade signatário.

11. Nota-se: a Municipalidade de São Paulo, reiterando pedido anterior, elaborou, em 2/7/96, nova petição detalhando os motivos do requerimento de vista dos autos fora de cartório.

12. Daí, a Meritíssima Juíza impetrada, em decisão lacônica, às folhas 195 dos autos da usucapião, simplesmente indeferiu o legal e le-



gítimo pedido da Municipalidade de São Paulo de vista dos autos fora de cartório, deferindo, tão só, mas inutilmente para a impetrante, a extração de cópias dos autos.

13. Nada obstante tenha deferido a obtenção, pela Secretaria, de cópias dos autos da usucapião, tal se mostra insatisfatório. Claro, primeiro porque várias e várias cópias teriam que ser extraídas, o que, além de demandar tempo e trabalho inúteis, representa custo injustificado ao erário. Ao depois, os técnicos da Municipalidade de São Paulo, como engenheiros, arquitetos, etc, em casos como o da ação de usucapião em tela, solicitam os autos judiciais porque, com eles, podem melhor avaliar os elementos de que necessitam.

14. De mais a mais, o combatido indeferimento, infundado, aliás, de vista dos autos fora da competente Secretaria, viola direito líquido e certo da impetrante.

### A VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

15. O presente mandado, portanto, volta-se contra o ato violador de direito líquido e certo praticado pela digna autoridade coatora, e consubstanciado na decisão prolatada às folhas 195 dos autos da referida usucapião.

16. Ora, é “direito” da Municipalidade, “in casu”, ter vista dos autos fora de cartório. Estamos diante de uma ação judicial que diz respeito ao interesse público. Há, em tal processo, a possibilidade de haver invasão de área comum, de rua, de passeio, etc. Além de outras, é função da administração pública preservar os bens municipais de uso comum e especial, como bem observa o brilhante doutrinador Hely Lopes Meirelles (“in” “Direito Municipal Brasileiro”, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, página 234):

**“Os bens municipais ou se destinam ao uso comum do povo ou a uso especial. Em qualquer desses usos o Município interfere como poder administrador, disciplinando e policiando a conduta do público ou dos usuários especiais, a fim de assegurar**

**a conservação dos bens e possibilitar a sua normal utilização, tanto pela coletividade, quanto pelos indivíduos, como ainda pelas repartições administrativas que usam dos próprios municipais para a execução dos serviços públicos.”**

17. É inquestionável, pois, que ao indeferir o pedido de vista dos autos da usucapião a digna autoridade coatora violou direito líquido e certo da impetrante.

18. De efeito, o artigo 7º, inciso XV, da Lei nº 8906/94, garante que é “direito” do advogado:

“ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelo prazo legal”.

19. Os precedentes jurisprudenciais que tratam da matéria são inúmeros, e sempre garantindo ao advogado o “direito” de retirar de cartório ou de repartições públicas autos judiciais ou administrativos. Embora emanada sob a égide do anterior Estatuto da “OAB”, a decisão jurisprudencial a seguir transcrita confere à situação o bom, legal e legítimo entendimento:

#### **“VISTA DOS AUTOS**

Mandado de Segurança impetrado por advogado em causa própria, com o escopo de ter vista dos autos fora da repartição. Segurança concedida com supedâneo no artigo 89, inciso XVII, da Lei nº 4215/63, pois trata-se de direito público, subjetivo e amparado no princípio da liberdade da profissão, não podendo ser arredado por decreto estadual. Apelação improvida. (TJSP - 3ª Câm. Civil; Ap. Cível nº 22.03.1994; v.u.). (BAASP, 11851/187, de 15.06.1994)

#### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos. ACORDAM, em Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

.....

Nos termos do artigo 89, inciso XVII, da Lei nº 4.215/63, que aprovou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, constitui direito do advogado: "Ter vistas ou retirar, para os prazos legais, os autos dos processos judiciais ou administrativos, de qualquer natureza, desde que não ocorra a hipótese do inciso anterior, quando a vista será comum, no cartório ou na repartição competente."

No caso dos autos, contrariando o texto expresso da Lei Federal nº 4.215, a autoridade coatora, escudando-se em Decreto Estadual, entendeu por bem de negar a vista dos autos fora da repartição, direito, todavia, público, subjetivo, que assiste a todo advogado.

Trata-se de norma, inclusive, de caráter processual, por isso de ordem pública, a ser imperativamente observada, não podendo ser arredada, por manifesto, por simples Decreto Estadual, instituidor do Regulamento do ICMS.

Assim tem decidido este eg. Tribunal, pela possibilidade da vista dos autos fora da repartição, RJTJESP 137/147, bem como o eg. Superior Tribunal de Justiça, no Rec. em MS nº 2.455-6/SP (92.33544-6) DJU, 04.10.93, p. 20.501, ao proclamar:

"2. O advogado, indispensável à administração da justiça (artigo 133, CF), tem direito assegurado de ter vista dos autos, como objetiva manifestação de sua atividade e louvação ao princípio da liberdade na profissão (Lei nº 4.215/63, artigo 89, I, XI, XIV, XVIII, artigo 40, I e II, e 155, I e II, CPC)."

20. Também nesse sentido:

"ADVOGADO - Direito de vista dos autos de processo administrativo fora da repartição fiscal - Pedido indeferido sob a invocação do § 2º do artigo 532 do Decreto estadual n. 5.410, de 1974 - Alcance desse dispositivo - Segurança concedida- Sentença mantida." (JTJACSP-LEX- 63/183- Apelação nº 266.909, de Campinas).

"ADVOGADO - Vista dos autos fora de cartório - Processo sob sigilo de justiça - Direito reconhecido - Necessidade apenas de estar munido de instrumento de mandato - Aplicação do art. 40, I, do CPC."

O advogado constituído da parte tem o direito de vista dos autos fora de cartório ainda que se trate de processo em segredo de justiça. A única exigência legal é que apresente o instrumento de mandato.” (RT 636/90)

21. Merece ser salientado que o ato praticado pela digna autoridade impetrada desrespeita, igualmente, o artigo 40, inciso III, do Código de Processo Civil, que é imperativo ao assegurar ao advogado o direito de vista dos autos. Vejamos:

“Art. 40 - O advogado tem direito de:

III. retirar os autos do cartório ou secretaria, pelo prazo legal, sempre que lhe competir falar neles por determinação do juiz, nos casos previstos em lei”.

22. E que não se indague sobre o momento processual em que a impetrante pleiteou a vista dos autos. No procedimento especial que regula a ação de usucapião a manifestação da Municipalidade de São Paulo é inarredável, ainda que ela não tenha integrado a lide como parte. Enquanto não manifestar desinteresse na demanda, tem a Municipalidade a potencialidade de, a qualquer tempo, intervir no feito. Sobre o tema é uníssona a jurisprudência:

“PROCESSUAL CIVIL - Revelia - Direitos indisponíveis - I - A Fazenda Pública é titular de Direitos indisponíveis e, por isso, embora possa ter sua revelia decretada, não se lhe aplicam os efeitos do art. 319 do CPC, a teor do disposto no art. 320. II - A aplicação do art. 320 do CPC não induz a apreciação de contestação intempestiva. III - Agravo a que se nega provimento. (TRF - 3ª Região; 4ª T.; Ag. de Instr. nº 3.433-SP; rel. Juíza Marisa Santos; j. 23.10.91; v.u.; DOE, Poder Judic. 03.02.92, p. 238, Caderno 1, ementa) (BAASP nº 1735, de 25 a 31.3.92, p. 90).”

## CONCLUSÃO

23. Como se vê, sofre a impetrante violação em seu direito líquido e certo de ter vista dos autos fora da Secretaria da 6ª Vara da Justiça Federal da Secção Judiciária de São Paulo.

24. Pelo exposto, pede a impetrante a concessão da segurança, para o fim de que seja afastado o ato judicial que, ao indeferir vista dos autos fora da Secretaria, violou direito líquido e certo da impetratante, assegurado pelos artigos 7º, inciso XV, da Lei nº 8906/94, e 40, inciso III, do Código de Processo Civil.

25. Protesta provar o alegado por todos os meios em Direito permitidos.

26. *Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00, para efeitos fiscais.*

Nestes termos,

P. deferimento.

São Paulo, 18 de julho de 1996.

FLÁVIO PARREIRA GALLI  
PROCURADOR DO MUNICÍPIO

Helena Alves da Costa Marques  
Estagiária de Direito  
OAB/SP 72.187-E

# **Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento de Desapropriações**

CONTESTAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO EM AÇÃO  
ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. REPRESENTAÇÃO DO CONDOMÍNIO  
EM JUÍZO. ILEGITIMIDADE “AD CAUSAM” DE CONDOMÍNIO EM PLANO  
HORIZONTAL EM AÇÃO EXPROPRIATÓRIA. MÉTODO INDENIZATÓRIO  
DE SERVIDÃO “NON AEDIFICANDI”. FUNÇÃO SOCIAL DA  
PROPRIEDADE EM FACE DA ORDENAÇÃO URBANÍSTICA DA CIDADE.

**Antônio Furtado da Rocha Frota**  
**Procurador do Município**

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública

MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por seu procurador infra-assinado, vem nos Autos da Ação ORDINÁRIA que lhe é movida a requerimento do CONDOMÍNIO CONJUNTO RESIDENCIAL ENCOSTA DO SOL perante esse MM. Juízo e Cartório sob o nº 473/66, apresentar a V. Exa., no prazo legal, sua **CONTESTAÇÃO** ao pedido de fls., que se resume em pedir indenização por pretensa ocupação de uma área que mediria 560m<sup>2</sup>, situada nos fundos do terreno do condomínio, necessária

para servir como *viela sanitária*; diante disso pede o Autor de modo claro e preciso uma indenização pela ocupação da área utilizada como servidão *non aedificandi*, indenização esta no valor real, total e atual da referida faixa de terreno, permitindo isso a dedução de que, ao final, sua pretensão é transferir o domínio da mesma à Ré; ora

O pedido, então, revela uma autêntica desapropriação indireta da faixa de terreno, embora revele que o terreno se encontra onerado por uma SERVIDÃO.

Quer dizer, sobressai do pedido o caráter de indenização pelo valor total da área, segundo critério adotado no laudo acostado à inicial; todavia

### PRELIMINARMENTE DA IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO

O Pedido deve ser julgado **EXTINTO** já que a representação do Autor não está correta, isto porque representado por quem flagrantemente não tem poderes para tal.

O signatário do Instrumento de Procuração de fls. 9, Sr. Marcos G. Borello, foi eleito em 3 de maio de 1994 para exercer a função de Síndico do Condomínio Autor, por um período de **dois anos**, como prevê o §3º do art. 9º da Convenção de Condomínio (fls. 39/47); no entanto,

O Pedido Indenizatório foi protocolizado no dia 27 de maio de 1996, quando o Sr. Marcos Giacomo Borello já não tinha mais poderes para representar o Condomínio, ou, ao menos, não há prova de sua continuidade na função de síndico, na data do ajuizamento do pedido. Diante disso

Há clara e evidente infração ao preceito contido no inciso IX do art. 12 do C.P.C., razão pela qual

*A representação está claramente viciada, donde a imposição da EXTINÇÃO da Ação nos termos do art. 267, inciso IV do CPC, já que o pedido revela ausência de pressuposto essencial para constituição e desenvolvimento válido do processo; entretanto*

Se assim não entender V. Exa., então melhor sorte não merece o processo, devendo ser **extinto** com arrimo no mesmo preceito legal; isto porque

A pretensão inicial se resume no pagamento de uma indenização por "alegada perda de área destinada a instalação de uma *viela sanitária*", o que equivale a uma desapropriação indireta; no entanto

O Professor João Baptista Lopes, que brilhantemente julgou em Vara da Fazenda Pública, em sua obra "Condomínio" (Ed. Revista dos Tribunais - 5ª edição - pág. 134 e 135) ensina

### **"Representação do condomínio pelo síndico**

*A representação do condomínio pelo síndico, em juízo, só é admissível quando se cuidar de medidas de caráter geral ou ordinário (ex.: cobrança de encargos de condomínio; moléstia ao uso das partes comuns).*

*Não poderá representá-lo, porém, se o interesse manifestado em juízo não afetar a comunhão em si.*

*Quanto à representação passiva, será legitimado nas ações que se fundarem em deliberações da assembléia e nas em que se litigar contra a comunhão.*

*Em se tratando de questões que digam respeito aos interesses privados dos condôminos (ex.: desapropriação de unidades autônomas ou de partes comuns) será obrigatória a citação de todos os condôminos interessados"*

J. Nascimento Franco e Niske Gondo (in "Condomínio em Edifícios" - 5ª ed. - Ed. Revista dos Tribunais - pág. 249) doutrinam

*"A representação exercida pelo síndico refere-se aos atos de administração ordinária, para os quais não precisa ele de poderes expressos dos condôminos, visto que já possui "mandato legal" emanado da lei. Quando, porém, se trata de procedimento em que o condomínio é autor ou réu e sobre matéria que refoge à rotina administrativa, cabe-lhe receber as citações e tomar as medidas*



*imediatas, mas, em seguida, convocar a Assembléia Geral, para que ela, como órgão deliberativo soberano do Condomínio, resolva o que entender útil aos interesses comuns"*

Os referidos autores, a propósito de desapropriação, em nota 314 da mesma obra, emendam *que o condomínio não é dono das áreas comuns, que são proporcionalmente atribuídas indissolúvelmente a todas as unidades autônomas e, por isso, as integram. Logo, desapropriados são todos os condôminos, que devem ser citados. Aliás, o art. 16 da chamada Lei de Desapropriação (Decreto-lei 3.365/41) dispõe que a citação do administrador da coisa, no caso de condomínio, dispensa a dos condôminos, "exceto o de edifício de apartamentos, constituindo, cada um, propriedade autônoma"* (realce não constante do original).

Nestas condições, o síndico não tem legitimidade para representar o condomínio em questões que dizem respeito aos interesses privados dos condôminos e não da universalidade.

Isto posto, a Extinção da Ação se impõe não só por vício na representação do autor, mas também pelo vício existente na legitimidade para a ação, o que permite também caracterizar a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, do que decorre que a presente Ação deve ser julgada EXTINTA com fundamento no mesmo inciso IV do art. 267 do C.P.C.

### **ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM"**

Entretanto, se assim não entender V. Exa., então com fundamento no inciso VI do mesmo artigo 295 e art. 6º, ambos do C.P.C., a **extinção da Ação** se impõe, posto que *ao Condomínio falta legitimidade para pleitear em nome próprio direito alheio*, quer dizer, o Condomínio não é proprietário das partes comuns que integram, na proporção que a sua especificação determina, a propriedade individual de cada um dos condôminos; assim, falta-lhe a *legitimação ativa* para pleitear interesse individual de cada um dos condôminos.

Celso Neves (*in* "Estrutura Fundamental do Processo Civil" - Ed. Forense - 1995 - pág. 122), invocando lição de Liebmann, define **legitimação para agir**:

*"La titolarità (attiva e passiva) dell'azione. Il problema della legittimazione consiste nell' individuare la persona cui spetta l'interesse ad agire (e quindi l'azione) e la persona nei cui confronti esso spetta; in altri termini, esso sorge dalla distinzione tra il quesito sull' esistenza oggettiva dell' interesse ad agire ed il quesito sulla sua appartenenza soggettiva. Quando l'art. 100 Cod. Proc. Civ. dispone che "per proporre una domanda in giudizio è necessario avervi interesse", indica chiaramente che l'interesse ad agire non solo deve esistere, ma deve anche esistere precisamente in capo a colui che propone la domanda: un estraneo non può validamente far valere l'altrui interesse ad agire."*

O ínclito José Carlos de Moraes Salles (in "A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência" - 3ª ed. - pág. 372 - Ed. Revista dos Tribunais), com a proficiência reconhecida, leciona

*"No feito expropriatório, questões como as da incompetência absoluta, inépcia da inicial, litispendência, coisa julgada, **incapacidade da parte ou defeito de representação** podem dar lugar à extinção do processo, com fundamento no art. 267 do C.P.C."*

*Por outro lado, a existência de causa que determina a impossibilidade jurídica do pedido de desapropriação, a falta de interesse processual para a ação de desapropriação ou a ilegitimidade 'ad causam' poderão ser também fatores determinantes da extinção do processo expropriatório, com fundamento no art. 267 do C.P.C."*

Logo, MM. Juiz, a **extinção da Ação** se impõe porque falta legitimidade para a universalidade denominada **CONDOMÍNIO** pleitear em nome próprio direito exclusivo de cada um dos proprietários das unidades que o compõem, já que o condomínio não tem propriedade sobre as partes comuns, estas pertencem proporcionalmente a cada uma das unidades. Tese esta defendida com brilhantismo pelo nobre e culto José Carlos Moraes Salles na obra citada, no item 3.1.3.

Entretanto, se assim não entender V. Exa., então no

## MÉRITO

A Ação improcede, pois o Autor faz *pedido certo*, que não permite alteração, posto que

Alegando a instituição de uma servidão pede indenização integral da área utilizada.

### INADEQUAÇÃO DO MÉTODO INDENIZATÓRIO

Com efeito, *SERVIDÃO ADMINISTRATIVA* ou *PÚBLICA* é, na definição de Hely Lopes Meirelles, "o *ônus real de uso, imposto pela Administração à propriedade particular, para assegurar a realização e conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário*".

Ora, o Autor, a par de não estar legitimado para propor a presente Ação, não provou os **prejuízos efetivos** causados pelo estabelecimento da viela sanitária; isto porque

A segunda parte do art. 695 do Código Civil deixa claro que "por ela perde o proprietário do prédio serviente o exercício de alguns de seus direitos dominicais, ou fica obrigado a tolerar que dele se utilize, para certo fim, o dono do prédio dominante".

Hely Lopes Meirelles, em "Direito Administrativo Brasileiro" (2ª edição - pág. 513), define: "a servidão administrativa é um *ônus real de uso, imposto pela Administração a determinados imóveis particulares, para possibilitar a realização de obras e serviços públicos*", isto é, **a servidão administrativa impõe um ônus de suportar que se faça e incide sobre a propriedade.**

O Mestre lembra que a servidão administrativa não se confunde com a desapropriação, **como quer o autor**, pois que esta retira a propriedade do particular, ao passo que a **SERVIDÃO CONSERVA A PROPRIEDADE COM O PARTICULAR E LHE IMPÕE O ÔNUS DE SUPORTAR UM USO PÚBLICO.**

## FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Esta imposição de suportar o uso público de bem de propriedade do particular foi acolhido na Constituição Federal vigente ao atribuir função social à propriedade, isto porque

A Constituição Federal já não vê a propriedade segundo a visão liberal, atribuindo-lhe função social; não é menos certo que Ela garantiu o direito de propriedade, como direito fundamental do homem tal qual previra a Declaração de 1789, tanto que o “caput” do art. 5º da Constituição Federal garante entre outros direitos o de **propriedade**; entretanto

Como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho em seus “Comentários...” (pág. 46 - 1º vol.): *“Daí ser lição corrente na doutrina que, referindo-se à propriedade, quis o constituinte dizer direito de conteúdo econômico, direito patrimonial. Assim, no texto em exame, a Constituição consagra o direito fundamental de não ser alguém despojado de direito de seu patrimônio sem justa indenização”.*

*“A propriedade, todavia, consagrada pela Constituição, não é a de concepção absoluta, romanística, e sim a propriedade encarada como uma função eminentemente social... Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso desta seja condicionado ao bem estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só. A preocupação com a função social da propriedade é que inspira a expropriação por interesse social prevista no art. 5º, XXIV.”*

Porém, a propriedade, sendo urbana e dada sua função social, tende a sofrer orientação para atender ordenação urbanística das cidades, implicando isso uma restrição ao direito patrimonial do seu proprietário.

Disso deflui que a função social da propriedade urbana *constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento da personalidade.*

Ora, MM. Juiz

A citada Lei n.º 8.940, de 10 de julho de 1979, invocada pelo Autor para amparar-lhe o direito à indenização, nada mais significou senão a aprovação do traçado de faixa de terreno em substituição ao estabelecido pela Lei nº 5.879/61, para nela ser instalada a viela sanitária; dessarte, tal diploma visou tão somente expor o interesse social sobre a área, e com isso estabelecer um equilíbrio entre o interesse privado do Autor e o interesse público de orientar a utilização do bem; de vez que

### **NÃO CARACTERIZAÇÃO DE PERDA DE ÁREA E INTEGRAL APROVEITAMENTO ECONÔMICO**

A área utilizada para a instituição da servidão e versada no pedido não restringiu o direito de serem edificadas os Condomínios ENCOSTA DO SOL, MARESIAS I, MARESIAS II e SANTA CLARA, como bem demonstram os documentos de fls. 14/47, 71/96 e 89/12, que se valeram de toda a área adquirida pelos empreendedores, tanto que as respectivas descrições das áreas demonstram que ditos edifícios são limitrofes um do outro. Quer dizer, cada um dos Edifícios componentes dos mencionados condomínios foi construído e utilizado como parâmetro, como limitação da área construída a proporção decorrente da **área original**; no caso específico do Autor foi utilizada a área adquirida, em 29/11/73, pela Empreendedora (BAÚ CONSTRUTORA LTDA.) de 3.500m<sup>2</sup> - fls. 15 - item II.

Mais, a BAÚ obteve Alvará de Construção do citado conjunto residencial em 7/2/75, apostilado posteriormente em 3/9/75 e 1/12/76, apostilamentos esses que não significaram diminuição da área, ou modificação do projeto inicial em virtude da restrição imposta pela **SERVIDÃO ADMINISTRATIVA**; dessarte, o local já possuía a configuração atual desde os idos de 1975; a Lei nº 8.940/79 não impingiu ao Condomínio ou a seus condôminos maior ônus do que aquele restritivo datado de 30 de novembro de 1961, expresso pela Lei nº 5879, tanto que as fotografias acostadas à inicial demonstram que as paredes das garagens do Condomínio obedecem os limites impostos pela restrição, disto resulta que o aproveitamento econômico da área sobre a qual se erigem os Edifícios componentes do

Condomínio Autor foi integral, segundo o Alvará de Construção, segundo o seu Memorial de Incorporação e Especificação, do que decorre a

**INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO** que, na lição de Hely Lopes Meirelles, importaria o dever de indenizar; falta de prejuízo, a consequência lógica é a improcedência da Ação; não bastasse isso,

### **DA PRESCRIÇÃO**

É de ser ponderado que, tendo ocorrido a construção aprovada na sua configuração atual, nos idos de FEVEREIRO DE 1975, forçoso reconhecer que o direito a qualquer indenização por pretensão prejuízo está **PRESCRITO**, nos termos do art. 177 do Código Civil.

Entretanto, se assim não entender V. Exa., então a **IMPROCEDÊNCIA** da Ação se impõe; porque

O Autor, conquanto não seja proprietário da área dita ocupada, alega restrição de uso pela instituição sobre a mesma de uma **SERVIDÃO** e pede indenização como se desapropriação houvera, embora os institutos não se confundam.

A indenização por **SERVIDÃO**, face ao conceito social da propriedade e ao fim a que se destinou, deve ser mitigada, mormente porque

### **CONCURSO VOLUNTÁRIO**

Ao ser promovida a especificação do condomínio, obtido o Alvará de Construção, foi respeitada a restrição que lhe fora imposta pela Lei 5.879/61 e, não reclamando a indenização tempestivamente, houve um concurso voluntário dos proprietários, para que o benefício lhes fosse proveitoso, ou ao menos omitiram-se no pedido indenizatório, pelo que

Não pode agora ser pleiteada a indenização, pois

Resta implícito ter havido abandono da área, por não haver qualquer defesa da posse exercida sobre o bem mencionado na inicial, defesa contra a ocupação do terreno para implantação de uma via sanitária.

Deixa claro que as obras foram realizadas com anuência da BAÚ CONSTRUTORA LTDA. e seus sucessores, logo, é de ser concluído que o imóvel não teria a configuração atual não fosse a *concordância* deles; por conseguinte

A improcedência da Ação se impõe como medida de Justiça.

Entretanto, *ad cautelam*

Pondera a Ré que somente a perícia poderá averiguar a veracidade das afirmações do Autor, quantificando a área dita como onerada pela servidão, seu valor, e data da obra da *viela sanitária*, bem como qual era a destinação dada ao bem antes da alegada obra, sua exata dimensão.

Ademais, admitida "*ad argumentandum*" a razão do Autor, a indenização deverá ser arbitrada pelo método menos gravoso ao Poder Público, e as verbas acessórias deverão obedecer à Lei e à Jurisprudência.

Protestando por todos os meios de prova em direito admitidos,

Protesta, ainda, por apresentar no prazo legal seus quesitos para serem respondidos pela Perícia e indicar seu Assistente Técnico.

Termos em que,

J. esta aos Autos,

P. Deferimento.

São Paulo, 21 de agosto de 1996

ANTONIO FURTADO DA ROCHA FROTA  
Procurador - DESAP. 22 - O.A.B. 21.754

APOSENTADORIA E BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS  
CONCEDIDOS A VEREADORES POR LEI DE INICIATIVA DO  
PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL. CUSTEIO PELO INSTITUTO DE  
PREVIDÊNCIA MUNICIPAL - IPREM. INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO DA  
INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDÊNCIA.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Processo nº 24.731.0/1

Requerente: PREFEITO DE SÃO PAULO

Requerido: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL  
DE SÃO PAULO



Vistos.

I - Ingressa o Prefeito do Município de São Paulo com a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade da lei nº 11.535/94, promulgada pela Câmara Municipal de São Paulo, para que ocorra a suspensão imediata de seus efeitos, até final decisão da demanda.

Alega, em síntese, que: a) a lei promulgada é atingida pelo vício de iniciativa ferindo as Constituições Federal e Estadual e a Lei Orgânica do Município, por ser matéria exclusiva do Executivo; b) desobediência ao princípio da harmonia e independência dos Poderes, por exercer o Legislativo tributação reservada ao Executivo; c) que a referida lei inclui os Vereadores na categoria de servidores para fins previdenciários; d) desobedece princípios de isonomia, uma vez que a vinculação dos vereadores à previdência social deveria obedecer os mesmos critérios aplicáveis aos demais funcionários; e) a existência do “**periculum in mora**” consistente no desequilíbrio econômico quanto ao pagamento dos benefícios, o que trará prejuízos financeiros ao Município.

Este o relatório.

II - Dos argumentos expendidos pelo Chefe do Executivo deflui-se a razoabilidade do deferimento da pretensão.

Os pressupostos fundamentais exigidos para a concessão de liminar em mandados de segurança, medidas cautelares, ações populares e ações civis públicas, antes de ouvir a outra parte, são o “**fumus boni juris**” e o “**periculum in mora**”.

No que pertine às ações diretas de inconstitucionalidade, os pressupostos são, aparentemente, os mesmos. O requerente demonstrou, convenientemente, a ocorrência do “**periculum in mora**”, ao relatar as consequências que poderão advir da aplicação da lei guerreada, com a eventual falta de recursos do Município para honrar os contratos mantidos com as concessionárias.

Em razão disso, a liminar é necessária a fim resguardar o interesse público, até que se decida o mérito da ação.

III - Em face do exposto, **DEFIRO** o pedido de suspensão dos efeitos da lei nº 11.535/94 promulgada pela Câmara Municipal de São Paulo.

Remetam-se os autos ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Primeiro Vice-Presidente, a quem compete servir como juiz preparador, até a distribuição, inclusive (artigos 668 e 669 do RITJSP).

São Paulo,        de        de 1994

**WEISS DE ANDRADE**  
Presidente do Tribunal de Justiça

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO REGIMENTAL nº 24.731-0/3-01, da Comarca de SÃO PAULO, em que é agravante CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, sendo agravado EXMO. SR. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO e interessado PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

I - A CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, irresignada com o deferimento do pedido de suspensão de eficácia da Lei 11.535/94 nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 24.731-0/1 impetrada pelo Prefeito Municipal, a qual trata da vinculação dos vereadores à previdência social, incluindo-os na categoria de servidores para fins de aposentadoria (fls. 41/43), interpôs o presente Agravo Regimental (fls. 53/69).

Com efeito, em face de suas disposições era imperiosa a concessão da liminar para a suspensão da Lei nº 11.535/94, já que a inclusão nela prevista acarreta inúmeras despesas, sem que exista provisão orçamentária, circunstância esta ensejadora da possibilidade de haver sério prejuízo ao erário, caso seja reconhecida sua ilegalidade.

Alega a Agravante, em síntese, que: a) na presente ação se discutem matérias alheias à ação de inconstitucionalidade de caráter genérico;

b) não há que se falar em vício de iniciativa na referida lei; c) a mesma não traz desequilíbrios orçamentários, dependendo de criação de lei complementar de iniciativa do Prefeito Municipal, para consumir-se sua eficácia e possível onerosidade; d) trata-se de lei plenamente constitucional, manifestando, desta forma, claramente a ausência dos pressupostos de *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.

II - Inobstante tais argumentos, impõe-se a subsistência da decisão agravada, por suas próprias razões.

Clara e evidente a presença dos pressupostos necessários à concessão da liminar, uma vez que a aplicabilidade da presente lei resultará na inclusão dos Vereadores Municipais na categoria de Servidores Públicos, com sua conseqüente vinculação à previdência social sem que haja previsão orçamentária para tanto. Desta forma, passível de ilegalidade, enseja a ocorrência iminente de danos ao erário municipal.

Aliás, em nada acrescenta o apresentado que possibilite decisão diversa da já proclamada, inclusive:

“Os pressupostos fundamentais exigidos para a concessão de liminar em mandados de segurança, medidas cautelares, ações populares e ações civis públicas, antes de ouvir a outra parte, são o “*fumus boni juris*” e o “*periculum in mora*”.

No que pertine às ações diretas de inconstitucionalidade, os pressupostos são, aparentemente, os mesmos. O requerente demonstrou, convenientemente, a ocorrência do “*periculum in mora*”, ao relatar as conseqüências que poderão advir da aplicação da lei guerreada, com a eventual falta de recursos do Município para honrar os contratos mantidos com as concessionárias.

Em razão disso, a liminar é necessária a fim de resguardar o interesse público, até que se decida o mérito da ação.”

Frente ao exposto, necessária se faz a manutenção do *decisum* por seus próprios fundamentos, reconhecida, assim, a existência de entendimento que enseje a concessão da liminar.

III - Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Desembargadores LAIR LOUREIRO, ALVES BRAGA, CARLOS ORTIZ, SILVA LEME, YUSSEF CAHALI, REBOUÇAS DE CARVALHO, NEY ALMADA, MÁRCIO BONILHA, NIGRO CONCEIÇÃO, CUNHA BUENO, NÉLSON FONSECA, NÉLSON SCHIERSARI, OETTERER GUEDES, DJALMA LOFRANO, CUBA DOS SANTOS, DIRCEU DE MELLO, JOSÉ OSÓRIO, HERMES PINOTTI, GENTIL LEITE, DANTE BUSANA, ALVARO LAZZARINI, JOSÉ CARDINALE, DENSER DE SÁ e MOHAMED AMARO.

São Paulo, 29 de novembro de 1995.

WEISS DE ANDRADE  
Presidente e Relator sem voto

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI nº 24.731-0/1, SÃO PAULO, em que é requerente o PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e requerido o PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, sendo interessada a PROCURADORIA GERAL DO ESTADO:

ACORDAM, em Sessão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, rejeitar as preliminares, julgar procedente a ação, confirmando a liminar. Oficie-se.

Desde que se alega que a Lei Municipal vulnerou dispositivos constitucionais estaduais, ainda que estes reproduzam preceitos da Carta Magna, a competência para a apreciação da inconstitucionalidade é deste E. Tribunal.

Isto tem sido sempre adotado, consolidando a posição após a apreciação da reclamação nº 383-3 pelo Pretório Excelso, sendo rel. o Ministro Moreira Alves.

Logo existe legitimidade para a propositura desta ação, aceitando-se a competência desta Casa.

Lembre-se que foi citada a Procuradoria Geral do Estado ante o disposto no art. 90, § 2º da Constituição Estadual.

Fica ao seu arbítrio integrar ou não a lide no que couber.

Como não apresentou qualquer defesa, não há que se cogitar da sua exclusão.

Nesta conformidade, ficam rejeitadas as preliminares apresentadas.

No concernente à propositura, entende o Alcaide Municipal que a Lei nº 11535/94, criando benefícios previdenciários e aposentadorias aos vereadores, ofendeu a Constituição Paulista.

Cita os poderes existentes e como devem funcionar em face do disposto no art. 5º, depois parte para o 144 que estatui: "Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição".

Entre os princípios ofendidos com aquela Lei, refere ao art. 24, § 2º, 4, que estabelece a competência do Chefe do Executivo na iniciativa das leis sobre a organização da administração relacionada a todos os servidores públicos.

Sabido é que os agentes políticos possuem conceitos diferentes dos servidores e embora ambos façam parte dos agentes públicos, não se igualam.

Elucida o preclaro Hely Lopes Meirelles: "Agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Não são funcionários públicos em sentido estrito, nem se sujeitam ao regime estatutário comum. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes

funcionais e de responsabilidade, que lhe são privativos”, em Direito Administrativo Brasileiro, 5ª ed., pág. 56.

No art. 126 e incisos estão estabelecidas as formas de aposentadoria e benefícios previdenciários dos servidores públicos que não poderiam ser estendidos pelo Legislativo, com vício de iniciativa, invadindo a esfera de atuação do Executivo.

A lei em foco, estabelecendo a forma de proventos integrais aos Vereadores, com contagem anterior para a aposentadoria até para quem não contribuiu para os fundos dos segurados, foi além do que poderia legislar.

Inegável que irá arcar com as conseqüências a autarquia IPREM, Instituto de Previdência Municipal, ligada ao Executivo.

Neste aspecto não ficou estabelecido o devido custeio, afastando-se do que dispõe o art. 25, ou seja, a falta de indicação dos recursos disponíveis próprios para atender os encargos, onerando sobremaneira o sistema previdenciário municipal.

Ficou ressaltado quando foi concedida a liminar: “Clara e evidente a presença dos pressupostos necessários à concessão da liminar, uma vez que a aplicabilidade da presente lei resultará na inclusão dos Vereadores Municipais na categoria de Servidores Públicos, com sua conseqüente vinculação à previdência social sem que haja previsão orçamentária para tanto”, fl.141.

Desta forma, a Lei Municipal nº 11535/94, alterando dispositivos da de nº 10828/90, de iniciativa do Poder Legislativo Municipal, rejeitando veto do Sr. Prefeito, invadiu seara alheia, ofendeu o princípio consagrado da independência dos poderes, contrariou normas constitucionais, não respeitou a independência e separação dos poderes.

Analisando a Lei ponderou o douto Procurador de Justiça: “Realmente, seria um verdadeiro sofisma afirmar que a lei não trata do regime jurídico dos servidores e sim do regime jurídico dos vereadores, uma vez que inclui estes em situação própria daqueles. Igualou-os para fins de

aposentadoria, estendendo aos Vereadores os benefícios previdenciários dos servidores, interferindo, portanto na estrutura operacional do Instituto de Previdência do Município, bem como onerando a dotação orçamentária própria das aposentadorias dos servidores públicos", fl. 252.

Diante disto, está patente a inconstitucionalidade da Lei nº 11.535, eis que não respeitou os ditames constitucionais, estendendo indevidamente benefícios previdenciários e aposentadoria aos Membros da Câmara Municipal, criando despesas sem base orçamentária, afetando o princípio da iniciativa de outro Poder Municipal.

Logo, julga-se procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 11535/94 da Câmara Municipal de São Paulo, confirmando-se a liminar.

Oficie-se à Câmara dos Vereadores comunicando o resultado.

Custas como de direito.

Participaram do julgamento os Desembargadores YUSSEF CAHALI (Presidente), LAIR LOUREIRO, CARLOS ORTIZ, SILVA LEME, REBOUÇAS DE CARVALHO, NEY ALMADA, MÁRCIO BONILHA, NIGRO CONCEIÇÃO, CUNHA BUENO, OETTERER GUEDES, CUBA DOS SANTOS, DIRCEU DE MELLO, LUÍS DE MACEDO, JOSÉ OSÓRIO, VISEU JÚNIOR, HERMES PINOTTI, ÁLVARO LAZZARINI, DANTE BUSANA, JOSÉ CARDINALE, DENSER DE SÁ, LUIZ TÂMBARA, FRANCIULLI NETTO, FONSECA TAVARES e P. COSTA MANSO.

São Paulo, 20 de novembro de 1996.

YUSSEF CAHALI  
Presidente

GENTIL LEITE  
Relator

BEM PÚBLICO MUNICIPAL. POSSE DE MÁ-FÉ. RECEBIMENTO  
DOS FRUTOS PREVISTOS NO ART. 513 DO CÓDIGO CIVIL.  
REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROCEDÊNCIA.

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 673.913-7, da Comarca de SÃO PAULO, sendo recorrente JUIZO DE OFÍCIO, apelante MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO e apelada PORCELANAS MORUMBI LTDA..

*POSSESSÓRIA - Reintegração de Posse - Bem Público - Inconformismo da Municipalidade com a sentença na parte que negou a*



*indenização postulada pelo uso indevido da área - Admissibilidade - Por ficar caracterizada posse de má-fé, cabível o recebimento dos frutos previstos no art. 513 do Código Civil - Apuração do quantum indenizatório através de liquidação de sentença - Sucumbência alterada - Recurso provido para esse fim.*

ACORDAM, em Terceira Câmara Extraordinária, do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

A r. sentença julgou parcialmente procedente esta ação de reintegração de posse proposta pela Prefeitura Municipal de São Paulo contra Porcelanas Morumbi, tendo o MM. Juiz concluído que a posse e propriedade da Municipalidade sobre o imóvel estão comprovados até mesmo por requerimento da ré, pedindo autorização no âmbito administrativo para zelar pelo espaço por ela utilizado.

Recorre a Prefeitura, pedindo a procedência total da ação, ou seja, que o pedido de indenização pelo uso indevido da área seja também provido. Acrescenta que o uso da área pela ré foi de má-fé e que, em tais circunstâncias, cabe a indenização postulada.

Recurso preparado e respondido.

É o breve relatório, adotado no mais o da r. sentença.

Não há recurso da ré, cingindo-se a resposta deste Tribunal, portanto, ao pedido de indenização pela ocupação da área e que foi negado pelo MM. Juiz em sua r. sentença.

Entende-se que tem razão a apelante, porque a posse da ré, se era de boa-fé, perdeu essa característica a partir do momento em que sua solicitação de cessão da área pública foi indeferida. Tanto assim é que a Municipalidade, para reintegrar-se na posse do imóvel, teve que se valer da ação possessória.

Realmente, desde que a ré apelada teve ciência de que a cessão da área lhe fora negada, a sua posse continuada perdeu a característica anterior de boa-fé, convertendo-se em posse de má-fé, a qual justifica a

indenização pretendida. A posse de má-fé é posse indevida, sobretudo tratando-se de bem público, de uso comum do povo.

Se fosse de boa-fé a posse da apelante, deveria ter devolvido o bem público à Municipalidade, sem a necessidade de propositura da presente possessória.

Não é certo que a apelante, conforme alega em contra-razões, tenha feito o pedido para "zelar" pelo patrimônio da Municipalidade. O zelo mencionado era em favor de seu próprio patrimônio, visto que a atividade exercida é empresarial e envolveu bem que pertence a todos.

Em casos como o presente, aplica-se o disposto no art. 513 do Código Civil, que prevê responsa o possuidor de má-fé pelos frutos colhidos, desde o momento em que se constituiu de má-fé.

Portanto, é o caso de dar provimento ao recurso, para julgar integralmente procedente a ação, circunstância que impõe seja alterada a sucumbência, que fica carreada integralmente à ré, no montante de dez por cento do valor que for apurado em liquidação de sentença.

A apuração do **quantum** indenizatório será feita em liquidação de sentença, com base no valor locativo do imóvel, a contar do momento em que a ré teve ciência do indeferimento da cessão de uso.

Portanto, deram provimento.

Participaram do julgamento os Juízes CARLOS PAULO TRAVAIN (Revisor) e SOARES DE MELLO.

São Paulo, 19 de março de 1997.

ALOÍSIO DE TOLEDO CÉSAR  
Presidente e Relator

DIVERSÕES ELETRÔNICAS. CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL QUE REGULA LOCALIZAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM ORDINÁRIA DE PRESTAÇÃO DE FATO E INDENIZATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA.

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 274.358-1/1, da Comarca de SÃO PAULO, em que é recorrente o JUÍZO "EX OFFICIO", sendo apelante MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO e apelada PLAYLAND - COMÉRCIO E EMPREENDIMENTOS LTDA.:

ACORDAM, em Sexta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, prover o agravo retido e aos demais recursos, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VALLIM BELLOCCHI (Presidente, sem voto), TELLES CORRÊA e FERREIRA CONTI, com votos vencedores.

São Paulo, 24 de março de 1997.

LUIGI CHIERICHETTI  
Relator

VOTO Nº 839

APELAÇÃO CÍVEL Nº 274.358-1/1

COMARCA: SÃO PAULO

APTE.: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO

APDO.: PLAYLAND COMÉRCIO E EMPREENDIMENTOS LTDA.

*EMENTA: Ação declaratória cumulada com ordinária de prestação de fato e indenização por perdas e danos. Estabelecimentos de diversões eletrônicas. Lei Municipal nº 9.906/85, que estabeleceu uma distância mínima de 600 metros entre qualquer estabelecimento de ensino e o estabelecimento que explore diversões eletrônicas. Inexistência de inconstitucionalidade na lei municipal acima apontada. Competência legislativa municipal para disciplinar matéria de seu interesse, assim como promover o controle e o planejamento do uso e ocupação do solo. Art. 30, I e VIII da Constituição Federal. Agravo retido que fica provido. Apelação e recurso oficial providos.*

Trata-se de ação declaratória cumulada com ordinária de prestação de fato e indenização por perdas e danos, movida contra a Municipalidade de São Paulo, julgada procedente pelo MM. Juiz **a quo**, por sentença cujo relatório fica adotado.

Apela a Municipalidade-ré postulando, de início, pelo acolhimento de seu agravo retido, a fim de que a verba honorária do perito judicial seja fixada em importância inferior àquela arbitrada pelo MM. Juiz **a quo**.

No mérito, sustenta a legalidade de seu procedimento em não permitir a expedição de alvarás de funcionamento aos estabelecimentos da Apelada, em face do quanto dispõe a Lei nº 9.906/85.

A apelação foi contra-arrazoada.

É o relatório.

No que tange ao agravo retido, ao mesmo há que se dar provimento, uma vez que os honorários periciais fixados pelo MM. Juiz **a quo**, em seu despacho de fls. 438 e v., mostram-se excessivos em relação aos trabalhos desenvolvidos pelo perito judicial, Gilvan Guedes Pereira, acolhendo-se, para tanto, as razões apresentadas no agravo interposto pela Municipalidade.

O trabalho realizado pelo **expert** do Juízo não é de porte a exigir uma retribuição tão elevada, de modo que sua fixação fica determinada em R\$ 2.000,00.

No que pertine ao mérito da demanda, há que se reconhecer que a Municipalidade de São Paulo tem inteira razão ao se opor à expedição de alvarás de funcionamento em relação aos estabelecimentos da Apelada.

Pela prova pericial inserida nos autos, como também pelos próprios quesitos formulados pela autora, em especial o de nº 1, infere-se que os estabelecimentos pertencentes à Apelada encontram-se, de fato, situados a uma distância inferior àquela de 600 metros, prevista no art. 1º, da Lei nº 9.906/85.

O laudo pericial por primeiro elaborado revelou que, nos locais em que autora explora sua atividade econômica, encontram-se instalados aparelhos eletro-eletrônicos, tais como máquinas de flipperama.

Ora, a Lei Municipal nº 9.906/85, ao modificar o art. 1º, da lei nº 8.964/79, determinou que não mais seriam concedidos alvarás de funcionamento para novas casas de diversões eletrônicas, cujos estabelecimentos se situassem a menos de 600 metros de distância de colégios de 1º e 2º graus.

O art. 2º, desse mesmo diploma legal, determina que, para os estabelecimentos que estiverem em funcionamento, este alvará não será renovado, quando se comprovar a inobservância da distância mínima acima apontada.

Sustenta a Apelante que a regra contida na Lei Municipal acima invocada é inconstitucional, porque fere o art. 1º, inciso IV, assim como o art. 170, § único, da Carta Magna, expondo que a Lei nº 9.906/85 veda, de forma indireta, a possibilidade de se explorar casas de diversões eletrônicas no Município de São Paulo.

O perito judicial, subscritor do segundo laudo, ao responder ao quesito nº 1 da autora, asseverou que o atendimento ao diploma legal mencionado importaria em instalar essas casas de diversões eletrônicas em lugares distantes e periféricos da cidade, quase que desabitados, de difícil acesso, diante do grande número de escolas públicas e privadas existentes no Município de São Paulo.

Ora, é de se ter presente que a Lei Municipal nº 9.906/85, modificada pela lei atualmente vigente, de nº 11.610/94, teve por fim dificultar, sobremaneira, a exploração desses jogos eletrônicos, tutelando o interesse público, consistente na freqüência dos alunos aos cursos regulares de ensino do 1º e 2º graus.

É de sabença corriqueira que as casas de diversões eletrônicas são freqüentadas, quase que exclusivamente, por crianças, adolescentes e jovens, todos em idade escolar e que, com freqüência, os alunos das escolas deixam de assistir às aulas para se agruparem nesses locais de diversões, ali permanecendo por longas horas.

Destarte, o Poder Público Municipal, não exorbitando de sua competência, editou a lei para minimizar esse mal, não se podendo entender que agindo dessa forma a Municipalidade tenha contrariado os cânones constitucionais previstos nos arts. 1º, inciso IV, e 170, § único, da Lei Maior.

O Poder Público Municipal agiu de conformidade com a competência legislativa que lhe foi conferida pelo art. 30, incisos I e VIII, da

Constituição Federal, de sorte que nenhum reparo há que se fazer no respeitante à conduta por ela posta em prática.

Dentre os bens postos em confronto, quais sejam, de um lado o lucro e de outro o ensino e a cultura, há que prevalecer estes, uma vez que dizem respeito ao interesse público, prevalecente sobre o interesse particular.

Pelas razões acima expostas, dá-se provimento à apelação, ao agravo retido, bem como ao recurso oficial, julgando-se improcedente a demanda e fixando-se os honorários periciais, do **expert** que elaborou o segundo laudo, em R\$ 2.000,00.

Quanto aos ônus da sucumbência, ficam eles invertidos, de sorte que serão eles suportados, por inteiro, pela autora.

LUIGI CHIERICHETTI  
Relator

EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA: SUBSTITUIÇÃO. PENHORA DE DINHEIRO ARRECADADO EM BILHETERIA. PERTINÊNCIA EM FACE DA NECESSIDADE DE GARANTIA EFICAZ DO JUÍZO E DO CRÉDITO EXECUTADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 696.484-9, da Comarca de SÃO PAULO, sendo agravante JOCKEY CLUB DE SÃO PAULO e agravado MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Décima Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.



**EXECUÇÃO - SUSPENSÃO DECORRENTE DOS EMBARGOS - DELIBERAÇÃO ACERCA DA PENHORA - VIABILIDADE E LEGALIDADE** - *As decisões sobre a garantia do juízo através da penhora, mesmo depois de recebidos os embargos e suspensa a execução, são viáveis e lícitas pois se ligam ao pressuposto de admissibilidade do recebimento e não significam o prosseguimento da execução.*

**EXECUÇÃO - PENHORA - SUBSTITUIÇÃO - PENHORA DE DINHEIRO ARRECADADO EM BILHETERIA - PERTINÊNCIA** - *Verificada a impossibilidade de os bens penhorados garantirem com eficácia o juízo e o crédito executado, o mesmo se dando com os ofertados em substituição, todos afetados por várias outras penhoras, é regular a determinação para que se os substitua de modo a atingir a finalidade expropriatória do processo executivo - E se outra forma não há é lícito que recaia sobre o dinheiro arrecadado nas bilheterias da agravante.*

*Negando provimento.*

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra o r. despacho que, nos autos da execução fiscal, determinou a penhora em dinheiro mediante arrecadação nas bilheterias da agravante, no período de 13/16 de junho passado.

Concedi efeito suspensivo ao agravo e vieram as informações da digna autoridade agravada e a manifestação da Municipalidade agravada.

Este o relatório do essencial.

Insurge-se a agravante contra a determinação da digna autoridade agravada para que, visando garantir o juízo, fosse feita a penhora da arrecadação nas bilheterias no período acima referido. Menciona que, além da nulidade do r. despacho agravado por estar suspensa a execução, há embargos pendentes de julgamento no tocante ao débito executado e que a dívida está garantida por penhoras feitas antes em linhas telefônicas, máquina de filmagem e no imóvel onde se localiza.

O recurso não comporta provimento.

Assente-se, inicialmente, que ilegalidade inexistente no r. despacho agravado.

A suspensão da execução pelo recebimento dos embargos não implica na impossibilidade de deliberações que visem confirmar ou complementar a garantia decorrente da penhora. Assim, se, por qualquer motivo, a pedido do exeqüente, advier a necessidade de decisões envolvendo a necessária garantia oriunda da constrição judicial, pode o juízo, legalmente, tomar as providências pertinentes à sua regularização.

É o caso dos autos, onde a exeqüente pretende a substituição das penhoras realizadas pela verificação de que são insuficientes para a perfeita garantia da execução. E as decisões tomadas enquanto suspenso o andamento da execução, inclusive a agravada, cingem-se à regularização da penhora. Não se está dando andamento ao processo de execução, cuja paralisação foi antes determinada pelo recebimento dos embargos, mas, ao contrário, acertando as condições de admissibilidade do recebimento dos embargos e conseqüente suspensão da execução (art. 737 do Código de Processo Civil).

Patenteada a legalidade do r. despacho agravado impõe-se analisar a matéria de mérito.

Consustancia-se a controvérsia na necessidade ou não da complementação da penhora determinada pelo r. despacho agravado, bem como na conveniência de ser feita mediante arrecadação do dinheiro das bilheterias da agravante.

Pois bem.

A documentação exibida nos autos é suficiente para revelar que as penhoras feitas, tal qual as ofertadas pela agravante em complementação ou substituição, são insuficientes para a necessária e segura garantia do juízo e do crédito executado. Cuidam de linhas telefônicas e imóveis já penhorados em outras demandas executórias promovidas contra a agravante, circunstância que deixa tais bens inviáveis para a garantia do juízo e do crédito objeto da execução.

A garantia do juízo precisa ser eficaz para propiciar a discussão do crédito executado através dos embargos do devedor, o que é pressuposto básico para que este incidente seja recebido e discutido (art. 737 do Código de Processo Civil). Garantido por bens que não se prestam a viabilizar o crédito executado, caso ao final não sejam acolhidos os argumentos deduzidos nos embargos, é o mesmo que não estar garantido. Sendo indispensável e não se mostrando aptos àquela finalidade a providência destinada à complementação ou substituição da penhora se mostra do mais inteiro rigor.

É da essência da finalidade expropriatória do processo executivo a pronta exeqüibilidade dos bens objeto da constrição judicial. Se, como no caso, está comprovado que os bens penhorados não atingem tal objetivo, legal e lícita é a decisão judicial que determina a complementação ou a substituição. A não ser assim e de nada adiantará à Municipalidade exeqüente prosseguir com o processo executivo, que, sem garantia provida de efetiva eficácia, de nada adiantará no momento de viabilizar o crédito executado.

E a conveniência da penhora do dinheiro arrecadado nas bilheterias da agravante decorre do simples fato de que outra solução não foi ofertada. A substituição de linhas telefônicas penhoradas em vários outros processos por imóvel que se encontra na mesma situação é de todo inócua.

E o dinheiro arrecadado, até o montante do crédito executado, permanecerá depositado nos autos até a solução final da controvérsia discutida nos embargos do devedor. Sem prejuízo, portanto, para a agravante executada. Haverá até o benefício consistente na pressa dos litigantes em solucionar com brevidade o litígio, evitando-se, por conseguinte, pretensões meramente procrastinatórias.

Enfim, necessária a substituição da penhora para garantir eficazmente o juízo e o crédito executado, mostra-se adequada a determinação de penhora do dinheiro arrecadado nas bilheterias da agravante até o montante do crédito executado.

Daí que a solução é negar provimento ao recurso e manter o r. despacho agravado, podendo a digna autoridade agravada prosseguir

naquela determinação com a designação de novas datas para a formalização da providência.

Por tais razões é que se nega provimento ao agravo e se mantém o r. despacho agravado.

Presidiu o julgamento o Juiz SILVEIRA PAULILO e dele participaram os Juízes URBANO RUIZ e ANTONIO MARSON.

São Paulo, 29 de agosto de 1996.

MAIA DA CUNHA

Relator

FUNDO DE COMÉRCIO. PERDA CONSEQÜENTE À  
EXPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL PELA MUNICIPALIDADE. CONTRATO  
NÃO REGIDO PELA LEI DE LUVAS E SEM PRAZO DETERMINADO.  
AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 277.075-2/5, da Comarca de SÃO PAULO, em que são apelantes BENEDITO CLASSE AMARAL e OUTRA, sendo apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Sétima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER MORAES (Presidente) e ALBANO NOGUEIRA, com votos vencedores.

São Paulo, 17 de março de 1997.

GUERRIERI REZENDE

Relator

APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO 277.075.2/5

Comarca: São Paulo - Fazenda Pública

Apelante: BENEDITO CLASSE AMARAL E OUTRO

Apelado: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

*Ementa: "O pagamento da indenização pelo fundo de comércio só é viável quando o contrato é regido pela Lei de Luvas (artigo 51, da Lei nº 8.245/91) ou se o contrato for feito por tempo determinado."*

VOTO 9.957

1. Inconformado com a r. sentença de fls. 66/68, cujo relatório se adota, a qual julgou improcedente a ação movida com o fim de obter indenização da Municipalidade de São Paulo por fundo de comércio, uma vez que iminente a investidura e posse do Poder Municipal no imóvel locado, apela o vencido postulando inversão de resultado (fls. 73/79).

Recurso recebido e contrariado, subiram os autos.

É o relatório.

2. Inconsistente o reclamo. O órgão de superposição já decidiu que o pagamento da indenização pelo fundo de comércio só é viável quando o contrato é regido pela Lei de Luvas (artigo 51, da Lei nº 8.245/91) ou se o contrato for feito por tempo determinado.

3. No caso em apreço, a locação não estava amparada pelo regime especial e o contrato persistia por tempo indeterminado, sujeito à rescisão unilateral embasada no artigo 1.209, do Código Civil.

Dessarte, se o locatário não teria direito a indenização na hipótese de rescisão do contrato por iniciativa do locador, não pode ter também quando o ato é legítimo e advém da administração pública com base na supremacia do interesse público sobre o privado.

Se não bastassem tais argumentos, anota-se que as perdas e danos só seriam viáveis se os arrendatários comprovassem concretamente o direito ao ressarcimento, o que não ocorreu na hipótese em questão.

Inexiste, pois, indenização por eventuais perdas ou danos abstratos pleiteados pelas partes.

4. Nega-se provimento ao recurso.

**GUERRIERI REZENDE**

Des. Relator

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS EXCLUSIVAMENTE AO ESTADO. SERVIÇOS DE NATUREZA NÃO PRIVATIVA E NÃO ESSENCIAL AO ESTADO. HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DO ART. 150, VI, "A" E PARÁGRAFOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO RECONHECIDA. AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA.

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 606.699-3, da Comarca de SÃO PAULO, sendo apelante CIA PAULISTA DE OBRAS E SERVIÇOS CPOS e apelado MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Décima Primeira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.



**TRIBUTÁRIO - IMUNIDADE - ART. 150, VI, "A", E PARÁGRAFOS  
- INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA - PESSOA JURÍDICA DE DI-  
REITO PRIVADO E COM PATRIMÔNIO PRÓPRIO - SERVIÇOS  
NÃO PRIVATIVOS E NÃO ESSENCIAIS PRESTADOS EXCLUSI-  
VAMENTE AO ESTADO NÃO TEM O CONDÃO DE TRANSFOR-  
MÁ-LA EM AUTARQUIA - ISENÇÃO NÃO CONCEDIDA - NEGAN-  
DO PROVIMENTO.**

Trata-se de ação declaratória julgada improcedente pela r. sentença apelada, cujo relatório se adota, sustentando a apelante, em síntese, que, apesar de entidade privada por obrigação legal, deve ser considerada, pelos serviços que presta, diretamente controlados pela administração pública, como entidade prestadora de serviços públicos e, por consequência, incluída na isenção tributária de que cuida o art. 150, VI, "a", e seus parágrafos, da Constituição Federal.

Este o relatório do essencial.

O recurso não comporta provimento.

Não obstante as razões recursais, bem deduzidas, certo é que a interpretação que a apelante dá ao art. 150, VI, "a", e seus parágrafos, não se coaduna com a melhor exegese. E a r. sentença, bem lançada, deixou assentado que *"A autora é pessoa jurídica de direito privado, possui patrimônio próprio que não se confunde com o estatal e tem por finalidade a administração, planejamento, construção, reforma dos edifícios do Governo ou de entidades sob seu controle e outros interesses do Estado"* (fls. 77).

E agiu acertadamente.

A apelante é pessoa jurídica de direito privado e o fato de prestar serviços exclusivos ao Estado não a coloca entre os entes públicos a que a Constituição Federal, expressamente, concedeu imunidade tributária.

O art. 150, VI, "a", da Constituição Federal vedou a instituição de impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem instituir impostos uns aos outros. E o par. 2º estendeu a vedação às fundações e autarquias instituídas e mantidas pelo Poder Público.

A apelante não é uma coisa e nem outra.

E o par. 3º ainda deixa evidente que as vedações não se aplicam ao patrimônio, renda ou serviços, relacionados com atividades econômicas regidas por normas aplicáveis aos empreendimentos privados. Aí se enquadra a situação da apelante, que é empresa de direito privado e o seu patrimônio não se confunde com o do Estado. Exerce atividade lucrativa em prestações de serviços ao Governo do Estado, o que lhe retira qualquer pretensão de imunidade tributária.

Embora realize serviços exclusivamente para o Estado, o faz em atividades que não são dele privativas e que poderiam perfeitamente ser executadas por particulares, quiçá de modo melhor e mais barato para o contribuinte. A verdade não é que não concorre com os particulares mas que concorre sem que estes tenham chance de competir pela exclusividade que lhe dá o Estado. A experiência tem mostrado que, concedida ao particular a chance de prestar serviços não essenciais ao Estado, os tem prestado de modo mais adequado e econômico.

É empresa privada, com patrimônio próprio, e que presta serviços não privativos do Estado (nem sendo deste autarquia ou fundação), e não merece a isenção tributária a que alude a Constituição Federal.

Interpretar extensivamente o texto constitucional seria macular o que expressamente ficou constando, isto é, a imunidade tributária aos entes públicos ali referidos de modo explícito. Lembrou bem o digno Magistrado sentenciante que a isenção é exceção à regra geral e deve, sob pena de contrariar os princípios de hermenêutica jurídica, ser interpretada de modo estrito.

Por isso que a r. sentença deve, pelos seus próprios e acertados fundamentos, ser integralmente confirmada.

Por tais razões é que se nega provimento ao recurso e se mantém a r. sentença de primeiro grau.

Presidiu o julgamento o Juiz SILVEIRA PAULILO e dele participaram os Juizes ARY BAUER (revisor) e URBANO RUIZ.

São Paulo, 19 de setembro de 1996.

MAIA DA CUNHA  
Relator

INTERDIÇÃO JUDICIAL DE PRÉDIO POR USO IRREGULAR.  
MEDIDA PROVISIONAL ESPECÍFICA. INTERESSE E LEGITIMIDADE  
PRESENTES. PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO.  
APELAÇÃO PROVIDA.

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

### ACÓRDÃO

*EMENTA: Ação de Interdição de prédio - Medida provisional - A ação específica de interdição de prédio é medida provisional que não se confunde com a cautelar, embora tenha o mesmo rito procedimental. Tratando-se de medida específica e nominada, presentes o interesse e a legitimidade da Municipalidade no aforamento de tal demanda. Recurso provido, para afastar o indeferimento da petição inicial, prosseguindo o processo em seus ulteriores termos.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 269.079-1/6-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é apelante MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, e apelada as LOJAS PEJAN LTDA.:

ACORDAM, em Sétima Câmara de "Janeiro/97" de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação denominada medida provisional de interdição de prédio em caráter definitivo, cujo escopo é a interdição de prédio onde se encontra instalada loja comercial sem a devida licença municipal, na qual foi a petição inicial indeferida nos termos do artigo 295, inciso III, do Código de Processo Civil.

Recorre a Municipalidade sustentando, em resumo, ter a medida caráter satisfativo, não se cuidando de medida cautelar inominada, nem ser o caso de antecipação de tutela.

O recurso não recebeu contra razões, sendo os autos enviados ao E. Primeiro Tribunal de Alçada Civil, e posteriormente distribuído a esta Câmara de Férias desta Corte.

É o breve relatório.

Aforou a Municipalidade ação provisional com o escopo de ver interditado prédio onde se instalou loja comercial sem a devida licença prévia, ou seja, em desacordo com as posturas municipais, tendo o Dr. Juiz indeferido a petição inicial.

Inicialmente dá-se por atendido o disposto no artigo 296, do Código de Processo Civil, com a determinação da remessa dos autos a esta Corte, entendendo-se ter o MM. Juiz sustentado a decisão, posto não tê-la reformado.

Com a devida "vênia" de entendimento em outro sentido, temos que o recurso procede.

É que não se trata de medida cautelar inominada, mas sim de medida cautelar específica, prevista no ordenamento jurídico processual. Como tal, possui requisitos próprios e obedece a rito procedimental assemelhado ao procedimento cautelar, mas com ele não se confunde.

Nesse sentido a lição de GALENO LACERDA e CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA:

*“O Código de 73, com discernimento, decidiu trilhar caminho inteiramente diverso, optando pela tutela jurisdicional diferenciada que resulta da incidência dos arts. 888 e 889. A ação, agora, é de força mandamental: o desrespeito ao interesse público importa a interdição ou a demolição do prédio, sem alternativa possível. Cuidase, na verdade, de ação satisfativa do direito material e que independe de outra demanda posterior, dita principal. A tutela que se dispensa, nos casos de urgência, pode ser preventiva, mas de modo algum é cautelar. Provisionalidade não significa, sempre, provisoriedade (ver nº 206, supra).*

*Cedo despertou a doutrina para essa evidente verdade. A crítica desenvolvida a esse posicionamento não se deu conta de que as medidas provisionais do art. 888 foram postas, de caso pensado pelo legislador, fora do âmbito estritamente cautelar, a não ser quanto ao procedimento. Em regra, se surge, aqui, alguma pretensão de caráter nitidamente cautelar, deve o interessado se socorrer do poder cautelar geral que o Código assegura ao juiz no art. 798.”* (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, VIII Vol., Tomo II, 1ª edição, 1988, págs. 659/660).

Diante de tal argumentação, não resta dúvida estarem presentes o interesse e a legitimidade, bem como a adequação da ação ajuizada. Note-se, por oportuno, não se cuidar mesmo de ação cautelar, mesmo porque não se pleiteia nenhum provimento liminar, mas sim a citação da ré e a procedência da ação, decretando-se a interdição do imóvel, providência que só pode ser obtida através do Poder Judiciário.

Ante tais ponderações, dá-se provimento ao recurso interposto, para que prossiga a ação aforada em seus ulteriores termos.

Participaram do julgamento os Desembargadores BARRETO FONSECA (Presidente e Revisor) e GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 17 de fevereiro de 1997.

LINEU PEINADO  
Relator

I.P.T.U. IMÓVEL PERTENCENTE A AGREMIÇÃO DESPORTIVA.  
ALCANCE DA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA APLICÁVEL À HIPÓTESE.  
AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. IMPROCEDÊNCIA.

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

*IPTU - Agremiação desportiva (clube de golfe) - Área que, embora possa ser considerada construída, ante as obras de implantação do campo, não assume a condição de edificada - Imóvel não alcançado pela isenção prevista no art. 18, II, alínea "h", da Lei nº 6.989/66 - Recursos providos (oficial e voluntário).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 611.307-3, da Comarca de SÃO PAULO, sendo recorrente JUÍZO DE

OFÍCIO, apelante MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO e apelado SÃO PAULO GOLF CLUB.

ACORDAM, em Quarta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento aos recursos.

A r. sentença de fls. 556/561, cujo relatório é adotado, julgou procedente ação anulatória de débito fiscal, anulando os lançamentos de imposto territorial urbano relativo aos exercícios de 1990 e 1991, incidentes sobre o imóvel especificado na inicial.

Além do recurso oficial, apela a Municipalidade de São Paulo, buscando a inversão do resultado. Sustenta que campo de golfe escapa ao conceito de área construída; que a norma concessiva de isenção tributária deve ser interpretada restritivamente; que a norma brasileira NB 140, considerada pela perícia, é aplicável a custos unitários de orçamentos e incorporações de prédio em condomínio, nada tendo a ver com campos de golfe; e que está sujeito à tributação o excesso de área de que trata o art. 24, III, da Lei nº 6.989/66.

Processado o recurso voluntário, a parte contrária ofereceu resposta, defendendo o acerto da decisão recorrida.

É o relatório.

O ponto fulcral do debate está em saber se o imóvel identificado na inicial é ou não alcançado pela isenção de que trata o art. 18, inciso II, alínea "h", da Lei nº 6.989/66 (com a redação pela Lei nº 10.211/86).

Tal dispositivo isenta do imposto os imóveis construídos pertencentes ao patrimônio de agremiações desportivas, excluindo os de propriedade dos clubes de futebol da divisão principal.

A r. sentença, acolhendo os trabalhos do perito judicial e do assistente técnico do autor, classificou o imóvel em questão como área construída, reconhecendo, em consequência, a isenção tributária.

Ocorre que o art. 4º da lei municipal acima referida estabelece que *"Para os efeitos deste imposto, considera-se construído todo o imóvel no*

qual exista edificação que possa servir para habitação ou para o exercício de quaisquer atividades". Já o art. 24, inciso I, dispõe que não se consideram construídos os terrenos "em que não existir edificação como definida no art. 4º".

Da análise desses dispositivos resulta que não é qualquer tipo de construção que, para efeito do questionado imposto, define o imóvel como construído. Este, no âmbito fiscal municipal, é aquele que contém edificação que possa servir para habitação ou para o exercício de quaisquer atividades. Sob esse prisma é que deve ser verificado se o imóvel do autor é efetivamente contemplado pela isenção.

Oportuno consignar a seguinte observação de HELY LOPES MEIRELLES, já citada no laudo do perito: "*Construção e edificação são expressões técnicas de sentido diverso, mui comumente confundidas pelos leigos. Construção é o gênero, do qual a edificação é a espécie. Construção, como realização material, é toda obra executada intencionalmente pelo homem; edificação é a obra destinada a habitação, trabalho, ensino ou recreação*" (Direito de Construir, 3ª ed., Ed. RT, pág. 350).

Fixados esses princípios, mostra-se correta a perícia ao atribuir ao campo de golfe a condição de área construída.

Também é inegável que a implantação de um campo dessa natureza exige a execução de trabalho especializado, envolvendo terraplenagem para a conformação adequada do solo, sistemas próprios de drenagem e irrigação, paisagismo etc.

Tais obras, contudo, não constituem edificação no sentido que lhe emprestou o legislador municipal.

Aliás, dando maior precisão ao significado do vocábulo "edificação", salienta DE PLÁCIDO E SILVA que exprime "*todas as obras e serviços postos em prática para a construção de um edifício ou casa projetada, ou de qualquer outro empreendimento ou obra de engenharia que deva ser erguida. E assim se diz porque as construções, que não tenham o fim de erguer a obra acima do solo, não tomam a significação. As rodovias, em*



*regra, não se dizem edificadas. São construídas. As pontes são edificadas e não são casas. É exceção*". (Vocabulário Jurídico, Ed. Forense, 1982).

Feitas essas colocações e ainda tendo-se presente a regra de interpretação de que trata o art. 111, II, do CTN, chega-se à conclusão de que o imóvel do "São Paulo Golf Club", não goza da pretendida isenção.

Isto posto, dá-se provimento aos recursos (oficial e voluntário) para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

Presidiu o julgamento, o Juiz FRANCO DE GODOI e dele participaram os Juizes TERSIO NEGRATO (Revisor) e CARLOS BITTAR.

São Paulo, 05 de março de 1997.

CYRO BONILHA  
Relator

I.S.S. BASE DE CÁLCULO: INCLUSÃO DO VALOR DO IMPOSTO NO PREÇO DO SERVIÇO PRESTADO. AUSÊNCIA DE OFENSA A LEGISLAÇÃO FEDERAL. RECURSO IMPROVIDO.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 688-0/SP (89/0009968-0)

RELATOR: O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA

RECORRENTE: JAAKKO POYRY ENGENHARIA LTDA

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS: DRS. ANTÔNIO CARLOS GONÇALVES E OUTROS  
DRS. JÚLIO C. TESHAINER E OUTROS

## EMENTA

**TRIBUTÁRIO. ISS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DO VALOR A SER RECOLHIDO A TÍTULO DE ISS.**

- *A inclusão do valor do ISS no preço do serviço prestado, compondo pois a base de cálculo do próprio ISS, não ofende a legislação federal.*

- *Recurso improvido.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Brasília, 05 de setembro de 1994 (data do julgamento).

MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO, Presidente

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA, Relator

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: - *Jaakko Poyry Engenharia Ltda.* propôs ação ordinária contra a *Municipalidade de São Paulo* pretendendo a declaração da inexistência de relação jurídica tributária que a obrigasse a incluir o montante a ser recolhido a título de ISS em sua própria base de cálculo, ainda quando recuperado o referido valor dos comitentes dos serviços.

Sem sucesso em ambas as instâncias ordinárias, a autora ingressou com recurso extraordinário, fundamentado nas alíneas "a", "c" e "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição passada, que, inadmitido na origem, obteve processamento em virtude de agravo de instrumento provido pelo Supremo Tribunal Federal.

Com o advento da Constituição de 1988 e a instalação desta Corte, o eminente Ministro Sidney Sanches, pelo despacho de fls. 263, determinou a remessa dos autos a este Tribunal para julgamento do recurso na parte relativa às questões infraconstitucionais, devolvendo-os, após, ao STF para a apreciação da parte constitucional.

Por determinação do eminente Ministro Pedro Acioli, anterior Relator do feito, os autos foram com vista à Subprocuradoria-Geral da República em 21.9.89, de lá retornando, com parecer pelo improvimento do recurso, em 14 de junho do corrente ano, vindo-me conclusos no dia 17 seguinte, tendo sido indicado para julgamento no dia 25 de agosto.

Sustenta a recorrente, no âmbito do recurso especial, negativa de vigência ao artigo 9º do Decreto-lei nº 406/68 que dispõe ser o **preço do serviço** a base de cálculo do ISS, sendo que, no seu entender, tal preço seria composto apenas de parcelas relativas ao próprio preço do serviço (remuneração ou contraprestação) e nunca do valor do imposto pertencente ao fisco municipal. Alega, ainda, ofensa aos artigos 144, CTN e 8º do Decreto-lei nº 406/68 porquanto o v. acórdão teria considerado que o reembolso *"do valor do ISS em documento separado (Nota a Débito), emitido POSTERIORMENTE, não só à data da ocorrência do fato gerador – à qual o lançamento tributário se reporta, na forma do artigo 144 acima mencionado – , como à própria Nota Fiscal de Serviços, não teria a menor relevância para a solução da pendência."* (fl. 235), bem como que tal reembolso, apesar de não configurar prestação de serviço, fora tido como fato gerador do ISS. Trouxe, para a caracterização da divergência, julgados do Supremo Tribunal Federal publicados nas RTJs 37/659, 48/23, 49/201, que teriam repellido a incidência do imposto sobre imposto.

É o relatório.

#### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator): - O v. voto condutor do acórdão recorrido destramou a controvérsia sob as seguintes considerações:

*"Diga-se de início que, restrita a questão à indagação a respeito da inclusão do valor do ISS, como despesa, no preço de serviço,*

*injustificável se mostra a pretensão da apelante no sentido da realização de prova pericial, pois trata-se aquela unicamente de questão de direito e não de fato.*

*Quanto ao mais, é de se convir que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço (art. 9º, do Dec.-Lei nº 406/68) como tal entendida como receita bruta da respectiva atividade, não admitindo o legislador a dedução de nenhuma parcela, seja a que título for, já que ao utilizar a expressão 'preço de serviço', sem qualquer adjetivo e silenciando quanto às deduções permitidas, evidentemente, está dispondo sobre preço bruto e não o líquido.*

*Na verdade, o preço do serviço abrange a receita total auferida, sem quaisquer deduções da importância entrada para o patrimônio do contribuinte, proveniente da prestação dos serviços. Abrange, pois, a soma de tudo quanto foi auferido pelo contribuinte como produto da atividade prestada. Da receita bruta, diz o Prof. Rubens Gomes de Souza, 'não se admite qualquer dedução' ('Imposto de Renda', Ed. Financieiras S/A., 1ª ed., 1955, pág. 67).*

*Diverso não é o entendimento, já adotado por este Tribunal: 'Preço, no conceito fiscal, reflete o total despendido pelo consumidor para obter o produto do vendedor. Nesse total estão incluídos o valor da mercadoria, impostos devidos, lucro, frete, despesas de faturamento e outras mais com pertinência ao assunto (R. T. Vol. 390/273).*

*Assim, é inquestionável que no cálculo do serviço inclui-se o valor dos tributos pagos, uma vez que o mesmo faz parte do custo dos serviços, que se justifica pelo fato de que, quem paga imposto, via de regra, procura transferi-lo a terceiros, incluindo o seu valor no preço. O prestador de serviços, da mesma forma, procura receber juntamente com o valor do que produz, todas as despesas inclusive as relativas aos respectivos tributos.*

*Por outro lado, é, na verdade, irrelevante o fato do ISS estar destacado ou não em documento separado, pois o valor do imposto decorrente da tributação prevista, recairá sempre sobre tudo o que for recebido, a qualquer título, daí o porquê da correta afirmação da ilustre Magistrada no sentido de que 'o que não pode é, embora*

seja parte do preço, ser destacado separadamente da base de cálculo, sem fazer incidir o imposto sobre ela'.

*Preciosas, sobre o tema, são as lições de Bernardo Ribeiro de Moraes: 'no preço do serviço, o próprio valor do ISS já está incluído como despesa da empresa ou do profissional autônomo. O que existe é apenas um preço do serviço, formado por todos os componentes do preço (despesas mais lucro), inclusive as despesas relativas ao próprio imposto que será exigido na venda do serviço. O valor do próprio imposto passa a ser componente de sua base imponible. Examinando a matéria em tese sobre o Método de Cálculo do Imposto Municipal Sobre Serviços, Heron Arzua, procurador da Prefeitura de Curitiba, afirma que 'o montante do ISS integra a base imponible como elemento indissociável'. Com a devida vênia, diríamos: o valor do ISS, como despesa, integra o preço do serviço. Ao dar o preço do serviço, o prestador já prevê no mesmo a despesa que irá enfrentar (X% do ISS), por ocasião da prática do respectivo fato gerador. A legislação ordinária relativa ao ISS tem destacado que 'o montante do ISS é considerado parte integrante e indissociável do preço do serviço, sendo que o seu destaque nos documentos fiscais constitui mera indicação de controle'. A alíquota tributária deve recair sobre o total do preço do serviço' ('Doutrina e Prática do ISS', 1ª ed., 3ª tiragem, R.T., 1984, pág. 525/526)." (fls. 130/132).*

Como dito no relatório, a recorrente afirma negativa de vigência ao artigo 9º do Decreto-lei nº 406/68 que dispõe ser o **preço do serviço** a base de cálculo do ISS, sendo que, no seu entender, tal preço seria composto apenas de parcelas relativas ao próprio preço do serviço (remuneração ou contraprestação) e nunca do valor do imposto pertencente ao fisco municipal.

O v. acórdão recorrido, como visto, demonstrou, e com razão, que não, na medida em que tal valor não deixa de remunerar o prestador do serviço, constituindo pois o **preço do serviço**.

Alega, ainda, ofensa aos artigos 144, CTN e 8º do Decreto-lei nº 406/68 porquanto o v. acórdão teria considerado que o reembolso "do valor

do ISS em documento separado (Nota de Débito), emitido POSTERIOR-  
MENTE, não só à data da ocorrência do fato gerador – à qual o lançamento tributário se reporta, na forma do artigo 144 acima mencionado –, como à própria Nota Fiscal de Serviços, não teria a menor relevância para a solução da pendência.” (fl. 235), bem como que tal reembolso, apesar de não configurar prestação de serviço, fora tido como fato gerador do ISS.

Ora, jamais se cogitou ser o fato gerador do ISS, na hipótese em apreço, o próprio pagamento do imposto. O que se discute é tão somente se esse valor deve ou não compor a base de cálculo do imposto sobre serviços, coisa totalmente diversa.

Ademais, além dos judiciosos fundamentos contidos no acórdão e transcritos acima, responde às alegações da recorrente o bem lançado parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Guskow, assim vazado:

*“A prestação de serviços de engenharia tem merecido de publicações especializadas, especialmente da Editora Pini, tabelas de composição de preços. Neles se verifica, sempre, a inclusão de percentual relativo a impostos, taxas e contribuições incidentes sobre a atividade. Nem poderia deixar de ser de modo contrário. A controvérsia gerada através da presente ação refere-se muito mais à defesa de uma tese doutrinária do que à realidade dos fatos e da correta aplicação da norma tributária.*

*Com efeito, a tese defendida pela recorrente é a impossibilidade da imposição de tributo sobre tributo, daí pretender extrair, como ilação, de que, se a recorrente destacar a parcela de ISS das notas fiscais que emite, embora recupere o imposto dos comitentes dos serviços, seja declarada isenta da obrigação de incluir o ISS em sua base de cálculo.*

*Ora tal pedido se nos parece, a esta altura do espaço e do tempo, destituído do objeto, visto que o ISS sempre esteve indissociado ao preço.*

*Ora, se o cálculo do ISS é o preço do serviço, conforme determina o art. 9º do DL 406/68, discussões marginais, adjetivadas, ou acessórias estão apenas no campo do dever ser, longe do direito positivo.*

*Por isso, nenhuma afronta existe em que o ISS seja calculado e integrado ao preço do serviço. Não existem deduções, pois ele faz parte do custo dos serviços executados (art. 9º do DL 406/68).” (fls. 271/272).*

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

## CERTIDÃO DE JULGAMENTO

### PRIMEIRA TURMA

Nº Registro: 89/0009968-0      RESP 00000688-0/SP

Pauta: 05/09/1994              Julgado: 05/09/1994

Relator: Exmo. Sr. Min. Cesar Asfor Rocha

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Demócrito Reinaldo

Subprocurador Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Miguel Guskow

Secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha Soato

### AUTUAÇÃO

Recte: Jaakko Poyry Engenharia Ltda

Advogado: Antonio Carlos Gonçalves e Outros

Recco: Município de São Paulo

Advogado: Júlio C. Teshainer e Outros

### CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia PRIMEIRATURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.



Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 5 de setembro de 1994.

María Auxiliadora Ramalho da Rocha Soato, Secretária