

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, dezembro de 2000

REVISTA IURÍDICA

**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

DOCTRINA

- Lei de Responsabilidade Fiscal. A Emenda Constitucional nº 25/2000. Os limites de gasto com o pessoal por Poder.***
Edvaldo Brito 11
- A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais.***
Rodolfo de Camargo Mancuso 33
- Advocacia Pública e Moralidade Administrativa***
Celso Augusto Cocco Filho 77

PRÊMIOS

- “TRABALHO RELEVANTE DO ANO” - 1997***
- Razões de recurso especial da Municipalidade de São Paulo em embargos a execução fiscal. Empresa fornecedora de mão-de-obra temporária. Base de cálculo do I.S.S. devido: preço total do serviço, sem deduções.***
José Rubens Santos Campana - Departamento Fiscal 93
- Informações oferecidas em mandado de segurança impetrado contra ato administrativo autorizador de reforma com acréscimo de área e mudança de uso de edificação. Legalidade do ato em face de lei municipal específica.***
Angélica Marques dos Santos - Departamento Judicial 103
- Memorial da Municipalidade em ação reivindicatória. Domínio público sobre antigo leito do rio Tietê e faixa reservada. Lei 1.507 de 1.867 e Concessão Medina. Retificação do leito do rio e desapropriação: desnecessidade de comprovação do pagamento de prévia indenização. Ocupação irregular de bem público dominial. Indenização necessária.***
Marcos Brandão Whitaker - Departamento Patrimonial 119

SUMÁRIO

Razões de apelação da Municipalidade de São Paulo em ação de desapropriação. "Imprestabilidade" do laudo oficial. Impossibilidade de incidência cumulativa de juros moratórios sobre compensatórios. Valor do depósito complementar à oferta: consideração para todos os fins.

Lydia Machado de Macedo - Departamento de Desapropriações 129

PRÊMIOS

"OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO" - 1998

Parecer sobre fechamento administrativo de estabelecimento localizado em área de proteção ambiental. Regular exercício do poder de polícia do Município nos termos da legislação de uso e ocupação do solo. Ocorrência, em tese, de crime contra o meio ambiente. Possibilidade de apreensão dos materiais se verificada a infração, nos termos da Lei 9605/98.

Maria Sylvia Ribeiro Pereira Barretto 141

"TRABALHO RELEVANTE DO ANO" - 1998

Razões de recurso especial da Municipalidade de São Paulo em embargos à execução fiscal. Taxas de conservação e limpeza e combate a sinistros. Base de cálculo. Exegese dos artigos 77 e 79 do C.T.N. e 153 do C.C.

Maria de Lourdes Molinari - Departamento Fiscal 167

Informações oferecidas em mandado de segurança impetrado em virtude da não formalização, pela Prefeitura de São Paulo, de termo de compromisso relativo a operação interligada. Obediência a medida liminar, concedida em ação direta de inconstitucionalidade, determinativa da sustação dos efeitos da Lei Municipal nº 11.773/95.

Angélica Marques dos Santos - Departamento Judicial 175

Petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, proposta pelo Prefeito do Município de São Paulo. Lei promulgada pela Câmara Municipal, que obriga a implantação de escolas municipais em conjuntos habitacionais: incompatibilidade com o princípio da igualdade e da separação dos poderes.

Liliana Maria Crego Forneris - Departamento Patrimonial 185

Razões de apelação da Municipalidade de São Paulo em ação expropriatória, proposta sem caráter de urgência. Inexistência de depósito inicial. Impossibilidade de extinção da ação sob esse fundamento. Vedada análise de mérito do ato administrativo ao Poder Judiciário.

Taís Angélica Marques Porto - Departamento de Desapropriações 199

Manifestação em inquérito administrativo, rejeitando pedido de exclusão de prova constante dos autos. Exegese do art. 5º, incisos XII e LVI da Constituição Federal. Gravação feita por um dos interlocutores não caracteriza interceptação telefônica e não está disciplinada pela Lei 9.296/96. Suspeita de prática de crime contra a Administração Pública: interesse social predomina sobre direito à privacidade.

Marta Martins do Carmo Donato - Departamento
de Procedimentos Disciplinares 209

PARECERES

Parecer sobre a aplicabilidade da norma municipal relativa aos limites de alteração unilateral do objeto dos contratos administrativos. Competência constitucional. Natureza da norma federal que rege a matéria.

Lucia de Toledo Piza Peluso 223

Parecer sobre contrato de prestação de serviços entre cooperativa do PAS-Plano de Assistência à Saúde e hospital privado, não submetido ao órgão gestor. Execução de título extra-judicial pela entidade privada. Construção de dinheiro público. Simulação. Necessidade de invalidação judicial do negócio, ajustado para lesar o Poder Público.

Antonio Miguel Aith Neto 239

JURISPRUDÊNCIA

- Ação civil pública para declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. Inadequação da via processual. Preliminar acolhida. Recurso provido 253***
- Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal. Programa de Garantia de Renda Familiar Mínima. Exceção ao princípio de indisponibilidade da ação em face de interesse público relevante. Pedido de desistência acolhido 259***
- Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal por vício de iniciativa. Veto do Prefeito rejeitado. Promulgação pelo Presidente da Câmara. Invasão de competência privativa do Prefeito. Procedência 267***
- I.S.S. Intermediações em bolsas de mercadorias e futuros. Incidência. Recurso especial da Municipalidade provido. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária. Improcedência 271***
- Loteamento irregular. Domínio municipal sobre espaços livres reconhecido. Averbação no registro de imóveis desnecessária. Ação ordinária da Municipalidade contra o loteador, fundada no artigo 34 do decreto-lei nº 3365/41 289***
- Representação interventiva. Inexistente a liquidação do título, não se cogita de intervenção estadual no município: não há ordem judicial desatendida. Pedido de intervenção rejeitado 295***
- Seqüestro: necessário comprovar inversão de ordem cronológica. Pagamento insuficiente não caracteriza intenção de quebra da ordem de precedência. Agravo regimental provido 299***

Lei de Responsabilidade Fiscal. A Emenda Constitucional nº 25/2000. Os limites de gasto com o pessoal por Poder.

Edvaldo Brito

Doutor e Livre Docente em Direito Tributário pela USP. Professor das Faculdades de Direito das Universidades Federal da Bahia e Mackenzie/SP. Constitucionalista, administrativista e tributarista. Secretário dos Negócios Jurídicos do Município de São Paulo. Membro do Conselho da Academia Internacional de Direito e Economia (São Paulo). Membro da Academia Brasileira de Direito Tributário. Prêmio Tributarista IOB 1999.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Noção de responsabilidade fiscal

Há mais de dez anos, temos utilizado o *método lógico-lingüístico* para estudar este *objeto cultural* que é o *direito*, sobretudo quando ele toma a feição de *direito positivo*.

Objetos dessa natureza referem-se ao *homem* e aos seus vários produtos e atividades na vida em Sociedade. Essa circunstância de o

homem ser elemento desse *objeto* transforma-o, ao mesmo tempo, em *sujeito* investigador desse *objeto*, exigindo-lhe, por isso, que se forre do maior rigor possível no desempenho dessa investigação, sob pena de comprometê-la ideologicamente (“*bias*” ou viés), afastando-se do seu espírito as pré-noções que a convivência social lhe incute. Terá, assim, de tratar os fatos sociais, em que se envolve, como se fossem *coisas* das quais nada sabe senão após a investigação, abandonando, portanto, o falso *conhecimento* das pré-noções que a Sociedade incute no espírito de cada um⁽¹⁾, embora se saiba que as pessoas têm dificuldade de libertarem-se de todas as opiniões já aceitas. Conseqüentemente, devem-se examinar os fatos tão lentamente e utilizando tanta circunspeção que, mesmo quando se avance muito pouco, pelo menos evita-se cair e se pode impedir que, de início, venha-se a repelir, inteiramente, algumas das opiniões que se puderam insinuar, no passado, em seu entendimento⁽²⁾.

Tem-se, com esse comportamento, a chave para a obtenção do melhor resultado em investigações nas quais o *homem* é, ao mesmo tempo, o *sujeito* e o *objeto* das investigações em que consiste a *teoria do conhecimento*. Esse comportamento, enfim, no caso da investigação do *objeto* chamado *direito*, opera-se pelo *método* que busca o apoio em duas ciências ancilares da *Ciência do Direito* “*stricto sensu*”, a denominada *Ciência Jurídica*, dado que o *direito*, ainda que não seja *linguagem*, manifesta-se como *linguagem* em todos os seus modos de exteriorização – a *norma* que se expressa na lei, na sentença, no contrato, na doutrina, etc.. Essas ciências ancilares são a *Semiótica* e a *Lógica Jurídicas* porque, de pronto, ajudam a decodificar essa *norma*, que é um discurso e, portanto, tem todas as virtudes e defeitos da *retórica* que é sempre emocional, porque se finca na *persuasão*.

A *Semiótica* esclarece que toda afirmação do *homem*, ao emitir seu pensamento, é um *signo* ou é um *conjunto de signos*. Esses *signos* propiciam três relações: a *semântica*, a *sintática* e a *pragmática*. Na primeira delas o *signo* revela o conteúdo de um objeto, fornecendo-lhe o

⁽¹⁾ cf. Emile Durkheim. *As regras do método sociológico*, trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz, São Paulo: Ed. Nacional, 1960.

⁽²⁾ cf. Descartes. *Discurso sobre o método*, trad. Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima, São Paulo: Hemus, 1978, ps.35-41.

significado e demonstrando que um *signo* pode veicular significados de mais de um objeto, sendo, por isso, necessário examinar a relação, entre si, que os *signos* mantêm (*sintática*), a ponto de diminuir as ambigüidades que disso poderiam resultar. Contudo, ainda é possível resultar mais de um sentido, mesmo com o apeio à sintaxe. Então, busca-se na relação entre o *signo* e o sujeito que o utiliza a dissipação dos equívocos. Essa última relação é a que se denomina de *pragmática* ou comportamental. Por seu intermédio é possível distinguir o conteúdo semântico de um *signo*, pois a habitualidade de sua utilização, em um mesmo sentido, no contexto de uma linguagem, credencia o receptor da mensagem a decodificá-la com proximidade da precisão.

Mas, a linguagem, para aproximar-se o mais que possível dessa precisão, pressupõe a disciplina do pensamento que o emissor da mensagem deseja transmitir ao receptor, e é nesse ponto que entra a *Lógica*. Dir-se-á que a vida não é lógica, bem assim, que a interpretação jurídica é sempre de natureza *axiológica*, por força da "valoração objetivada nas proposições normativas". Ora, exatamente por isso é que se torna necessária a disciplina do pensamento na interpretação das normas jurídicas, mediante a aplicação dos princípios da *Lógica* que são quatro: o de *identidade*, o de *contradição*, o do *terceiro excluído*, o da *razão suficiente*. Dir-se-á, outrossim, que essas leis do pensamento correto implicam na interpretação jurídica pelo ângulo lógico-formal, o que redundaria em uma contradição deste trabalho que, supra, festeja o *direito* como *objeto cultural* e, portanto, apropriado a um tratamento de lógica transcendental. Esse dito, porém, perde o cabimento, na medida em que é verdadeiro reiterar que qualquer afirmação do *homem* é um *signo* e que pela diversidade de seu conteúdo semântico é preciso escoimá-lo dos equívocos. Então, mesmo em sede de lógica transcendental não se prescinde dessas leis do pensamento correto e, mesmo em sede de interpretação jurídica, ou, sobretudo, em sede de interpretação jurídica que se presta, e muito, à *teoria do acho*.

Assim, lembre-se que o princípio da *identidade* afirma que um *ser* é sempre idêntico a si mesmo e não ao seu contrário: "o que é, é, o que não é, não é". Para encontrar essa identidade, investigam-se os elementos componentes de cada *ser*. O da *contradição* afirma que "o contrário do

que é verdadeiro é falso" porque o mesmo *ser* não pode, ao mesmo tempo, *ser* e *não-ser*. O de *terceiro excluído* consiste em que, entre duas proposições contraditórias, não há outra opção entre a verdadeira e a falsa. O da *razão suficiente* "afirma que nada ocorre sem que haja uma causa ou razão determinante, isto é, que tudo o que é tem sua razão de ser, todo o real é racional"⁽³⁾.

Por todo o exposto, conclui-se que é necessária a decodificação dos *signos* "responsabilidade" e "fiscal" e a de ambos quando eles integram o contexto da expressão "responsabilidade fiscal", ainda que a Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000, tenha procurado exprimi-los, o que somente é possível de alcançar, através da relação *pragmática* existente na comunicação do *pensamento* exposto pela *teoria financeira*, no correr do tempo, ao estabelecer o conteúdo semântico do *signo* "fiscal".

O *signo* "responsabilidade", aqui, tem o conteúdo semântico de um sujeito *responder* pelos próprios atos, o que significa o dever de reparar danos que o seu comportamento venha a ensejar, enquanto gestor da coisa pública. Este sentido é o que sempre foi dado a este vocábulo, no plano jurídico, desde que, no direito romano, celebravam-se os contratos verbais por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo* = prometes me dar um cento? Prometo), porque "responsabilidade" deriva do latim *respondere* que, por sua vez, vem de *spondeo* ⁽⁴⁾.

Já o *signo* "fiscal" tem diversos significados que se distinguem, respectivamente, na *pragmática* das *comunicações tributária* e de *teoria financeira*. Assim, no campo dos tributos, significa, juridicamente, o direito *fiscal*; ou seja, significa o sub-ramo do Direito Financeiro que regula as relações entre o "fisco" – sujeito ativo da obrigação tributária – e o *contribuinte* – sujeito passivo dessa obrigação. Aliomar Baleeiro⁽⁵⁾ lembra que a Associação Internacional de Direito Financeiro e Fiscal, com sede em Haia, adota o critério de considerar correspondentes, nos respectivos idiomas, as designações *droit fiscal*, *fiscal law*, *steuerrecht* e *diritto tributario*.

⁽³⁾ cf. Luis Fernando Coelho. *Lógica jurídica e interpretação das leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, ps.76 e segs.

⁽⁴⁾ cf. Álvaro Villaza Azevedo, *Teoria geral das obrigações*, 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.272.

⁽⁵⁾ cf. *Dirito tributário brasileiro*, 10ª ed. rev. e atual. Por Flávio Bauer Novelli, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.8

Baleeiro⁶⁾ lembra, outrossim, que, embora o uso tenha reservado ao signo "fiscal" o sentido de "tributário", etimologicamente, melhor seria usá-lo como sinônimo de "financeiro", ou seja, aquilo que é pertinente ao Erário, quer *receita*, quer *despesa*, desde quando todas as aplicações práticas da *teoria financeira* enquadram-se na *política financeira*, da qual a *política fiscal* é parte integrante. Justifica essa assertiva no fato de que a origem das palavras "fiscal" e "fisco" está no latim "fiscus", "fisci", canastra ou recipiente onde os romanos recolhiam as rendas e tributos e que, por metonímia, veio a significar o próprio conteúdo, os dinheiros públicos e passou a sinônimo de "Erário". Conclui esse saudoso mestre, dando a certeza de que, hoje, o uso do signo "fiscal", pela Lei Complementar nº 101/2000, somente pode ser admitido pela *pragmática da comunicação de teoria financeira*, ao ensinar:

"O estudante que se inicia em Finanças deve, pois, atentar nas duas acepções de 'Política Fiscal':

a) o conjunto de medidas financeiras (despesas públicas, impostos, empréstimos etc.) empregadas pelos governos para comando da conjuntura econômica, quer promovendo a volta à prosperidade nas crises de depressão, quer reprimindo um processo inflacionário e também para alterações racionais das estruturas; b) o estudo quer axiológico quer técnico dessas medidas, à luz da teoria econômica e financeira".

Nestes termos, torna-se imperioso o enquadramento do discurso do legislador que procura transmitir a mensagem de que o documento normativo por ele expedido (a Lei Complementar nº 101/2000) é integrativo da Constituição, porque estaria a estabelecer "*normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição*" (cf. seu art.1º).

A análise das *normas* veiculadas por essa lei desmente-o.

Daí a necessidade da decodificação dos dois *signos* da expressão "*responsabilidade fiscal*", mediante o *método lógico-lingüístico* para

⁶⁾ cf. *Uma introdução à ciência das finanças*, 14ª ed. rev. e atual. Por Flávio Bauer Novelli, Rio de Janeiro; Forense, 1990, p.26

demonstrar, por meio da *pragmática da comunicação tributária* da norma componente do direito administrativo e do direito financeiro, bem assim, a da *teoria financeira*, que a Lei Complementar nº 101/2000 é repleta de inconstitucionalidades, ainda que não o aparente, na noção de *gestão fiscal* que oferece. Assim se entende, nessa lei, como sendo a atividade da Administração Pública realizada sob dois pressupostos: o do *planejamento* e o da *transparência*. O *planejamento* consiste em uma ação que obedece aos critérios, previamente fixados, no *plano plurianual*, na *lei de diretrizes orçamentárias* - LDO - e na *lei orçamentária anual*; reserva-se a cada qual desses diplomas legais legitimidade para estabelecerem as regras que vão disciplinar a *transparência* que consiste nos próprios *objetivos da gestão fiscal* responsável: a) - prevenir *riscos* e b) - corrigir *desvios*. *Riscos* e *desvios* que afetem o *equilíbrio* das contas públicas.

Ora, aparentemente, essa noção é válida porque é nisto que consiste a responsabilidade fiscal: o *equilíbrio da receita e das despesas públicas*. O problema surge quando, desdobrando-a, a lei disciplina o cumprimento de *metas de resultado* entre receita e despesa, mediante a obediência a limites e condições, quanto a *renúncia de receita* e quanto a certo tipo de *despesa* dita de pessoal, v.g., com a *segurança*, atingindo direitos adquiridos.

1.2. - Inconstitucionalidades. Aspectos gerais.

A Lei Complementar nº 101/2000 está inquinada do vício de inconstitucionalidade. O Partido Comunista do Brasil - PC do B, o Partido dos Trabalhadores - PT e o Partido Socialista Brasileiro - PSB foram os primeiros a alegá-lo, mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 2.238-5, rel. Min. Ilmar Galvão. Além de argüírem a inconstitucionalidade formal da lei, em sua totalidade, ao argumento de que o projeto deveria ter voltado à Câmara dos Deputados em razão de o Senado ter alterado certos dispositivos seus, também impugnam 31 desses dispositivos.

A *medida liminar* intentada foi denegada, pelo menos em relação ao art. 20⁽⁷⁾. Mas, considerando que o escore foi de 6 (seis) votos a 5

⁽⁷⁾ cf. - Diário Oficial da União - Atos do Poder Judiciário - p.1 da seção 1: 23.10.2000.

(cinco), assim mesmo porque um dos ministros, que votou pela suspensão dos efeitos, mudou de posição na sessão seguinte de julgamento, é de insistir-se que esse dispositivo fere a Constituição porque extrapola o que estabelece o seu art. 169. Nessa regra constitucional, os limites autorizados à estipulação da lei complementar referem-se, somente, a despesa com pessoal ativo e inativo, portanto, *agentes públicos administrativos*; no art. 20 dessa lei, há envolvimento com *agente público político*, implicando em *desrespeito à separação dos poderes* que é um dos princípios constitucionais corolário do *Estado Democrático de Direito*, porque permite que o exercício do poder não se concentre.

Sabe-se que as normas jurídicas colocam-se umas em relação às outras formando um *sistema*.

Um *sistema* é, portanto, um conjunto coordenado, harmônico e interdependente de partes. O *sistema jurídico* é assim e foi imaginado à moda de uma pirâmide. A primeira norma do *sistema* é a Constituição. Ela ocupa a "*cabeça do capítulo*", ela é a lei maior do *sistema* e, como tal, condiciona as normas que vêm abaixo de si na pirâmide que são, em sentido descendente, as leis infra-constitucionais, ou seja as *leis comuns*, denominação que se contrapõe àquela da lei maior que é *qualificada*. Abaixo dessas vem o ato meramente regulamentar de que é exemplo o *decreto*, ato administrativo com caracteres normativos, cuja fonte é o Chefe do Poder Executivo. Sucedem-no, nessa ordem decrescente, outros *atos administrativos de natureza normativa* emitidos por órgãos de hierarquia inferior à do Chefe do Poder Executivo. A lei de responsabilidade fiscal tem de ter, por isso, o seu fundamento de validade no *sistema*, sob pena de ilegitimidade.

O âmbito de validade de uma lei no *sistema* existe por força de que cada uma dessas categorias colocadas na pirâmide, nessa posição de cima para baixo, cada uma serve como *fundamento de validade* para a que vem imediatamente após, imediatamente abaixo. A Constituição está no ápice da pirâmide porque, exclusiva e unicamente, ela é a norma da qual decorrem todas as outras com compatibilidade para terem *fundamento de validade*. Olhando a partir do ápice até chegar à base dessa pirâmide encontra-se o sentido de *derivação* das normas. Cada uma dessas normas

vai-se derivando da imediatamente superior. Partindo da posição em que se encontra, na base da pirâmide, o ato administrativo, busca-se o seu *fundamento de validade* e faz-se um caminho inverso. Cada norma que está colocada em posição inferior à outra se fundamenta nela até chegarem todas à Constituição. É assim que quase todas as normas infra-constitucionais, em nível de lei comum, desrespeitam a Constituição do Brasil; quase todas são, sempre, inconstitucionais pelo descuido do processo legislativo, sempre de afogadilho, sempre atabalhoado. É uma característica nossa. Essa lei chamada de "*responsabilidade fiscal*" foi preparada sob os aplausos de uma *falsa moralidade administrativa*, porque não se pode dissociar a noção de *moralidade administrativa* e a de *bem estar social*, – esta última é um objetivo fundamental integrativo do princípio *republicano* – para perseguir-se um *falso* equilíbrio das contas públicas, à medida em que ele se fará com o sacrifício de uma vida humana com dignidade. É assim, sobretudo, porque são previstas *sanções institucionais*, de que é exemplo a *vedação de transferências voluntárias*, ferindo-se um outro princípio constitucional, o do *federalismo cooperativo* ou *solidário*.

Quando se fala de leis infra-constitucionais ainda se tem de lembrar que elas exprimem várias espécies, cada qual com função própria.

A primeira das leis a apontar aqui, é a chamada *lei complementar* que tem a função de integrar a norma constitucional. Ou seja, ela tem a função de dar efeito à norma constitucional. Ela desdobra a norma constitucional. Com funções diversas, há a lei ordinária e a delegada, bem assim, com efeito de lei, há a medida provisória. A necessidade de abordar esse tema vem a propósito, porque a *lei de responsabilidade fiscal* é chamada de *lei complementar* que é documento normativo específico quanto ao processo legislativo⁽⁸⁾ e quanto à materialidade⁽⁹⁾. A função *integrativa* dessa *lei* consiste em desdobrar, obviamente sem regras *extensivas*, algum detalhe da Constituição, alguma norma da Constituição, porque lhe é defeso alterar os dispositivos que regula.

⁽⁸⁾ cf. art. 69 da Constituição: as *leis complementares* serão aprovadas por maioria absoluta.

⁽⁹⁾ a *lei complementar integrativa* há de ser requerida pela própria Constituição, por exemplo, a do seu art. 146, a do seu art. 163, a do § 9º do seu art. 165, a seu do art. 169. Cada qual com materialidade própria, mas, confundidas nessa Lei Complementar nº 101/2000, a ponto de os autores da citada ADIN nº 2.238-5 terem argüido a sua inconstitucionalidade, também, ao argumento de que o projeto teria de ter disciplinado por inteiro o art. 163.

Lamentavelmente, a lei de que aqui cuida-se, não foge à eiva de inconstitucionalidade. A primeira já se encontra no art. 1º, cujo teor, aliás, é de *preâmbulo* ou de uma *ementa*, quando diz que “*estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal com o amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição*”. É assim porque sobre *finanças públicas* ela diz muito pouco, sem chegar mesmo a esgotar a regulação do art. 163 e até tisonando o § 1º do art. 164, ambos da Constituição; neste último caso, quando manda que o resultado do Banco Central constitua receita do Tesouro Nacional (cf. seu art. 7º). É assim porque ela invade o campo da lei nº 4.320 de 17.03.64, ao desdobrar a matéria do § 9º do art. 165 da Constituição, gerando prejudiciais *antinomias reais*, ou sejam, conflitos insolúveis entre as normas das duas leis, uma *ordinária* e outra *complementar*. Muitos serão os problemas quando se quiser saber em que campo se está, para o efeito de *revogação*: no campo da *complementar* 101 ou no campo da *ordinária* 4.320? porque nem toda a matéria desta última foi admitida, pelo princípio da *recepção* (1º), como sendo de lei complementar. Por outro lado, há matéria dessas *leis complementares* requeridas pelos dispositivos constitucionais, citados na nota de rodapé nº 9, que é de ser veiculada por *norma geral* reservando-se, assim, aos demais legisladores dos entes federados a competência para emitir a norma específica, mas, nessa *lei complementar* não há essa distinção.

Inconstitucionais são, dentre outros, os arts. 1º e 7º; § 3º do art. 9º; o art. 14 e seus parágrafos; o item I do § 3º do art. 23; o § 7º do art. 30; o § 2º do art. 31. Enfim, são dispositivos que representam limites à liberdade pública, aos direitos e garantias individuais, a direito super-estatal, super-legal para os quais nem mesmo a emenda à Constituição pode impedir o exercício, tais como são os *direitos sociais*. O próprio princípio federativo que é a realização da liberdade do ponto de vista da organização do Estado, que, também, nenhuma emenda à Constituição pode restringir, afinal, o foi por essa *lei complementar*, que veio como uma justificativa de moralização, de outra organização administrativa, de transparência, de clareza, tudo isto, portanto, até justificável, só que ela não pode, a título

^{1º} cf. Hans Kelson, Teoría general del derecho y del Estado: “se certas leis promulgadas sob o império da velha Constituição continuam sendo válidas sob a Constituição nova, isto unicamente é possível porque a nova Constituição lhes confere validade, quer expressa, quer tacitamente. O fenómeno é um caso de *recepção* (.....). A *recepção* é um procedimento abreviado de criação jurídica. (.....) todas as normas que têm validade dentro da nova, recebem-na em forma exclusiva da nova Constituição” – grifei.

de transparência e de cumprimento de metas fixadas e de organização das finanças públicas, destruir liberdades fundamentais, nem a forma federativa do Estado, nem abolir *direitos sociais* e humanos, como se encontra nos estreitos limites da lei de responsabilidade fiscal.

O federalismo deve ser visto não simplesmente naquela fórmula tradicional de respeito às peculiaridades locais. A forma federal do Estado é, sim, a melhor forma, exatamente porque através dela se dilui o poder, reparte-se o poder no território nacional. E, portanto, cada ente que compõe o estado federal – a União, os Estados e os Municípios – não é simples ente administrativo descentralizado; são entes políticos que receberam parcela desse poder estatal da Constituição, cabendo-lhes criar ordens jurídicas que nascem dos poderes legislativos daqueles entes federados, convivendo, assim, ordens jurídicas parciais. Pois bem, é, exatamente, em decorrência da distribuição do poder que há o entendimento democrático dessas garantias de liberdades, é que cabe à União, aos Estados e aos Municípios administrarem, elaborarem as suas leis e os seus planejamentos por meio de diretrizes orçamentárias, das suas leis orçamentárias, executarem essas suas leis. Isto está na essência do federalismo previsto no art.18 da Constituição.

Veja-se, então, que a Constituição rompe com o federalismo puramente tradicional, criando entre os entes federados a lealdade e a solidariedade, porque não autoriza, na parte financeira, que eles se tornem absolutamente independentes. Há uma colaboração nesse chamado federalismo cooperativo, para promover o equilíbrio de modo a que recursos dos Estados sejam repassados aos Municípios, que recursos da União por meio de fundos implementem a igualdade e que, por meio da equalização e da redução das grandes desigualdades entre grupos e regiões, implementem uma vida digna para todos. Dessa forma, realiza-se o Estado Democrático de Direito. Tudo isto está comprometido pela lei, em nome de uma *falsa moralidade*, isto é, a *moralidade* que cria uma desigualdade nas sanções *institucionais* porque a União não sofrerá sanção alguma se não se enquadrar nos parâmetros, apenas Estados e Municípios estão sujeitos a elas. Então, há uma quebra do equilíbrio federativo, até porque essa sanção é, também, absolutamente inconstitucional dado que impede um repasse voluntário para se obrigar Estados e Municípios a adotarem política que a União quer ver implementada.

Aqui, já podem ser abordados três aspectos específicos do tema proposto:

1º - uma *análise da própria emenda constitucional 25/2000 e da própria lei de responsabilidade fiscal* para que se verifique a existência de uma antinomia, um conflito entre as duas normas, embora, aqui, entenda-se ser um conflito aparente, não é um conflito real, não é uma antinomia real; por isso deve o intérprete superá-lo para assegurar determinados aspectos da vida do servidor público a qual tem de estar em confronto com essas normas, ditas moralizantes;

2º - as *inconstitucionalidades* provocadas pela emenda constitucional. É necessário lembrar que as emendas constitucionais também podem ser inconstitucionais e as *inconstitucionalidades* na lei de responsabilidade fiscal no que toca ao nosso tema, uma vez que, sobre outros temas, há dezenas de aspectos inconstitucionais nessa lei, cada qual aflorando ao seu modo;

3º - uma teorização dessas inconstitucionalidades para que se possa saber como superá-las na linha do exercício do direito subjetivo de cada pessoa atingida por essas inconstitucionalidades.

2. ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 25 E DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADES. TEORIZAÇÃO DESSAS INCONSTITUCIONALIDADES.

2.1. A emenda 25

A emenda constitucional 25 introduziu na Constituição algo que é bastante inusitado no mundo jurídico. Trata-se dos artigos suplementares: "artigo A", "artigo B", "artigo C"! Então, vem essa emenda constitucional 25 e introduz no texto da Constituição o artigo 29^A no qual estabelece o elemento "*total da despesa com pessoal do Poder Legislativo*", em função da população do município. Depois, estabelece o *conteúdo dos cálculos* em relação a essa despesa com pessoal e a correlação entre esses cálculos da despesa com os recursos financeiros. E, por fim, estabelece as

sanções que devem ser aplicadas àqueles agentes políticos municipais que infringirem a norma: o Prefeito do Município e o Presidente da Câmara de Vereadores.

2.1.1. O total da despesa

O município que tiver até cem mil habitantes terá direito a um limite máximo de oito por cento sobre uma base de cálculo que adiante será explicitada. Aliás, a base de cálculo vai ser considerada para todos os percentuais que a Constituição lista. O primeiro é esse de oito por cento, o segundo é de sete por cento para os municípios que têm população entre cem mil e um habitantes e trezentos mil habitantes. Depois seis por cento para os municípios que têm trezentos mil e um habitantes a quinhentos mil habitantes. E por fim cinco por cento para os municípios que têm acima de quinhentos mil habitantes. A primeira pergunta que se deve fazer é por que essa gradação? e, sendo essa a gradação, por que o município tendo apenas um habitante mais do que o outro sai da faixa? Aqui já começa uma ofensa ao direito subjetivo antes falada. Os habitantes de um determinado município deixam de ter – sobretudo aqueles habitantes que, ao mesmo tempo, são servidores do Legislativo – um tratamento de *bem estar* só por causa da existência de um habitante a mais?! Essa questão, porém, perde até a importância diante de tantas outras que são mais relevantes e que demonstram que essa lei de responsabilidade fiscal e essa emenda 25 são, nesse caso, prejudiciais, ainda que a causa de cada qual delas seja a tal da moralidade que está na moda.

2.1.2. O conteúdo dos cálculos

O cálculo toma em consideração a *despesa*. Ou seja, o que é que compõe a despesa de pessoal para o efeito de encontrar a base de cálculo e qual é mesmo essa base de cálculo que são os recursos financeiros. É bom fixar-se bem esse aspecto porque é do confronto dele com os aspectos da lei de responsabilidade fiscal que se impõe resolver o conflito que se apresenta entre os dois. Para a despesa, diz a emenda constitucional 25, incorporada ao texto da Constituição mediante o artigo 29^a, devem ser incluídos nesse cálculo os gastos com os servidores ativos mais os gastos com pensionistas. Mas, perguntar-se-á: por que, se para

essa conclusão, a Constituição não deixa claro? E ao contrário, ela diz que devem ser excluídos os gastos com os inativos? É que examinada a lei de responsabilidade fiscal verifica-se que ela destaca os *pensionistas* retirando-os do conceito dos inativos. *Pensionista* é alguém que tem, por sucessão, direitos a valores pecuniários que decorrem da relação de trabalho entre o sucedido e o Poder Legislativo. Então, esse *pensionista* não se confunde, efetivamente, com o *inativo*. Por isso, a lei de responsabilidade fiscal faz bem quando distingue entre os dois. Mas, o artigo 29.^a não faz essa necessária distinção, ainda que faça a exclusão dos *inativos*. Então, há de entender-se que esses valores estão no conjunto das despesas com pessoal que a emenda tentou colocar como elemento dos cálculos, abrangendo, outrossim, os subsídios dos Vereadores. Portanto, em síntese, os cálculos contemplam os gastos com servidores ativos e pensionistas, mais os subsídios dos Vereadores. Entenda-se que nessa expressão, subsídios dos Vereadores, incorpora-se toda a remuneração que os Vereadores têm, inclusive no que toca à verba de representação a que faz jus o Presidente da Mesa. Todos os valores a que o Presidente, por exemplo, do Legislativo tem direito para além do comum dos demais Vereadores, incorporam-se no conjunto desse elemento “despesas”. Portanto, a *despesa* tem que ir até oito por cento ou sete por cento ou seis por cento ou cinco por cento. Calculados esses percentuais respectivamente, sobre o **quê?** Aí vem a base de cálculo: sobre os tais recursos financeiros. Como é que eles são tratados na emenda?

Em primeiro lugar, repare-se que a emenda fala de “*receita tributária*” sem qualquer adjetivação para o signo *receita*. Porque, adiante, vê-se que a *lei de responsabilidade* já fala em *receita corrente líquida*, mas, aqui, o legislador constitucional limitou-se a falar em *receita tributária*. E, então, essa *receita tributária* não se confunde com um outro elemento trazido pelo artigo 29.^a que são as *transferências*. De qualquer maneira, já se tinha, na Constituição, alguma palavra sobre esse assunto no seu artigo 38, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – que é uma das três partes do texto da Constituição Jurídica ou da Constituição escrita⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ A Constituição Jurídica ou escrita tem três partes. Insistindo-se nessa expressão “Constituição Jurídica” ou escrita, porque adiante importa a referência quando se apura a inconstitucionalidade das emendas ao texto da Constituição escrita ou jurídica. Então, são três partes: o *preâmbulo* que não é, simplesmente, um repositório de conceitos ou de formulações filosóficas. Existem preâmbulos que são assim, mas, na Constituição Brasileira de

Esse artigo 38 diz que a despesa com pessoal, até que surja a lei complementar referida no artigo 169, não poderá ultrapassar 65% das *receitas correntes*. Então, já se têm: a) - três expressões para trabalhar: *receita tributária*, *receita corrente* e *receita corrente líquida*; e b) - a pergunta: qual será a lei complementar a que se refere o legislador constituinte no artigo 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias? Responda-se, de logo, que essa lei somente pode ser aquela *lei complementar* que irá regular o artigo 169 e que irá, por isso, substituir aquela lei que hoje se conhece com o número de 4.320, datada de 17 de março de 1964, porque essa lei é que, realmente, disciplina a questão da administração financeira e orçamentária. A lei de responsabilidade fiscal não tem essa função. E ela própria diz que o seu papel é o de regular o capítulo da Constituição ou o título, como ela diz, das finanças públicas e, ainda assim, parte desse Capítulo. Aliás, o reparo a esta disciplina parcial é um dos fundamentos da ADIN nº 2238-5.

Então, este é um outro assunto a examinar: que lei é essa? Ela pode operar os limites da despesa de pessoal? Será que foi essa a lei requerida pelo legislador constitucional no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias?

Isso tudo vem a propósito da indagação sobre o que são *receitas tributárias* no texto da emenda 25 incorporado mediante o artigo 29^A no texto da Constituição jurídica. Mas, ainda carece de trazer-se o conceito de um outro elemento que é o de *transferências*. O artigo 29-A fala, também, que as transferências compõem os recursos financeiros. E ele diz: as *transferências* previstas no § 5º, do artigo 153 e as *transferências* do 158 e 159. A interpretação dirá qual das duas normas deve aplicar-se em

1988 não o é. Este é realmente uma mensagem ou um discurso normativo com eficácia jurídica, orientador de toda a interpretação do texto da Constituição. Porque quando ele revela que a Assembleia Constituinte se reuniu para instituir o estado democrático de direito orientado pelos princípios que ele, portanto, descreva, não é somente algo que represente um discurso, meramente, filosófico, mas é a vontade do legislador constituinte dizendo que ele está modificando tudo aquilo que existia no país até o momento em que ele editou o maior dos documentos normativos para regular a vida do cidadão brasileiro. Uma segunda é a *parte dogmática* ou *parte permanente* da Constituição. E a terceira parte é o ato das disposições constitucionais transitórias que não pode ser confundido como o é hoje, submetido a emenda. O ato das disposições constitucionais transitórias é repositório de *direito transitório*, de direito inter-temporal, de direito que faz a integração entre duas situações: A situação jurídica constitucional que acaba de ser extinta e a ordem jurídica constitucional que acaba de ser inaugurada pelo texto constitucional. É para isso que existe o ato das disposições constitucionais transitórias. Enfim, o "Ato" só tem uma função: a integração de duas ordens constitucionais.

função do tal conflito *aparente* referido: a norma da emenda ou a da lei de responsabilidade ou nenhuma delas, face à inconstitucionalidade? Interpretam-se, então, os elementos dessas normas.

O § 5º do art. 153 referido representa aquela dição, aquele discurso do legislador relativo à incidência do I.O.F, o imposto sobre operações financeiras, na produção de ouro naqueles municípios que o tenham. Como resta para o município um percentual de 70% (setenta por cento) e se diz que a alíquota é de 1% (um por cento), então, entende-se que há 0,7% mínimos da incidência tributária do IOF sobre o ouro, esse percentual deve ir para o respectivo município compondo o que o legislador está chamando de *transferência*.

Há que distinguir entre *transferências diretas* e *transferências mediante o fundo de participação dos municípios*. Ambas são *vinculadas*, porque são compulsórias e não se confundem com as *transferências voluntárias* a que alude a lei de responsabilidade.

A *transferência direta*, pelo que está na Constituição e pela invocação que o legislador faz aos artigos 158 e 159, vem do imposto de renda incidente na fonte relativamente aos rendimentos pagos pelo respectivo município aos seus servidores e a qualquer outro pagamento que o município faça a quem quer que seja o seu fornecedor, prestador de serviço de qualquer outra maneira e que tenha a incidência, portanto, do imposto de renda chamado na fonte.

50% (Cinquenta por cento) do imposto territorial rural relativo aos bens imóveis dessa natureza existentes no território do município, 50% (Cinquenta por cento) referentes ao I.P.V.A, o imposto sobre a propriedade de veículos automotores, 18,75% referente ao ICMS, porque se a Constituição fala em – (três quartos) no mínimo, calculados sobre 25% (vinte e cinco por cento) relativamente ao I.C.M.S – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Então, são 18,75%, no mínimo, do valor adicionado das operações mercantis submetidas à incidência do I.C.M.S no território do município.

O último elemento desses recursos de *transferência* é o fundo de participação: 22,5% (vinte e dois virgula cinco por cento) do I.P.I. – imposto

sobre produtos industrializados e do imposto sobre a renda. Ora, I.P.I e imposto de renda formam essas *transferências constitutivas do fundo*.

Conclusão: a base de cálculo para a incidência dos oito, sete, seis ou cinco por cento, respectivamente, na emenda 25 corresponde a esse primeiro elemento que é o *total da despesa* multiplicado pelo outro elemento que são os *recursos* que acabam de ser descritos. Portanto, a *receita*, segundo a emenda constitucional, não poderá ser superior a 70% (setenta por cento) da *receita* da Câmara, incluídos os subsídios dos Vereadores.

2.1.3. As sanções

As sanções são classificadas em *personais* e *institucionais*. As *personais* são voltadas para o Prefeito: *crime de responsabilidade*. Diz o legislador da emenda 25: se ele repassar valores que superem os limites aqui falados. Mas, que limites? Os limites do percentual de oito, sete, seis, cinco? Os limites dos setenta por cento, etc, etc? Ora essa regra da emenda ofende o princípio da separação dos poderes. Acaba com a federação, acaba com a democracia porque liquida, portanto, com a independência dos poderes e até mesmo a harmonia deles. Isso vai ser motivo de choque entre o Presidente da Câmara e Prefeito nesses seis mil municípios que não são todos iguais a São Paulo, a Porto Alegre, a Rio de Janeiro, a Salvador, a Belo Horizonte. Sanções para o Prefeito e o Prefeito não pode cumprir as normas que as geram, porque são sanções que vão fazer com que ele interfira no Poder Legislativo. Depois traz sanções para o Presidente da Câmara se ele desobedecer a essas regras que não são regras de interpretação muito claras, como estamos vendo, porque são regras que dependem de cálculos e de base de cálculos para fazer cálculos. Há, também, *sanções institucionais*. Aqui, estas reprimendas são veiculadas pela emenda 19 de 04.06.98. É, da mesma forma, uma emenda inconstitucional porque estabelece restrições, apenas, para Estados, Distrito Federal e Municípios salvando a União e inclui entre essas restrições a suspensão de "todas" os repasses (cf. a redação que deu ao § 2º do art. 169), salvo se se entender, dentro desses "todos", somente as *transferências voluntárias*... Insiste-se, porém, que, mesmo estas integram o contexto do *federalismo cooperativo* ou *solidário* e, assim, não podem ser objeto de restrições.

2.2. A Lei de Responsabilidade Fiscal

Entra-se, agora, na análise da famigerada, em todos os sentidos da palavra, *lei de responsabilidade fiscal*.

Nela, as sanções *personais* têm natureza criminal, não só porque, ao estilo da emenda 25, a lei de responsabilidade fiscal sinaliza para isto, mas também porque foi editada lei específica alterando o Código Penal. Trata-se da Lei n.º 10.028 de 19.10.2000, definindo tipos criminais para as infrações à *lei de responsabilidade fiscal*.

Não se deve esquecer que essa lei se intitula de "*complementar*", embora não seja aquela que, com essa natureza, é exigida pelo legislador constituinte, pois não disciplina *toda* a matéria da administração financeira e orçamentária regrada pela Constituição e, por essa circunstância, criará conflito com a norma da Lei nº 4.320 de 17.03.64, desafiando, assim, o intérprete. Diz, logo no seu art. 1º, como foi visto antes, que estabelece normas, de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal com o amparo no Capítulo II, do Título VI, da Constituição. Ao dizer isso, entende-se que ela somente pode cuidar de regular, ou seja, de desdobrar a matéria que está nessa parte da Constituição. E aí começam os problemas, porque existe nessa lei matéria que não está nessa parte da Constituição. Eis aqui mais inconstitucionalidade. Observe-se, referindo-se a essa lei, cada elemento constitutivo da definição de "*total da despesa*". Lembre-se que na emenda 25 fala-se de oito, sete, seis e cinco por cento, respectivamente, considerada a população e incidente sobre base de cálculo correspondente ao somatório de uma *receita bruta* e de *transferências* que difere da base de cálculo adotada pela lei de responsabilidade. Nessa lei o "*total da despesa*" com o pessoal no município é de 60% (sessenta por cento) sem considerar a população. Portanto, a lei se refere somente a percentual, e fala de base de cálculo diversa. Desses 60% (sessenta por cento), 6% (seis por cento) são para o Legislativo. E o Legislativo como o de São Paulo que tem Tribunal de Contas, também, para o Tribunal de Contas. Impõe-se saber se o Tribunal de Contas é subalterno ou é auxiliar do Poder Legislativo.

Afinal, deve-se obediência a quem? À Constituição que fala de oito, sete, seis e cinco por cento, respectivamente, ou à lei de responsabi-

lidade fiscal, que é norma infra-constitucional e nesta condição busca o seu *fundamento de validade* na Constituição? Essa lei manda ser seis por cento apenas, para Município com qualquer população. Quanto ao conteúdo dos recursos financeiros, também, há divergência: a emenda 25 fala de *receitas tributárias e transferências*, enquanto a lei fala de *receita líquida* definida no inc. VI de seu artigo 2º. São somatórios diversos entre si. Em relação às despesas a emenda cuida de gastos com servidores ativos, subsídios dos Vereadores e falamos também que a nosso ver os pensionistas também estavam ali incluídos. Aqui a lei fala de gastos com servidores ativos e *inativos*. A emenda exclui os *inativos*.

Contudo, o somatório é o conjunto formado pelas receitas tributárias, portanto, nos moldes expressos antes quando este trabalho refere-se ao conteúdo dos cálculos mais as contribuições patrimoniais, industriais, agropecuárias e de serviços mais as transferências correntes. O legislador fala em *transferência* "lato sensu" mais outras receitas também correntes, deduzindo-se o recurso que representar contribuição do servidor para compor a previdência social. E aquelas compensações financeiras a que se refere o artigo 201 da Constituição em razão da contagem recíproca de tempo de serviço para aposentadoria do servidor. Deduzido isso, o resto é o que a lei chama de *receita corrente líquida*. E se fala em *líquida*, ela não aceita o cálculo do artigo 29, da Constituição com a redação da emenda 25. Porque no art. 29 é a *receita toda*, e não a receita corrente líquida. É só se verificar o conceito de *receita corrente* e o de *receita corrente líquida* que é dado pela lei com essa dedução desses elementos de que aqui se está falando para ver que o universo é completamente diferente, a base de cálculo é completamente diferente. Então, agora, feita a comparação, é examinar as sanções. Já se viu, linhas atrás, que as sanções trazidas pela lei de responsabilidade fiscal são de duas categorias: *pessoais e institucionais*. A Emenda 25 fala de sanções somente *pessoais* aplicadas ao Prefeito e ao Presidente da Câmara. É certo que a Emenda nº 19/98 introduziu o § 2º no art. 169 da Constituição, mas, como consignado antes, é inconstitucional por salvar a União. As sanções pessoais a lei se refere a elas no artigo 73. E ao fazer assim remete para o Código Penal (cf. a Lei nº 10.028/2000) que define-os e traz, inclusive, sanções para o Presidente do Supremo Tribunal Federal a saber: *crimes contra as finanças públicas* e aí começa a alterar a partir do artigo 359 do Código

Penal colocando 359^A, 359B, até H. Depois altera a Lei 1.079 de 10 de abril de 1.950, para estabelecer os *crimes de responsabilidade* envolvendo nesse caso, também, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, o chefe da Procuradoria do Ministério Público e assim por diante. Essas são as sanções portanto *pessoais*. Há reparos em relação às sanções institucionais. E essas sanções institucionais estão sobretudo nos artigos 23, § 3º e 25 da lei.

O artigo 23 diz que se a despesa de pessoal não atingir o limite mínimo, portanto passar, o excedente terá que ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro quadrimestre, adotando-se entre outras as providências previstas nos §§ 3º e 4º do artigo 169 da Constituição. Essas providências referem-se, portanto, à dispensa de pessoal e aí pela ordem reduz-se o pessoal em pelo menos 20% (vinte por cento) dos cargos em comissão. Mas, não é possível excluir todos os cargos em comissão de uma administração. A segunda leva é a dos não estáveis, a terceira leva é a dos estáveis. Aí pergunta-se: se não chegar ao limite, a quarta leva é a dos inativos? São situações que o legislador fez na sua idéia abstrata e que não observou, gerando inconstitucionalidades na emenda.

A emenda 25 é inconstitucional porque o item I do seu artigo 29^A manda apurar os limites de despesa de pessoal da Câmara de modo a que o controle tem que ficar com o chefe do Poder Executivo senão ele responde por *crime de responsabilidade*. Não se pode aceitar isso porque a emenda não podia ser mais do que o soneto. E o soneto é o texto original da Constituição que não permite isso no seu artigo 2º, não permite isso no seu artigo 60, § 4º, inciso 3º: a independência e a harmonia dos poderes são fundamentais. E essa emenda, além de acabar com a independência, liquida com a harmonia.

Em segundo lugar a emenda é inconstitucional porque, ao estabelecer sanções no § 2º, do artigo 169, exclui a União, estabelecendo *sanções institucionais* só para o Estado, o Município e o Distrito Federal. E nesse ponto ela fere o artigo 1º combinado com o artigo 18 da Constituição.

A lei de responsabilidade fiscal, também, é inconstitucional, especialmente a norma do artigo 25 que penaliza ao final não a pessoa do

Prefeito ou do Vereador Presidente da Câmara, mas todos os brasileiros que habitam num determinado município, todos os cidadãos nesta fase áurea do Direito Constitucional da cidadania, ferindo o artigo 1º, inciso II e III, o artigo 3º e o artigo 60, §4º, IV da Constituição. Mas, por que a emenda constitucional fere a Constituição? Porque para entender qual é a função de uma emenda constitucional tem-se que distinguir, no plano jurídico, a figura do *poder constituinte* e a figura do *legislador da reforma da Constituição jurídica*.

O livro do autor deste trabalho denominado "Limites da Revisão Constitucional" ⁽¹²⁾ teoriza o *poder constituinte* como uma potência, é um poder, portanto, que embora não seja absoluto, ele se parece com o de Deus... O *poder constituinte* funciona, assim, como Deus porque na origem ele surge como uma força de eficácia atual que se manifesta cada vez que a comunidade lho provoca. É como a raiz da bananeira que vai por debaixo da terra e vai brotando de lugar em lugar ou um periscópio de um submarino que só sai num lugar em que ele se sente seguro para poder verificar o que se passa em volta. Isso é que é o poder constituinte. E não terá fim exatamente por causa dessa eficácia atual.

Mas, ele não é absoluto, porque tem limites. Os limites decorrem dos valores que estão, portanto, praticados naquele momento por aquela comunidade e dos princípios que internacionalmente são outorgados como direitos subjetivos dos cidadãos, em qualquer parte do mundo. Por isso, a Constituição de 88 se assemelha à Constituição espanhola de 1978, a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição Alemã de 1949, a Constituição Francesa de 1958. Constituições editadas nessa terceira fase do Direito Constitucional que é chamada fase do Direito Constitucional da cidadania, por isso Pinochet ficou preso na Inglaterra por deliberação de um Juiz de primeiro grau espanhol, ainda que imune por força das normas chilenas. Esse é o limite do poder constituinte.

E a emenda constitucional? É que o poder constituinte, sendo potência, elabora um texto e ele próprio prevê a quem compete alterá-lo. Essa Constituição Jurídica ou Constituição Escrita, só pode ser modificada ou pela via da *revisão* ou pela via da *emenda*.

⁽¹²⁾ cf. Edvaldo Brito. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993

A *revisão* é uma apreciação de um texto da Constituição para adaptá-lo às circunstâncias que se vão sucedendo. A *emenda* é uma alteração pontual que se faz na Constituição. Mas exatamente por isso ela tem limites à reforma da Constituição. Limites que podemos dizer que são de natureza circunstancial: em determinados momentos, em determinadas circunstâncias não se pode alterar a Constituição, estado de sítio, por exemplo. Há limites materiais, ou seja: há assuntos que estão impedidos de serem modificados; estão, exatamente, no artigo 60, §4º. Assim, dos quatro incisos, citem-se dois, para demonstrar que essa modificação concernente a despesa de pessoal do Legislativo é uma alteração descabida.

Então, o legislador que faz a *emenda* é o legislador que tem *competência*. *Competência* é uma regra jurídica que traz três outras embutidas nela. Primeira, quem é a autoridade que vai praticar os atos. Segunda: quais são as atribuições que se outorgam a essa autoridade. E terceira: qual é o procedimento que ela vai usar. Pois bem, a emenda 25, que é mero exercício de *competência*, tem limites que o próprio legislador constituinte atribuiu. Ora, onde é que essa emenda 25 é viciada? Na parte em que ofende a *separação de poderes* e na parte que exclui a União das sanções aplicáveis aos outros entes federados, ofendendo o princípio do *federalismo*.

Todo o exposto já demonstra que, tanto as emendas 19/98 e 25/2000, quanto essa Lei Complementar, quanto a Lei nº 10.028 de 19.10.2000 (D.O.U. de 20 subsequente) que altera o Código Penal para introduzir as sanções penais referidas no art.73 da LC101/2000, são normas geradoras de conflitos com a Constituição.

A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais.

Rodolfo de Camargo Mancuso

Doutor em Direito, Livre-Docente e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Município de São Paulo.

Sumário: 1. A etiologia da *convivência* entre ações judiciais. 2. Os conflitos entre os *direitos* e os que contrapõem os *interesses*. 3. Os conflitos coletivos no processo civil brasileiro. 4. A concomitância entre ações coletivas. 5. A coisa julgada *coletiva*, em face dos sujeitos concernentes.

1. A etiologia da convivência entre ações judiciais

O trâmite concomitante entre ações judiciais pode começar a ser analisado a partir da garantia constitucional do *acesso à Justiça* (CF, art. 5^º,

XXXV), por conta da própria *generalidade* do direito de ação, que apresenta natureza *abstrata*, nesse sentido de restar assegurado tanto aos históricos de lesões sofridas como aos de lesões temidas, e isso, independentemente de as pretensões serem ou não *fundadas*. É dizer, a avaliação quanto ao *mérito* das controvérsias é uma intelecção que não integra o juízo de *admissibilidade*, tanto das ações quanto dos recursos⁽¹⁾, apresentando-se assim como um *posterius*, a ser aferido a partir do momento em que o Estado-Juiz tenha reconhecido que o processo apresentasse tecnicamente hígido, com relação às *partes* (legitimidade, interesse e representação), ao *juiz* (imparcialidade e competência), e, enfim, em face da própria relação processual em si mesma, que deve ser *existente* e *válida*.

Entre nós vem predominando a concepção da ação como direito *abstrato*, tomada essa abstração tanto no sentido de dispensa quanto à indagação de ser a pretensão *fundada*, mas também no sentido de sua *autonomia* em face da relação de direito material a que serve de veículo, fenômeno bem nítido nas ações declaratórias *negativas*, onde, justamente, pode-se pedir a declaração da *inexistência* de uma relação jurídica (CPC, art. 4º), a par da possibilidade do ajuizamento de ações que diríamos *dessubstantivadas*, como a rescisória fundada em *nullidade* do julgado rescindendo, por incompetência absoluta do juiz (CPC, art. 485, II), ou mesmo a ação direta de inconstitucionalidade, reportada ao *interesse* legítimo a que as leis e atos do Poder Público sejam... conformes à Constituição. Compreende-se, assim, a dicção do art. 3º do CPC, de que para propor ou contestar uma ação bastam “interesse e legitimidade”.

A natureza abstrata do direito de ação, todavia, está longe de ser *questão fechada*, bastando lembrar o sentido *imanentista* ou *concreto*, sugerido pela redação do art. 75 do Código Civil (“A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”); aliás, a concepção demasiadamente abstrata do direito de ação já veio criticada por José Ignácio Botelho de Mesquita, Titular de Direito Processual da USP: “Parece-nos que um direito

⁽¹⁾ Sem embargo de o art. 557 do CPC, na redação da lei 9.756/98, dizer que o Relator “negará seguimento a recurso manifestamente (...) *improcedente*”, aí trazendo, pois, o mérito do recurso para o plano da sua admissibilidade. Faço é que a anterior *Lei dos Recursos* – n. 8.038/90, art. 38 – já utilizava tal terminologia, e, de todo modo, tal decisão monocrática vem a ser zgravável (§ 1º daquele art. 557), o que de tudo resulta, sob a óptica do Relator, numa sorte de *juízo de mérito, antecipado, mas provisório*. (Ao propósito, v. Nery & Nery, “Código de Processo Civil, comentado”, 4ª ed., RT, São Paulo, 1999, nota 2 ao art. 557 do CPC).

consistente no poder de pôr em movimento as sanções da lei, ao qual porém não corresponde este poder, mas apenas o de 'fazer escutar, conhecer e ponderar as próprias razões' é um fantasma bem mais sofisticado e surrealista que a ação na concepção de Wach" (2).

Por outro lado, enquanto o singelo direito de petição mostra-se *genérico e incondicionado* (CF, art. 5º, XXIV, a), já a ação, ao contrário, é específica e (muito) condicionada, explicando Moacyr Amaral Santos tratar-se de "um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto" (3). Isso explica o grande número de circunstâncias que, uma vez ocorrentes num processo, acabam por *desobrigar* o Estado-Juiz de pronunciar-se sobre o *mérito* das lides, tais os pressupostos processuais ditos *negativos* (litispendência, perempção, coisa julgada, convenção de arbitragem, incompetência absoluta do juiz); as condições da ação (interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido, legitimação); sem falar em outras eventualidades (vício de representação, colusão entre as partes), que acabam por inviabilizar o enfrentamento do *meritum causae*: CPC, art. 267 e incisos, *passim*; arts. 13, 129. Apesar dessas ocorrências, que sinalizam para um *non liquet* de parte do julgador, ainda assim o ideal é que a cognição judicial seja *plena e exauriente*, nesse sentido de resolver a um tempo o *processo* (o continente) e a *lide* (o conteúdo), e outra coisa não quis o legislador, ao dizer que é ao publicar a decisão de *mérito* que o juiz "*cumpre e acaba* o ofício jurisdicional" – CPC, art. 463.

Ademais, para obter um comando judicial que assegure o bem da vida objeto da *pretensão*, esclarece Cândido Rangel Dinamarco, "não basta ao autor ter o *direito de ação* e exercê-lo adequadamente. Ter *ação* assegura-lhe somente a obtenção do provimento de mérito, sem que este lhe seja necessariamente favorável. Para obter sentença *favorável* é preciso que, além de ter a *ação*, ele ostente uma pretensão amparada pelo direito substancial (v.g., que seja realmente credor de uma indenização, como alega)" (4). Assim se passa porque, enquanto o *Estado-Administrador* atua

(2) "Da ação civil", Ed. RT, São Paulo, 1975, p. 123.

(3) "Primeiras linhas de Direito Processual Civil", vol. I, Ed. Saraiva, São Paulo, 1997, p. 159.

(4) "Fundamentos do processo civil moderno", vol. II, Ed. RT, São Paulo, 2.000, p. 819, 820.

por uma legitimação de natureza originária, ou primária, embasada num mandato decorrente da vontade popular, o que inclusive autoriza a atuação *de ofício*, mediante escolhas políticas e atos discricionários, já a legitimação do *Estado-Juiz* é de natureza derivada, institucional, decorrente da investidura de agentes recrutados por concurso público, donde caber ao julgador aplicar – mediante provocação – a norma de regência aos fatos, sob critério de legalidade estrita (CF, art. 5º e inc. II; CPC, art. 127, *contrario sensu*), não podendo a decisão de mérito ir além, ficar aquém ou dar coisa diversa do que restou fixado como objeto litigioso (CPC, arts. 2º, 128, 460).

Tantas exigências de ordem formal, porém, não impedem que um número muito expressivo de *históricos* de lesões temidas ou sofridas afluam ao Judiciário, cabendo ao Estado-Juiz ao menos *apreciar* o que vem reportado, numa *desejável* perspectiva de *facilitação do acesso à Justiça*. Nesse sentido atua o princípio da *indeclinabilidade* (ou ubiqüidade) da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), correspondente ao que, no processo norte-americano, garante a todos o *day in Court*, oportunidade para que os contraditores exponham suas razões (*right to be heard*: o direito de ser ouvido), perante um órgão judicial competente e imparcial. Dentre nós, o Código de Processo Civil e a legislação processual extravagante buscam cumprir sua *vocação instrumental*, disponibilizando um vasto *receituário* de ações específicas, a par de certas *válvulas de segurança* para hipóteses específicas ou diferenciadas, como se vê no *poder cautelar geral* (art. 798), na *fungibilidade* entre as ações possessórias (art. 920), no suprimento judicial da obrigação de fazer, de natureza infungível (art. 641).

A par disso, a ciência processual procura identificar, ao interior da sociedade, os valores e interesses mais relevantes, e, para a hipótese de entrarem em conflito, indica três *tipos de processo*: (*i*) o de conhecimento (*cog+noscere* = apreender detidamente), para os históricos de danos sofridos, processo voltado à decisão de mérito, onde vem priorizado o valor *eliminação da incerteza*, compreendendo as ações declaratórias, condenatórias, constitutivas e mandamentais, conforme o livro I do CPC e legislação complementar; (*ii*) o *cautelar*, adequado aos danos temidos ou virtuais (direitos ameaçados), cujo mote é o valor *segurança* de pessoas, coisas e situações, tratado no livro III do CPC e em alguma legislação extravagante; (*iii*) enfim, o processo de execução, de caráter mais

jurissatisfativo do que propriamente jurisdicional, já que tendente à realização do "interesse do credor" (CPC, art. 612), exigindo título líquido, certo e exigível (CPC, art. 586), regulado no livro II do CPC e legislação complementar.

Vale registrar uma tendência contemporânea à *relativização* dos escopos antes enunciados, sob a influência do sempre renovado apelo à *instrumentalidade* da relação processual, com a tônica sendo reafirmada na *efetividade* da resposta jurisdicional, em ordem a que as lides sejam compostas de modo *justo*, num *tempo razoável* e com o *menor custo*, e que ao final o processo propicie a *maior aproximação possível* entre o direito que assiste à parte, segundo a norma de regência, e o resultado prático decorrente do comando jurisdicional; ou seja, que ao final o processo não ofereça *sucedâneos* de direitos, ou prosaicos *prêmios de consolação*, senão que, segundo o preceito *chiovendiano*, efetivamente assegure, a quem tenha um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo a que faz jus. No ponto, Cândido Rangel Dinamarco: "Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas" ⁽⁵⁾.

O processo civil brasileiro vem procurando, mercê da reforma gradativamente implementada ao longo da última década, buscar essa desejável *efetividade*, priorizando a outorga da *prestação específica do objeto* através de institutos como o *procedimento monitorio* (art. 1.102, cf. lei 9079/95), a *antecipação dos efeitos* da tutela (arts. 273, 461, cf. lei 8952/94), o dito *efeito ativo* nos agravos (art. 544, § 3º, cf. lei 9756/98); e, *de lege ferenda*, cogita-se mesmo da supressão do processo executivo autônomo (livro II do CPC), como esclarece o Min. do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira: "A execução será uma simples fase, sem possibilidade de embargos do devedor, a exemplo do que ocorre hoje com as ações possessórias, com as ações de despejo e com a ação de nunciação de obra nova. Dá-se, aí, um 'processo sincrético', no qual se fundem cognição e execução (arts. 461 e 461-A, e 644)" ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ "A instrumentalidade do processo", 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998, p. 298.

⁽⁶⁾ "Aspectos da reforma do Código do Processo Civil", Revista de Processo n. 95, jul.set.1999, p. 10.

Cabe ainda registrar que muitas pretensões resistidas ou insatisfeitas, antes represadas na chamada *litigiosidade contida*, acabaram tendo seu *meio de expressão* na Justiça, com a instituição das modalidades diferenciadas de mediação e resolução das demandas, com destaque para os *Juizados Especiais*, voltados às causas de menor complexidade (CF, art. 98, I e lei 9.099/95), órgãos esses integrantes do Poder Judiciário (CF, art. 92, VII). A par disso, as lides, antes restritas aos conflitos entre *direitos subjetivos*, tiveram alargado seu objeto, recepcionando outras posições de vantagem, tais os *interesses* (*quod inter est*: o que liga um sujeito a um valor), assim entendidos: (i) os que credenciam a atuação do sujeito, mas em modo indireto ou reflexo, como se dá na impetração de segurança para defesa de direito líquido e certo *de terceiro* – art. 3º da lei 1533/51; (ii) os que concernem a sujeitos relativa ou absolutamente indeterminados, como os chamados *interesses metaindividuais*, que o constituinte titulou *difusos e coletivos* (art. 129, III) e o legislador ordinário trifurcou, agregando a sub-espécie *interesses individuais homogêneos* (lei 8078/90, art. 81, I, II e III); (iii) as pretensões que não configuram direitos subjetivos propriamente ditos, mas relevam de *interesses legítimos*⁽⁷⁾, como aquele que está à base do controle direto e abstrato da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público (*ADIns*, *ADCon*).

Esse largo rol de ações disponibilizadas segue em paralelo a uma tendência expansiva quanto à judiciabilidade de novos valores e interesses, tudo contribuindo para delinear o espectro da virtual concomitância ou mesmo da justaposição entre ações. Na etiologia desse fenômeno impende ainda considerar o fato de que, apesar de nossa jurisdição ser *unitária* (por inexistir dentre nós a dualidade Justiça Ordinária / Contencioso Administrativo), nem por isso nosso *ambiente judiciário* deixa de ser deveras complexo, espreado num desenho que comporta mais de uma *Justiça*, tanto a *Federal comum* (juízes federais, TRFs, STJ, STF) como a *especial* (trabalhista, militar, eleitoral) a par das *Justiças dos Estados*, em maior ou menor grau de especialização (civil, penal, fazenda, família, falências, registros públicos); além disso, enquanto a competência para legislar em matéria processual é *federal* (CF, art. 22, I), cabe aos *Estados* dispor

⁽⁷⁾ Sobre os *Interesses legítimos* e suas implicações com outras categorias jurídicas, v. o nosso "Interesses difusos - conceito e legitimação para agir", cap. I, 4ª ed, RT, São Paulo, 1997.

sobre sua *organização judiciária* (CF, art. 125 e § 1º), e, concorrentemente, legislar acerca de *procedimentos* (CF, art. 24, XI).

Outra causa a ser considerada é que, não raro, um mesmo *fato jurígeno* – v.g., uma relação de serviço público – pode ensejar controvérsias cujo processo e julgamento vem a ser entregue a instâncias judiciais diversas, como por exemplo a ocorrência de um ato de improbidade administrativa, sindicável em ação civil pública (Lei 8429/92), sem prejuízo de paralela ação penal por corrupção passiva ou concussão. Noutro exemplo, um mesmo dano ao meio ambiente pode deflagrar, a um tempo, responsabilidade administrativa, civil e penal (CF, art. 225, § 3º; lei 6938/81, art. 14). Esses *efeitos reflexos* se devem a que, à semelhança da conhecida metáfora das ondas concêntricas projetadas pela pedra lançada à água, um mesmo fato jurígeno deflagra *efeitos previstos e queridos* e outros *nem tanto, mas inevitáveis*. Na perspectiva processual, essas expansões podem gerar as chamadas *prejudicialidades externas*, fazendo com que, por exemplo, repercutam no cível a materialidade do fato delituoso e sua autoria, quando estas questões estejam definidas no juízo penal (Cod. Civil, art. 1525; CPC, art. 584, II), o que tem grande relevância nas condenações por crimes nas relações de consumo, para o subsequente ressarcimento dos lesados individuais (lei 8078/90, art. 103, § 4º).

Embora boa parte da conflituosidade ocorrente em sociedade acaba apreciada e dirimida por *órgãos para-jurisdicionais* (Tribunais de Impostos e Taxas, Juntas de Recursos em matéria previdenciária e de multas de trânsito, Tribunais Arbitrais, Comissões de Conciliação Trabalhista, Tribunais de Contas, Juizados de Paz, Tribunais Desportivos), fato é que essas instâncias não integram o Poder Judiciário – cujos órgãos constam, em *numerus clausus*, no art. 92 da CF – e assim, frente ao princípio da ubiqüidade ou indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), mesmo as decisões *finais* daquelas instâncias não ficam, em princípio, imunes a um eventual contraste jurisdicional, segundo a competência em razão da matéria ou da pessoa (v.g., art. 33 da lei 9.307/96, sobre arbitragem; CF, art. 217, §§ 1º e 2º, sobre as lides desportivas). É dizer, a existência de órgãos para-jurisdicionais pode contribuir para aliviar a carga do serviço judiciário, mas sempre numa perspectiva de que os contraditores *acolham* a resposta pronunciada por esses órgãos.

O crescente reconhecimento da judiciabilidade dos *interesses*, sobretudo dos *metaindividuais*, na medida em que pressupõe um distanciamento dos clássicos parâmetros da *titularidade*, ou da *atribuição exclusiva*, dá ensejo a que o juízo de admissibilidade se torne mais elástico, mais permeável, facilitando a recepção de pretensões ofertadas na dimensão propriamente coletiva; todavia, essa crescente *recepção do coletivo* não pode ser feita em detrimento da continuidade da apreciação das pretensões individuais, dada a garantia constitucional do *amplo acesso* à Justiça. Aí começam as dificuldades para o manejo concomitante desses dois contextos, dado que cada qual releva de pressupostos específicos e pede respostas judiciárias de diversa natureza.

2. Os conflitos entre os direitos e os que contrapõem os interesses

Na concepção tradicional, que remonta às fontes romanas, os **direitos subjetivos**, sejam os *privados* (que contrapõem os particulares entre si), sejam os *públicos* (que se exercem em face do Estado), é que beneficiam da garantia de *judiciabilidade*, por se entender que, sendo esta função de natureza *substitutiva* (e não *primária*, como a instância administrativa), o litigante que toma a iniciativa da ação deve exibir a titularidade de uma certa posição de vantagem abstratamente prevista no ordenamento positivo, a qual, submetida ao contraditório, permitirá ao Estado-Juiz a subsunção dos fatos à norma de regência (*da mihi factum, dabo tibi jus*), com vistas à resolução da lide. De observar-se que esse contexto reflete-se também no campo probatório, pelo que ao autor cabe a prova do “fato constitutivo do *seu direito*”; *onus probandi incumbit ei qui agit* – CPC, art. 333, I.

Por aí se explica a tradicional exigência de que o interesse de agir em Juízo deva apresentar-se *real, atual e pessoal*, de sorte a que, ao menos *in statu assertionis*, apresentem-se *coincidentes* estes planos: “autor da ação – sujeito beneficiado ou em situação de vantagem pela norma de regência”; como isso é o que comumente acontece, tal legitimação é dita *ordinária*. As exceções correm por conta de situações singulares, onde, justamente, não ocorre (ou não é possível) aquela *coincidência*, como na ação de cobrança proposta por condômino em edifício de apartamentos,

ante a inércia do síndico (lei 4591/64, art. 21, parágrafo único), ou a ação de investigação de paternidade proposta pelo Ministério Público (lei 8560/92, art. 2º, § 4º); justamente porque em casos tais dá-se uma *ruptura* com o esquema padrão, tal legitimação é dita *extraordinária*, exigindo, por isso, texto expresso que a autorize (CPC, art. 6º).

Afora os casos em que interesses *convergentes* têm passagem pelo Judiciário (como na jurisdição voluntária, onde pode o juiz pautar-se por equidade – CPC, art. 1.109), a regra é a *jurisdição contenciosa*, regulada pelo CPC e legislação processual extravagante, a qual, no plano singular, é voltada à resolução de conflitos intersubjetivos de interesses – as lides individuais. Ao propósito, esclarece Alfredo Buzaíd que o projeto do vigente CPC utilizava a palavra *lide* “para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro” (cf. item 6º da Exposição de Motivos). Essa acepção individualista está à base de muitos dispositivos processuais, como o art. 472, dizendo que a sentença “faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”; o art. 264, estabilizando, num determinado momento, o objeto litigioso e os sujeitos do processo; o art. 48, considerando os litisconsortes, em regra, distintos entre si.

A jurisdição singular não perde sua *vocação individualista* pela afluência maior ou menor de sujeitos nos pólos ativo ou passivo, mas de todo modo é muito significativa a autorização para o juiz limitar a formação de litisconsórcio muito numeroso (dito multitudinário, ou *monstrum* – parágrafo único do art. 46, cf. lei 8952/94), na medida em que sinaliza que a jurisdição singular não é adequada aos conflitos que, embora relevem de direitos disponíveis, dizem respeito a um *número muito expressivo* de sujeitos, dado que por aí já se delinaria um possível *mega-litígio*, melhor enquadrável na jurisdição *coletiva*. Nesse sentido, o Ministério Público de São Paulo, ao definir as características dos interesses que podem ser tratados como *individuais homogêneos*, para fins de tutela coletiva (lei 8.078/90, art. 81, III), prevê os que “tenham expressão para a coletividade”, aí incluídos “aqueles em que haja *extraordinária dispersão dos lesados*” (súmula de entendimento nº 7) ⁽⁶⁾. E nos conflitos envolvendo prestação

⁽⁶⁾ O rol das súmulas de entendimento baixadas pelo Conselho Superior do M.P. paulista pode ser visto in Hugo Nigro Mazzilli, “A defesa dos interesses difusos em Juízo”, 11ª ed., RT, São Paulo, 1999, p. 371 e s.

de serviço educacional, o art. 7º da lei 9.870, de 23.11.1999, prevê que legitimam-se à propositura das ações previstas na lei 8078, de 1990, “as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de pelo menos, *vinete por cento* dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior”. Nem por outro motivo, nos embates entre capital e trabalho, quando a controvérsia desborda o âmbito do contrato individual, para abranger os sujeitos componentes de uma dada *categoria*, o conflito vem encaminhado nos moldes de *dissídio coletivo* (CLT, art. 857).

Na verdade, desde a metade do século XX vinha-se assistindo uma gradativa abertura do acesso à Justiça para certos interesses de natureza coletiva, embora (ainda) em termos setoriais ou corporativos, e assim, por exemplo, a lei 1.134, de 14.6.1950, conferia legitimação ativa às associações de servidores públicos; a lei 4.215/63, em seu art. 1º e parágrafo único, dava análogo poder de agir à Ordem dos Advogados do Brasil para defender os interesses de seus aderentes (hoje, art. 44 e incisos da lei 8.906/94); os acionistas minoritários ficavam autorizados a promover ação de responsabilidade civil contra o administrador, por danos à sociedade anônima (lei 6.404/76, art. 159, § 4º). Não resta dúvida de que tais autorizações legislativas significavam uma certa abertura em direção ao *coletivo*, na comparação com a clássica postura individualista, mas isso ainda em modo incipiente, dado que, visivelmente, os textos tratavam da tutela a interesses de *grupos organizados*.

Sucedem que o fenômeno mundial da *globalização* e correspondente formação da *sociedade de massa*, já prenunciados desde a Revolução Industrial, foram gradativamente refletindo-se em todos os campos do conhecimento e das relações humanas, de tal sorte que o Direito – ele mesmo um produto cultural – não tardaria a ser cooptado por essa tendência. Isso foi-se evidenciando em sucessivas normatizações de caráter multinacional, de que o Brasil foi signatário, como em matéria de letras de câmbio e notas promissórias (Convenções de Genebra sobre títulos de crédito), de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992), de comércio internacional (GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*) e, mais recentemente, o *Pacto del Mercosur*.

No campo processual, podem ser citados, na perspectiva do direito comparado, os estudos para instituição de um *Código Tipo* para a América Latina, e, no tocante ao ideal da *pacificação dos conflitos, com Justiça*, as propostas que, segundo Mauro Cappelletti e Bryan Garth, podem ser visualizadas em *três ondas*: “Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira *onda* desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica* para os *interesses difusos*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro, mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente *enfoque de acesso à Justiça*, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”¹⁰⁾.

Sob um outro enfoque, poder-se-ia falar em *direitos de primeira, segunda e terceira geração*. A primeira *leva* dos direitos gravitava sob o primado do individualismo, com os chamados direitos fundamentais, que promanavam do jusnaturalismo (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade), valores logo incorporados aos textos constitucionais, como nos Estados Unidos (1787), França (1791), na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1848), e em nossa primeira Constituição republicana (1891). Essa *ética pós-feudal*, fundada num liberalismo *laissez faire, laissez passer*, viria, na seqüência, sofrer influência do chamado Estado-social (*welfare state*) e dos grandes movimentos operários, assim dando origem aos chamados direitos de *segunda geração* – os *direitos sociais* – que propiciaram, dentre outros efeitos, a autonomia do Direito do Trabalho e a criação da OIT-Organização Internacional do Trabalho. As Constituições brasileiras (1934, 1946 e a vigente de 1988 - art. 6º e incisos) foram sensíveis a esse movimento, trazendo capítulos dedicados aos *direitos sociais*, valendo mencionar, no plano da legislação ordinária, a promulgação da CLT em 1943. Hoje fala-se em direitos de *terceira geração*, assim equidistantes dos direitos individuais como dos valores corporativos, já agora tomando o homem em dupla projeção: de um lado, na sua *integração física* com o planeta (meio ambiente no senso naturalístico)¹⁰⁾, e, de

¹⁰⁾ “Acesso à Justiça”, trad. Ellen Gracie Northfleet, Ed. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 31.

¹¹⁾ “Meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, Inc. I, da lei 6.938/81).

outro lado, na sua interação com os semelhantes, podendo falar-se de *direitos de fraternidade ou de comunhão universal*. Neste último plano, pontificam os chamados *interesses metaindividuais*, notadamente os de maior amplitude social, ditos *difusos* ⁽¹¹⁾, já *normatizados* dentre nós (CF, art. 129, III; lei 8078/90, art. 81, I).

Ao propósito, expõe Márcio Flávio Mafra Leal: "A igualdade das minorias, proposta pelos direitos difusos, ultrapassa critérios patrimoniais, assim como a nova concepção de direito à vida, voltado para seus aspectos qualitativos, também se desvincula de qualquer noção econômica de seu gozo. Essa especificação e desdobramento levou a doutrina a lançar a idéia, com a qual se concorda, de que os direitos difusos seriam direitos fundamentais de 3ª geração, embora não haja consenso sobre esse conceito" ⁽¹²⁾.

No ponto, explica Caio Tácito: "Uma nova tendência começou a se desenhar, sobretudo nas duas últimas décadas, no sentido de ampliar o âmbito dos direitos humanos de modo a abranger já não mais apenas os direitos pertinentes a uma ou mais pessoas determinadas, ou até mesmo direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação jurídica básica (como, por exemplo, os acionistas de uma sociedade anônima, ou os membros de um condomínio), mas para alcançar os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas, embora vinculadas por um mesmo interesse comum. A vida moderna ressalta a importância de tais direitos que não têm titular certo, mas repercutem decisivamente sobre o bem estar, ou mesmo a sobrevivência dos indivíduos nos vários segmentos sociais a que pertencem. Aos habitantes de uma determinada região são essenciais as condições do meio ambiente em que se integram; aos consumidores sobreleva a qualidade dos produtos ou a defesa contra manipulações de mercado; o livre acesso à informação isenta ou a proteção a valores históricos e artísticos são meios elementares de difusão e preservação da cultura" ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Na matéria, de modo geral, o noção "Interesses difusos – conceito e legitimação para agir", 4ª ed., RT, São Paulo, 1998.

⁽¹²⁾ "Ações coletivas: história, teoria e prática", Ed. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 100, 101.

⁽¹³⁾ "Do direito individual ao direito difuso", Revista de Direito Administrativo, vol. 157, jul.set. 1984, p. 10,11.

Quando essas massas de *interesses sem dono certo* (assimiláveis às *res communes omnium*, e jamais às *res nullius*!) entram em conflito com outras massas também de largo espectro, o conflito escapa totalmente aos limites e características das conhecidas disputas intersubjetivas de tipo *Tício versus Caio*, de que se ocupa a jurisdição singular (CPC e legislação complementar). Neste último tipo de conflito verifica-se que as partes, tanto no *pólo ativo* (direitos individuais/situações de vantagem) como no *pólo passivo* (obrigações/situações de sujeição) reportam-se a *condições legitimantes* localizadas em algum ponto bem definido no Direito Positivo (v.g., responsabilidade contratual – art. 1056 do Código Civil; responsabilidade funcional – CF, art. 37, § 6^º); mas, quando o embate é entre interesses metaindividuais (sujeitos indeterminados/objeto indivisível), aquele esquema de legitimação simplesmente *não funciona*, por não se conseguir visualizar onde se encontra, como diz a doutrina italiana, o *punto di riferimento*, isto é, a titularidade da situação jurídica.

Portanto, o grande desafio do processo civil contemporâneo é saber como dar *voto e voz* a esses interesses *a non domino*, mas *socialmente muito relevantes*. Justamente, essa nota da *relevância social* é que vem sobressaindo dentre as várias propostas, e, nesse sentido, o art. 129, III da CF, após exaltar a “proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente”, abre a perspectiva rumo a “outros interesses difusos e coletivos”, levando a melhor doutrina a propugnar que tais interesses não estão em *numerus clausus*, mas sempre outros e novos podem vir a ser identificados, e, desde que socialmente relevantes, passam a beneficiar de uma idônea tutela jurisdicional (considerem-se, v.g., os HIV soropositivos, os grupos ditos *sem-terra*, o dito povo da rua, as minorias excluídas, os lesados por certos programas governamentais, etc). No ponto, Hugo Nigro Mazzilli: “Inexiste taxatividade na defesa judicial de interesses metaindividuais. Além das hipóteses expressamente previstas em diversas leis (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, livre concorrência) – qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo pode em tese ser defendido em juízo pelo Ministério Público e demais legitimados do art. 5^º da LACP e art. 82 do CDC ⁽¹⁴⁾”.

¹⁴ “A defesa...”, cit., 11^a ed., p. 91.

Como se nota, é o dado sócio-político-econômico que veio alterar profundamente o processo civil em terrenos até então estabilizados, como a legitimação para agir, agora desfocada do parâmetro da *titularidade do direito* para o binômio: *relevância social do interesse / adequação do representante*. Em consequência dessa alteração na *condição legitimante*, o poder de agir, no caso de interesses metaindividuais, revela-se em modo concorrente-disjuntivo, ofertada a vários co-legitimados ativos: entes políticos, Ministério Público, entidades associativas, órgãos públicos (lei 7347/85, art. 5º; lei 8078/90, art. 82). Aí se nota uma clara influência do processo norte americano das *class actions*, onde a *adequacy of representation* pode vir reconhecida num dado expoente do interesse coletivo – o *ideological plaintiff* (“Federal Rules of Civil Procedure”, nº 23, *a*, cf. alteração procedida em 1966): “Um ou mais membros da classe podem ser autores ou réus numa ação no interesse de todos se (...) esses portadores tutelam correta e adequadamente os interesses da classe”. No ponto, explica Cássio Scarpinella Bueno: “A preocupação em torno da representatividade adequada, portanto, é um exemplo desta *adequação* (e não simples abandono) dos valores tradicionais do processo às implicações do processo no mundo contemporâneo. Desde que uma *class action* volta-se, por sua própria natureza, contra litígios de massa, passa a ser inerente à sua concepção o entendimento de que membros ausentes desta mesma classe sejam afetados por seus efeitos e pela impossibilidade de rediscussão da decisão (coisa julgada material)”¹⁵³.

Na experiência processual brasileira contemporânea é preciso entender que a tutela judicial comporta dois planos ou enfoques distintos, conforme se trate (*i*) de conflitos entre posições jurídicas individuais, aí incluídas as figuras litisconsorciais, estas resultantes de *somas* de direitos subjetivos ou de obrigações, manejáveis na jurisdição singular, regulada basicamente pelo CPC e legislação complementar; ou, (*ii*) de conflitos entre interesses metaindividuais, que devem ser conduzidos para a jurisdição coletiva (ação civil pública, ações coletivas, mandado de segurança coletivo, ação popular, *ADIns*, *ADCon*), porque neste plano alteram-se fundamentalmente as categorias básicas, como a legitimação para agir, a representação processual, o contraditório, a coisa julgada, a execução.

¹⁵³ “As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta”, Revista de Processo nº 82, p. 102.

É básico, nessa parte, o disposto na *parte processual* da lei 8078/90 – arts. 81 a 104 – que, por autorização do art. 117, traslada-se para a ação civil pública *padrão* (lei 7347/85) e, daí, espraia-se para todo o *sistema processual coletivo*. Logo, não há *confusão ou zona cinzenta* entre esses dois grandes regimes: impende que o jurisdicionado e o operador do Direito procurem bem informar-se acerca das possibilidades e alternativas ofertadas, e fazer suas escolhas.

Hélas, fatores diversos, que vão da mera desinformação até ao desinteresse pelo estudo e acompanhamento da evolução do Direito, especialmente o Processual, têm levado a lamentáveis equívocos no trato judiciário de conflitos metaindividuais, não raro baralhando-se conceitos e categorias que relevam dos planos coletivo e individual, tudo resultando em situações de perplexidade e de injustiça, com graves prejuízos para muitos jurisdicionados e desprestígio para o Judiciário. Mauro Cappelletti alerta que, ante o acesso à Justiça desses novos interesses metaindividuais, “le vecchie regole e strutture processuali in tema di legittimazione e interesse ad agire, di rappresentanza e sostituzione processuale, di notificazione in generale, di diritto al contraddittorio, di limiti soggettivi e oggettivi della cosa giudicata, *cadono come castelli di carta*” (grifamos). Adiante, alerta: “Diceva Bertrand Russell che l’avvocato del cambiamento ha un compito ben più difficile dell’avvocato della conservazione e dell’ordine. Ma quando ciò che si vuol conservare non risponde più alle nuove, inderogabili necessità sociali, *allora la conservazione non è più ordine*” (grifamos) ⁽¹⁶⁾.

3. Os conflitos coletivos no processo civil brasileiro

O acesso à Justiça dos conflitos metaindividuais, empolgando grandes massas de interesses, foi sendo gradativamente viabilizado na medida da recepção da idéia de que não apenas os *direitos subjetivos*, privados e públicos, poderiam ter acesso à Justiça senão também os *interesses*, desde que se fizesse uma releitura do *critério de judiciabilidade*, por modo a distanciá-lo do tradicional atrelamento à *titularidade*, para aproximá-lo da nota da *relevância social*. Como observa José Carlos

⁽¹⁶⁾ “Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile”, Rivista di Diritto Processuale, n° 3, 1975, p. 388 e 402.

Barbosa Moreira, quer se denominem essas novas posições jurídicas como “direitos dos membros da coletividade ou de *interesses reflexamente protegidos*” (...) “desde que se esteja persuadido – e o consenso a tal respeito vai-se tornando universal – da necessidade de assegurar aos titulares proteção jurisdicional eficaz, não importará tanto, basicamente, saber a que título se há de dispensar tal proteção. Afinal de contas, inexistente princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica subjetiva que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva obrigatoriamente exibir carta de cidadania entre os *direitos*, no sentido rigoroso da palavra”⁽¹⁷⁾.

É inegável que a contemporânea sociedade pluralista, competitiva e reivindicante, exige, senão a criação de um processo civil *especificamente coletivo*, ao menos uma adaptação acentuada de certas categorias e institutos existentes, a par de algumas inovações, e a oferta de algumas alternativas de atuação. Em certa passagem de voto proferido no STF, o Min. Sepúlveda Pertence lembra que hoje, “dos sindicatos de trabalhadores às corporações empresariais e às ordens de diversas profissões, dos partidos às entidades de *lobby* de toda espécie, das sociedades de moradores às associações ambientalistas, dos centros de estudo aos agrupamentos religiosos, das minorias organizadas aos movimentos feministas – tudo, são formações sociais reconhecidas, umas e outras, condutos reputados imprescindíveis à manifestação das novas dimensões da democracia contemporânea, dita ‘democracia participativa’ e fundada, não mais na rígida separação, sonhada pelo liberalismo individual da primeira hora, mas na interação cotidiana entre o Estado e a sociedade. Nesse contexto era fatal, como tem ocorrido desde o início do século, que progressivamente se viesse pondo em xeque o dogma do direito processual clássico, corolário das inspirações individualistas da ideologia liberal, qual seja, o da necessária coincidência entre a legitimação para agir e a titularidade da pretensão material deduzida em juízo”⁽¹⁸⁾.

Vista a questão do acesso à Justiça dos interesses metaindividuais pelo ângulo estritamente processual, verifica-se que a nota da *titularidade* torna-se, a bem dizer, irrelevante, já que o autor da ação coletiva (v.g.,

⁽¹⁷⁾ “A ação popular do Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”, In *Temas de Direito Processual*, 2ª ed., Saraiva, 1988, p.113, 114.

⁽¹⁸⁾ RTJ 142/448.

associação, Ministério Público) não invoca pretensão própria, nem pleiteia para si nenhum bem da vida, senão que se apresenta como um *adequado portador* de um dado interesse coletivo, em prol de uma coletividade mais ou menos expandida. Assim, como afirma Ada Pellegrini Grinover, reportando-se a Monteleone, “os **adequadamente representados** não são propriamente terceiros”. (...) “O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente ‘ultra partes’, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de representação **substancial e processual**, aderente às novas exigências da sociedade” (19).

Desse contexto resulta que a *fruição* da utilidade atinial obtida na ação de tipo coletivo se dá, naturalmente, na *dimensão coletiva* em que o interesse foi tomado, e a benefício dos sujeitos concernentes, verificando-se, por exemplo, que os *consumidores* de certo produto serão os beneficiados pela supressão da publicidade enganosa, assim como a *população ribeirinha* tirará proveito da despoluição do rio. É *por isso* que, uma vez atendido especificamente o interesse difuso ou coletivo objetivo na ação coletiva, caso ainda sobeje resíduo pecuniário (ex., o produto da multa aplicada), este será gerido por um Fundo, que, oportunamente, o encaminhará para uma destinação adequada (lei 7347/85, art. 13; lei 9008/95).

Os pontos nevrálgicos do processo coletivo brasileiro, a reclamar maior atenção e estudo do operador do Direito e que vêm provocando maior dissídio jurisprudencial, parecem residir no *contraditório*, na *legitimação para agir* e na *coisa julgada*, pontos que, dada sua extensão, serão na seqüência tratados conjuntamente, *brevitatis causa*.

No processo civil comum, desenvolvido no plano da jurisdição singular, exige-se a comunicação dos atos e termos do processo aos legítimos contraditores, com a possibilidade de impugnação, notando-se que a preocupação com esse tópico impõe que mesmo o réu revel, se foi citado por edital ou com hora certa, beneficia-se de um Curador – CPC, art. 9º, II; e

¹⁹ “Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor”, Revista do Advogado, AASP, nº 33, dez./1990, p. 6 (grifos no original)

se acaso não foi citado um litisconsorte necessário, a decisão porventura proferida simplesmente não terá eficácia (CPC, art. 47 e parágrafo único). É sabido que o *devido processo legal* compõe-se do binômio “contraditório / ampla defesa” (CF, art. 5º, LV), sendo certo, outrossim, que os limites subjetivos da coisa julgada restringem-se às *partes* do processo (CPC, art. 472), ou seja, aos que integraram o contraditório. Todo esse sistema pressupõe a premissa de que a coisa julgada material faz *lei entre as partes*, ficando tal situação de vantagem imune até mesmo em eventual cotejo com lei posterior (CF, art. 5º, XXXVI). Visto que todo esse contexto configura o *conteúdo* de um processo de conhecimento (caracterizado por ensejar uma decisão de mérito), então é preciso que o *continente* – a relação processual – seja *existente e válida*, com destaque para o binômio contraditório / ampla defesa.

Esse esquema é adequado aos conflitos intersubjetivos submetidos à jurisdição singular (mesmo quando as partes estejam litisconsorciadas), mas revela-se inadaptado aos conflitos metaindividuais, manejáveis na jurisdição coletiva, e isso, dentre outros motivos, porque: **A)** o interesse objetivado nesse tipo de demanda vem tomado em *dimensão coletiva*, plano em que se tornam dispensáveis as perquirições no tocante à quantidade, identificação e domicílio dos sujeitos concernentes; **B)** a utilidade prática decorrente do acolhimento da demanda coletiva não reflui em prol de quem tenha sido o autor, que apenas apresentou-se e atuou como um *portador adequado* do interesse metaindividual, aduzindo Nery & Nery que “para as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos, trata-se de *legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis)*, ordinária. Quando a ação coletiva for para a tutela de direitos individuais homogêneos (CDC, art. 81, parágrafo único, III), haverá substituição processual, isto é, *legitimação extraordinária*”⁽²⁰⁾; **C)** a coisa julgada formada em ação coletiva proposta em favor de interesses individuais homogêneos atua *erga omnes* (lei 8078/90, art. 81, III e 103, III), podendo ser transportada para o âmbito das ações individuais no que a estas aproveite (ou seja, *in utilibus*), ao passo que, tratando-se de interesses difusos, ou coletivos em sentido estrito, a coisa julgada atua, respectivamente, *erga omnes* ou *ultra partes* (CDC, art. 81, I e II).

⁽²⁰⁾ “Código de Processo Civil, anotado”, 4ª ed., RT, São Paulo, 1999, nota 2 ao art. 5º da lei 7347/85.

Conforme esclarece Ada Pellegrini Grinover, a “coisa julgada *erga omnes* é uma exigência do próprio tratamento coletivo. De nada serviria tratar esses bens e interesses coletivamente, se não houvesse uma qualidade de imutabilidade da sentença que se projetasse com relação a todas aquelas pessoas que podem ser beneficiadas por esta sentença” (21).

No modelo inspirador de nossa ação coletiva – as *class actions* do direito norte-americano –, geralmente é bastante uma informação idônea (*best practible notice under the circumstances*) aos sujeitos da classe concernente ao interesse objetivado, de sorte a alertá-los quanto ao ajuizamento da ação coletiva, devendo tal comunicação dirigir-se àqueles “who can be identified through reasonable effort” (item 23, c.2. e c.3, das *Federal Rules of Civil Procedure*). Através dessa comunicação, explica José Rogério Cruz e Tucci, os membros da coletividade concernente “deverão ser informados de que (A) podem requerer, no prazo fixado pelo tribunal, a exclusão da classe; (B) a sentença, favorável ou contrária, será vinculante para todos os componentes do grupo que não requererem a sua exclusão; (C) qualquer componente da classe, que não requereu fosse excluído, pode, se desejar, intervir no processo, representado por seu advogado” (22).

Essa técnica do *right to opt out*, informa Ada Pellegrini Grinover, veio reafirmada no caso *Phillis Petroleum Co. v. Shutts* (472 US 797 (1985), U.S. Report, p. 5), onde a Suprema Corte “dispensou os demais, não optantes pela exclusão, de expresso consentimento para integrar a demanda (o que corresponderia ao critério do *opt in*)” (23). É interessante observar que essa disciplina, desenvolvida em país de *common law*, não obstante acabou recepcionada noutro país, de família romano-germânica, assim surgindo na lei da *ação popular portuguesa* (nº 83, de 31.8.1995), cujo art. 14 dispõe que o autor representa “todos os titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão (...)”, esclarecendo o artigo seguinte que, uma vez citados, os sujeitos concernentes ao objeto da lide declaram “nos autos se aceitam ou não

²¹⁾ “A coisa julgada perante a Constituição, a Lei da ação cívica pública, o Estatuto da criança e do adolescente e o Código de defesa do consumidor”, in “O processo em evolução”, Ed. Forense Universitária, 1996, p. 148, 149.

²²⁾ “Class actions e mandado de segurança coletivo”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, p. 15.

²³⁾ “A ação popular portuguesa: uma análise comparativa”, Revista de Processo n. 83, jul.set.1996, p. 171.

ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação (...). Em princípio, prossegue o art. 19, a coisa julgada tem "eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluir da representação".

Engenhoso que seja esse regime, fato é que, dentre nós, vigora *outro sistema*, já que nosso legislador não achou prudente à época da edição da lei da ação civil pública – 1985 – perfilhar o critério pelo qual indivíduos podem requerer ao Juízo da ação coletiva que os *exclua* da coisa julgada que ali venha a se formar. Explica Ada Pellegrini Grinover: "No juízo de valor que antecedeu à escolha do legislador brasileiro, verificou-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte do contraditório, ofereceria riscos demasiados, não arredados pela técnica do *opt out*, calando fundo nas relações intersubjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais; e suscitando, ainda, problemas de inconstitucionalidade, por infringência ao contraditório efetivo e real". A técnica do *opt out*, prossegue a Titular de Direito Processual da USP, "certamente não se adaptaria à realidade existente no Brasil, país de dimensões continentais, deparando com enormes problemas de informação completa e correta, de falta de conscientização de parcela ingente da população, de desconhecimento sobre os canais de acesso à Justiça, de grande distanciamento entre o povo e os tribunais, tudo a desaconselhar a extensão da coisa julgada, quando desfavorável a sentença, a quem não integrou a relação processual e só foi artificialmente 'representado' pelo portador em juízo dos interesses coletivos" (24).

Assim descartada dentre nós a técnica *opt out*, incursionou nosso legislador por outras veredas, ao final optando por uma postura eclética, onde vêm aproveitados subsídios de diversa fonte, a saber: (i) o disposto no art. 18 da lei da *ação popular* (lei 4717/65) inspirou a redação do art. 16 da lei 7347/85, sobre a ação civil pública: a decisão de mérito forma, em princípio, coisa julgada material, *erga omnes*, salvo na hipótese de improcedência fundada em insuficiência de provas – a chamada coisa

(24) Idem, p. 170.

julgada *secundum eventum litis*; (*ii*) buscando racionalizar a co-existência, em paralelo, da ação de tipo coletivo, ajuizada por algum dos co-legitimados ativos (v.g., art. 82 da lei 8078/90; art. 5º da lei 7347/85; CF, art. 5º, XXI; LXX), com as ações individuais ajuizadas pelos sujeitos concernentes, dispôs que entre esses dois planos jurisdicionais *não ocorre litispendência* (art. 104 da lei 8078/90); (*iii*) de todo modo, buscando prevenir eventual prejuízo que, na ordem prática, pudesse advir para os indivíduos, nosso legislador previu o *transporte* da coisa julgada coletiva, para o âmbito das ações individuais, mas somente no que possa *favorecer* as pretensões veiculadas nestas últimas (lei 8078/90, art. 103, § 3º e art. 104) ⁽²⁵⁾.

Diante da garantia constitucional do acesso à Justiça e, bem assim, considerando que no caso dos *individuais homogêneos* o interesse, apesar de tutelado no plano coletivo, não perde sua *essencialidade individual*, teve o legislador brasileiro que contemplar a hipótese de alguns sujeitos concernentes decidirem pleitear sua integração à lide coletiva, como litisconsortes; o contraponto dessa intromissão é que toda iniciativa processual envolve um *risco* ou quando menos um *custo*, e no caso, essa adesão à demanda coletiva, além de irreversível (preclusão consumativa), fará com que a coisa julgada ali formada – *pro ou contra* – alcance também o indivíduo interveniente, o que bem se compreende, porque, tendo ele *optado* por tal intromissão, *ipso facto* tornou-se *parte* da demanda coletiva, e assim a ele se aplicará a *regra geral*, de que *...coisa julgada faz... lei entre as partes*.

Em face desse ônus, houve por bem o legislador oferecer a *alternativa* de o particular requerer o sobrestamento de sua ação individual, dentro em trinta dias contados “da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva” (art. 104 da lei 8078/90, parte final), caso em que: **A**) se a demanda coletiva tiver sido acolhida, o indivíduo poderá dela aproveitar-se, em seu pleito particular, o que, é bem de ver, acabará induzindo a procedência da ação individual, porque o acolhimento do pedido coletivo trará *embutido* o reconhecimento de que a causa de pedir indicada na ação individual é *...fundada* (ex., ordenada na ação coletiva a supressão de certa propaganda enganosa, fica *ipso facto* reconhecida a nocividade

²⁵ V. o nosso “Ação civil pública”, 6ª ed., RT, São Paulo, 1999, p. 230 e s.

de tal publicidade) e esse *fundamento*, assim assentado judicialmente, provavelmente acarretará o acolhimento das demandas individuais, na medida em que estas vêm igualmente reportadas à tal causa de pedir; para Ada Pellegrini Grinover, o fenômeno se explica pela “ampliação *ope legis* do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre a *causa petendi*” (26). Aliás, isso ocorre pela boa razão de que uma coisa não pode, ao mesmo tempo, *ser e não ser*. é dizer, reconhecida no plano coletivo a tese de que “o tabagismo é prejudicial à saúde”, não haveria lógica em que uma ação individual, com a mesma *causa de pedir*, viesse rejeitada; **B)** se a ação coletiva for rejeitada – e dado que a coisa julgada aí formada só se transporta *in utilibus* para o plano individual – o sujeito lesado (que não tenha se litisconsorciado à ação coletiva!) não sofrerá prejuízo, nem jurídico, nem prático, tanto podendo ajuizar sua demanda particular, como retomar o curso da que tenha ficado sobrestada.

Concede-se que, porventura, um tal sistema possa não ser o absolutamente ideal, tendo mesmo José Ignácio Botelho de Mesquita, Titular de Direito Processual da USP, aí vislumbrado um certo descompasso com o princípio constitucional da igualdade, que se projeta, no plano processual, na diretriz da igualdade entre as partes (CPC, art. 125, I). O autor visualiza a figura do réu (produtor, fornecedor) numa ação coletiva envolvendo certa relação de consumo, no contraste com uma ação individual, ressarcitória, reportada àquela mesma relação: supondo consiga o réu “superar as desvantagens que lhe são impostas no processo, logre o réu obter um julgamento de improcedência da ação, de nada lhe valerá a sentença, ainda que confirmada pelas mais altas Cortes de Justiça do País. Pelo que dispõe o Código (do Consumidor), qualquer um que se apresente como vítima poderá submetê-lo a discutir novamente toda a questão, impondo-lhe novamente o mesmo dispêndio de recursos e atividades já gastos no processo anterior, e tendo que repetir tudo isto em quantos processos lhe sejam movidos. Ou seja, a sentença que o condenar tornar-se-á imutável e indiscutível, em benefício de todos os que se pretenderam vítimas; mas a sentença que o absolver não lhe servirá para nada, podendo voltar a ser discutida por quem quer que seja” (27).

²⁶⁾ Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor”, Revista da Associação dos Advogados de São Paulo, nº 33, dez. 1990, p. 8.

²⁷⁾ “Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor”, Revista da Associação dos Advogados de São Paulo, nº 33, dez./1990, p. 81.

O argumento vem assim enfrentado por Ada Pellegrini Grinover: "Na solução do Código, pelo contrário, a coisa julgada desfavorável forma-se com relação a todos os entes e pessoas legitimados às ações coletivas, deixando a salvo apenas os particulares, em suas relações intersubjetivas pessoais, os quais alcançarão uma coisa julgada normalmente restrita às partes". Adiante, admite a processualista da USP a virtualidade da ocorrência de "decisões até certo ponto contraditórias. Até certo ponto, observe-se, porque a sentença favorável da ação coletiva faz coisa julgada **quanto à premissa** da sentença individual; ou seja, quanto à obrigação de indenizar e à condenação genérica dela decorrente, premissas lógicas da condenação a ressarcir pessoa determinada". (...) "Não se trata, porém, de uma **contradição quanto aos resultados práticos do processo**. É a mera contradição lógica entre julgados é fenômeno muito bem conhecido dos esquemas processuais clássicos, que não a repudiam, tendo abandonado há muito tempo as posições que levavam à exaltação do valor lógico da sentença" ⁽²⁸⁾.

É dizer, ante a virtualidade de uma *superposição* entre os julgamentos nas jurisdições coletiva e individual, cuidou o legislador brasileiro de circunscrever *o mal maior*, ou seja, o *prejuízo* que a rejeição da ação coletiva poderia trazer para os lesados individuais, e isso sem embargo da *diversa dimensão* em que o dano aparece tomado nesses dois planos, como é visível. Tal se dá principalmente quando o paralelismo se estabelece entre ação coletiva por interesses individuais homogêneos e as ações dos lesados individuais, pelo fato de que nessa espécie o interesse cuja tutela é pedida coletivamente também pertine, digamos, *em quotas-partes*, a cada um dos sujeitos concernentes. Considere-se, por exemplo, a divulgada ação civil pública ajuizada pela OAB, seção de São Paulo, contra Bancos, demais instituições financeiras e empresas montadoras de veículos, tendo por objeto a defesa (*i*) dos interesses difusos "dos potenciais consumidores contratantes do Sistema *Leasing*" e, (*ii*) "dos direitos individuais homogêneos de milhares de consumidores contratantes do sistema *leasing*, que já possuem contratos" ⁽²⁹⁾; no tocante a este último tipo de interesse, e no contraste com as ações individuais porventura

⁽²⁸⁾ "Da coisa julgada...", cit., Ver. da AASP, nº 33, p. 11 e 14 (grifado no original).

⁽²⁹⁾ Proc. 1999.81.00.004437-1, Justiça Federal de São Paulo, inicial datada de fevereiro de 1999.

ajuizadas pelos lesados, não se pode negar uma certa relação de *continência* (CPC, art. 104) nas causas de pedir e nos pedidos. Em casos que tais, de duas uma: ou bem o indivíduo *faz fé* na ação coletiva e assim a ela adere, sujeitando-se à coisa julgada que aí venha a se formar, ou bem aguarda seu desfecho para, conforme o caso, ajuizar sua ação individual ou retomar a que tenha ficado sobrestada – *tertium non datur!*

Visto que o objeto litigioso da ação coletiva não se reduz a uma singela *soma* de interesses individuais, senão que estes ali vêm tomados em *dimensão coletiva*, a intervenção permitida aos sujeitos não lhes confere maior *liberdade de movimento*, explicando Luiz Paulo da Silva Araújo Filho que “não se tolera no processo coletivo a formulação de novas demandas, com a extensão do seu objeto litigioso aos alegados direitos pessoais dos intervenientes, porque do contrário estaria sendo admitida a tumultuária atomização de uma causa que se concebeu molecular exatamente para expandir a sua efetividade, o que, mais do que soar contraditório, violaria os princípios constitucionais que alicerçam essas ações”⁽³⁰⁾.

De outra parte, nosso modelo processual para o trato concomitante das ações coletiva e individuais parece reconhecer, ao menos implicitamente, uma certa *prejudicialidade externa* existente entre as causas de pedir na ação coletiva e nas demandas individuais: no exemplo antes lembrado, da ação coletiva no caso dos contratos de *leasing*, uma vez aí assentado qual deva ser o critério de correção dos valores das prestações, é claro que essa avaliação judicial, já por seu caráter *abrangente e unitário*, dentro da coletividade considerada, acabará por ser absorvida no âmbito das ações individuais, embora ainda sobeje para cada indivíduo o ônus de demonstrar e provar, na execução do julgado coletivo (lei 8078/90, art. 97) o *an*, o *quantum debeatur*, além do *nexo causal* em face da *condenação genérica* a que alude o art. 95 dessa lei. Em última análise, tal sistema evoca o trâmite já existente na jurisdição singular, quando, por exemplo, a ação civil de reparação de danos *ex delicto* pode ficar sobrestada, em havendo uma questão prejudicial pendente de resolução em outro feito (CP, art. 91, I, c/c CPC, arts. 265, IV, a e art. 584, II). De tudo se colhe a preocupação em evitar o *mal maior*, que seria a ocorrência de contradição entre julgados no *campo prático*, que acontece quando o bem da vida

⁽³⁰⁾ “Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos”, Ed. Forense, Rio, 2.000, p. 147.

assegurado numa decisão de mérito vem suprimido, esvaziado ou obstaculizado por outro comando judicial.

Enfim, a intromissão de indivíduo na ação coletiva gera, ao nosso ver, *tripla consequência*: **A**) preclui, consumativamente, a *outra* possibilidade, que seria a do ajuizamento da ação individual ou o seu sobrestamento se já proposta (*electa una via non datur regressus ad alteram*); **B**) sujeita o interveniente à coisa julgada que se venha a formar nessa demanda coletiva, o que, de resto, está conforme ao regime da intervenção litisconsorcial (art. 54 do CPC); **C**) exclui, por falta de possibilidade jurídica e de interesse processual, a ulterior extromissão do indivíduo antes aderido à demanda coletiva, visto que tal alvitre – *right to opt out* (?) – albergado alhures, é, todavia, estranho, senão já incompatível com o regime vigente em nosso país.

Tenha-se presente que sendo o processo uma relação *de direito público*, as condutas que aí se praticam devem balizar-se pela previsão na lei processual (possibilidade jurídica) e pelo interesse legítimo (necessidade-utilidade – adequação), constatando-se, por exemplo, que uma pretendida *extromissão voluntária* do lesado individual antes aderido à demanda coletiva parece não atender a tais quesitos, porque (*i*) os que já obtiveram coisa julgada favorável em ações individuais estão imunes aos efeitos de uma eventual improcedência da ação coletiva; (*ii*) os demais, que não se enquadram nessa hipótese, podem optar por aguardar o desfecho da ação coletiva, e, então, de duas, uma: ou ajuizam suas ações individuais ou, oportunamente, retomam o curso daquelas que haviam ficado sobrestadas. O Direito brasileiro desconhece um *tertium genus*, em que o lesado individual, tendo aderido à ação coletiva, ao depois pretenda se auto-excluir aos seus efeitos, nem cabendo ao julgador, no caso, guiar-se por critério de *equidade*, de resto inaplicável na espécie, dado cuidar-se de jurisdição contenciosa, regulada por critério de *legalidade estrita* (CF, art. 5º e inciso II; CPC, arts. 127, 1.109).

4. A concomitância entre ações coletivas

Tendo no item precedente considerado a imbricação entre ação coletiva e ações individuais, trataremos, agora, de focar a confluência entre as próprias ações de caráter coletivo, quando versem análogo objeto.

Para bem se compreender essa ocorrência, é preciso ter presente que a jurisdição brasileira é de índole *nacional*, nesse sentido de cobrir, unitaria e indeclinavelmente, todo o espaço do território pátrio, não se sujeitando a exceções ou mitigações *ratione personae, materiae, loci* ou *muneris*, parâmetros restritivos que *não concernem à jurisdição* propriamente dita – vista como Poder, função ou atividade – mas antes configuram critérios determinativos da *competência*, esta última resultante da *partilha* do serviço judiciário entre os múltiplos órgãos judiciais, imposta por várias razões, que incluem a dimensão continental do país, a quantidade de processos, a diversidade das causas, os graus de jurisdição, a especialidade de algumas *Justiças*, etc..

Essa dimensão nacional de nossa jurisdição vem de ser reafirmada pelo STF, em certa Reclamação oposta por Banco, réu em ação civil pública ajuizada sobre relação de consumo, em face de acórdão do 1º TACivil-SP que declarara inconstitucionais alguns tópicos da lei federal 7.730/89, alegando o reclamante que, tendo o Tribunal local estendido a eficácia da decisão a todo o país, houvera assim usurpado competência do STF. O Min. Ilmar Galvão, todavia, descartou o argumento: "(...) inevitável reconhecer que *a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora de jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário, entre nós, é nacional e não local. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em Juízo de primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis*" (31). Como esclarece E. D. Moniz de Aragão, a atuação jurisdicional "como emanção da soberania nacional, que é, se estende por todo o território do País, embora limitada, às vezes, por um ou outro caso de extraterritorialidade ou dilatada por um ou outro de ultraterritorialidade. De fato, o ato jurisdicio-

(31) Reclamação n. 802-8 – SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3.9.1997. Esclarece André de Carvalho Ramos que tal decisão "é hoje precedente no Excelso Pretório, tendo sido julgada em 03.09.1997, já na vigência da Med.Prov. 1.570/97, que depois foi convertida na Lei 9.494/97" ("A abrangência nacional de decisão judicial em ações coletivas: o caso da Lei 9.494/97", RT n. 755, set./98, p. 116 a 119).

nal praticado em qualquer juízo brasileiro é válido em todo o território nacional, desde que caiba na competência (territorial ou não) de quem o praticou" (32).

No plano da jurisdição singular, as ações relevam de conflitos inter-subjetivos, ubicados em pessoas, coisas e situações claramente definidas, o que de algum modo facilita o encontro do foro e do juiz competentes (ex., domicílio do réu, local de cumprimento da obrigação, residência do alimentando, etc.); e, de modo geral, a imbricação entre ações acaba satisfatoriamente dirimida mediante o emprego de institutos como a conexão, a continência, a prevenção, o conflito positivo ou negativo de competência, a litispendência, enfim o que seja preciso para garantia do *non bis in idem* (CPC, art. 267, V, c/c art. 301, § 3º). Já no plano da jurisdição coletiva o problema apresenta maior complexidade, e isso basicamente por duas circunstâncias: de um lado, aí os conflitos são metaindividuais, onde o critério legitimante não pode, *pour cause*, promanar da titularidade do direito, devendo resultar da *relevância social do interesse*; de outro lado, e corolariamente, a legitimação passa a ser *concorrente-disjuntiva*, nesse sentido de vir deferida a um número expressivo de sujeitos, entidades e órgãos, como facilmente se constata em ações como a civil pública (lei 7347/85, art. 5º), a popular (CF, art. 5º, LXXIII), as *ADIns* (CF, art. 103), o mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX), as ações coletivas fundadas em relações de consumo (lei 8078/90, art. 82).

Compreende-se uma tal *legitimação aberta*, já que na jurisdição coletiva os sujeitos concernentes são indeterminados e o objeto é indivisível (em modo *absoluto*, no caso dos interesses difusos, e *relativo*, no caso dos coletivos em sentido estrito), o que, naturalmente, impede a afetação exclusiva do poder de agir em mãos de um só legitimado. Sucede que, enquanto na jurisdição singular a repetição de uma ação (= mesmas partes, pedido e causa) pode ser coartada pela exceção de litispendência, já outra realidade se apresenta na jurisdição coletiva, em função dos elementos diferenciais antes lembrados. Assim é que, por exemplo, sendo a ação popular um instrumento processual a serviço da cidadania (defesa do patrimônio público, *lato sensu*), não há como impedir, por exemplo, que, ante a iminência

³² "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. II, 4ª ed., Forense, Rio, 1983, p. 176.

da venda de uma empresa estatal, suceda que *mais de um cidadão*, em Estados diversos da Federação, resolva tomar tal iniciativa, ou que mais de uma associação de defesa de consumidores ajuíze ação coletiva objetivando a supressão de certa publicidade enganosa.

Além disso, a virtual confluência entre ações de tipo coletivo é também ensejada nisso que um mesmo fato ou situação pode deflagrar conflitos *em mais de uma faixa*, dentro do universo metaindividual (lei 8078/90, art. 81, I, II e III), como pode dar-se, por exemplo, no embate entre os fabricantes de cigarros e os defensores da saúde da população: o interesse à proteção dos fumantes passivos é *difuso*; o interesse à proteção dos trabalhadores nas lavouras de tabaco é *coletivo em senso estrito*; o interesse ao ressarcimento das vítimas do tabagismo é *individual homogêneo*. Por exemplo, no caso da explosão por vazamento de gás, ocorrida em *shopping center*, na cidade de Osasco (SP), a promotora Ana Lúcia Cardoso da Silva de Arrochela Lobo ajuizou ação civil pública (proc. 1959/96 – 5ª Vara) a título de interesses *individuais homogêneos*, pleiteando “condenação, em caráter genérico, das rés pessoas jurídicas a repararem os danos sofridos por uma pluralidade de vítimas, respectivos cônjuges, sucessores e dependentes”; acolhida a demanda pelo juiz Manoel Barbosa de Oliveira (26.5.1997), veio basicamente mantida a sentença pelo TJSP (ap. 71.502-4/0, rel. Des. José Osório, j. 24.6.1999, v.u.), com a só alteração no regime de responsabilidade dos administradores pessoas físicas – de solidariedade para subsidiariedade. Agora, figure-se que essa mesma ocorrência fatídica poderia ter sido tomada sob outras dimensões do universo metaindividual, como por exemplo o interesse *coletivo do grupo, categoria ou classe* dos trabalhadores nesse tipo de empreendimento comercial (lei supra, art. 81, II); ou ainda, o interesse *difuso* na implementação de condições básicas de segurança aos frequentadores efetivos ou virtuais desse tipo de empreendimento.

De sorte que a indivisibilidade do objeto, aliada ao regime de legitimação aberta, deferida concorrente e disjuntivamente a um número expressivo de sujeitos, entidades e órgãos públicos, acabam por ensejar a virtualidade da intercorrência de mais de uma ação coletiva, o que pode ocorrer tanto na repetição de uma primeira (v.g., mais de uma ação popular objetivando impedir a venda de uma empresa estatal), como ainda se

o universo coletivo vier tocado em mais de um ponto (v.g., ação civil pública movida pelo M.P., com pedido mandamental para impedir veiculação de propaganda enganosa de certo medicamento – interesse difuso – *pari passu* com ação coletiva movida por associação, pedindo indenização aos danos causados aos usuários daquele medicamento: interesses *individuais homogêneos*). Não é difícil perceber que a justaposição entre ações de tipo coletivo traz complicações ainda maiores do que quando a concomitância se dá entre ações coletivas e individuais, porque, nesta última ocorrência, a inexistência de litispendência fica mais evidente e o manejo concomitante torna-se mais viável, ao passo que, na conjunção de ações de tipo coletivo, os perigos redobram, por conta da projeção *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada, caso em que a virtual prolação de comandos de conteúdo diverso vai propiciar contradição que não se conterá apenas no plano lógico, mas desbordará para o plano prático, como facilmente se deduz.

Exemplo emblemático de concomitância de ações coletivas envolvendo um mesmo interesse metaindividual deu-se por ocasião da venda da empresa estatal *Telebrás*, onde nada menos de trinta ações populares afluíram à Justiça Federal ao longo do país, todas ao fundamento genérico da proteção ao patrimônio público, e tendo por objeto o mesmo interesse difuso a que fosse impedida a propalada alienação. No caso, tratava-se – ao menos *in statu assertionis* – de um dano de porte nacional, levando a que o foro competente fosse ou o do Distrito Federal ou o da capital de Estado (lei 8078/90, art. 93, c/c arts. 90 e 117; lei 7347/85, arts 1º e 2º; lei 4717/65, art. 5º, § 3º). Essa oferta de foros alternativos, em conformidade com a diretriz da *democracia participativa*, acabou por ensejar o ajuizamento plúrimo de ações daquela natureza, culminando num conflito (positivo) de competência, ao final dirimido pelo STJ, pelo critério da *prevenção*, sendo relator o Min. Demócrito Delgado (CC 22123-MG – proc. 980028122-3), assim firmada a *vis attractiva* do Juízo que oficiara na primeira daquelas ações, nos termos dos arts. 106, 219 do CPC, c/c lei 4717/65, art. 5º, § 3º. A procuradora da República, Gilda Pereira de Carvalho Berger, opinara nos autos “pela procedência do conflito e, em consequência, seja declarado competente para o processo e julgamento das ações (...) o Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Minas Gerais, por ser o prevento (...)”, e em suas razões de opinar, invocara o entendimento

expendido pelo próprio Relator em outra sede (CC 19.686, DJU 17.11.97), onde este assentara: "O malefício de decisões contraditórias sobre a mesma relação de direito consubstancia a espinha dorsal da construção doutrinária inspirada no princípio do *simultaneus processus* a que se reduz a criação do *forum connexitatis materialis*. O acatamento e respeito às decisões da Justiça constituem o alicerce do Poder Judiciário que se desprestigiaria na medida em que dois ou mais juízes proferissem decisões conflitantes sobre a mesma relação jurídica ou sobre o mesmo objeto da prestação jurisdicional. A configuração do instituto da conexão não exige perfeita identificação das demandas, senão que, entre elas preexistam um liame que as torne passíveis de decisões unificadas" (33).

De fato, é preciso harmonizar dois valores, ambos respeitáveis e compassáveis: (i) de um lado, o direito subjetivo público ou o interesse legítimo de todo cidadão, no gozo dos direitos políticos, de participar da boa gestão da coisa pública, inclusive através da ação popular, averbando Gilda Pereira de Carvalho Berger, no parecer antes citado: "A propositura de várias ações em vários locais do País, seja pelo Ministério Público, seja pelo Autor popular é uma ação legítima e legal, tanto os cidadãos de qualquer Estado brasileiro têm legitimidade, como qualquer dos membros do Ministério Público, dentre de suas atribuições têm a função de zelar por este tipo de interesse" (34); (ii) de outro lado, há o interesse público na preservação da rigidez técnico-jurídica da relação processual e na manutenção da autoridade das decisões judiciais, até para que os atos aí praticados tenham *validade e eficácia*, tudo passando pela questão prejudicial do foro competente, que no caso antes relatado veio bem dirimida pelos institutos da conexão e da prevenção.

Otimizando-se o significado da legitimação concorrente-dísjuntiva, pode dar-se, por exemplo, que na Bahia venha ajuizada ação de tipo coletivo, objetivando impedir a cogitada *transposição* das águas do Rio São Francisco: tal circunstância não pode operar como *pressuposto negativo*, a impedir que análoga iniciativa venha porventura tomada por outro *co-titular* desse mesmo direito subjetivo público ou desse mesmo inte-

(33) "Ações populares propostas contra a privatização da Telebrás. Conflito de competência", Boletim dos Procuradores da República, n.º 8, dez.1998, p. 10 e s., *passim*.

(34) *idem*, p. 15.

resse legítimo à proba e eficiente gestão do meio ambiente, que, na exata dicção do art. 225 da CF, é “bem de uso comum do povo”. Tal entendimento, naturalmente, implica na aceitação de virtual concorrência de mais de uma ação de tipo coletivo, envolvendo análogo objeto, mas o processo civil está dotado dos meios para equacionar tal imbricação, mormente os institutos da conexão, continência e prevenção, deixando-se para os casos extremos, onde seja marcante a *superposição* entre causas e pedidos nas ações confrontadas, a aplicação da alternativa mais radical da *litispêndência*, que implicaria em abortar a(s) ação(ões) coletiva(s) seqüenciais⁽³⁵⁾.

Dizemos que o reconhecimento da litispêndência deveria ser deixada para os *casos extremos*, para não desestimular o exercício salutar da cidadania, no contexto de uma democracia participativa, a teor do observado por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: “A criação de mecanismos amplos para a veiculação de ações coletivas, ademais, atende à natureza de Estado Democrático de Direito em que se constitui o Brasil, porque permite a grande participação popular através do processo”⁽³⁶⁾. De um lado, o próprio constituinte é que sinalizou para uma legitimação concorrente-disjuntiva nesse campo (art. 129, § 1º); e, bem vistas as coisas, acreditamos não seja muito comum a concomitância de ações coletivas precisamente iguais, onde *coincidam* os pedidos (imediato, mediato) e as causas (remota, próxima), ainda que se releve a diversidade nos legitimados ativos, em nome de sua titulação como *substitutos processuais* de parcelas mais ou menos expandidas da coletividade.

No ponto, entende Antonio Gidi que “se entre uma ação coletiva do CDC e uma ação civil pública, uma ação popular, um mandado de segurança coletivo ou qualquer outra ação coletiva ocorrer identidade de causa de pedir e de pedido, haverá litispêndência entre essas duas ações. Serão a mesma e única ação coletiva, apenas propostas com base em leis processuais diferentes”⁽³⁷⁾. A seu turno, aduz Ada Pellegrini Grinover, figurando a coexistência de uma ação civil pública e uma ação popular, sobre um mesmo *thema decidendum*: “Conforme o caso, poderá haver

⁽³⁵⁾ Sobre a aplicabilidade da litispêndência entre ações coletivas, v. Kazuo Watanabe, “Demandas coletivas e os problemas emergentes da *praxis* forense”, *Revista de Processo* nº 67, jul./set. 1992, p. 19.

⁽³⁶⁾ “Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos”, Ed. Forense, Rio, 2.000, p. 239, 240.

⁽³⁷⁾ “Coisa julgada e litispêndência em ações coletivas”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1995, p. 219.

conexão entre as duas ações nos termos do art. 103, CPC (identidade de objeto ou causa de pedir) ou *continência* (se um pedido for mais amplo que o outro: art. 104, CPC), com as mesmas conseqüências para ambos os casos: a modificação da competência, a distribuição por dependência e a reunião de processos para decisão de mérito conjunta. Mas, é possível avançar mais, e conforme o caso, detectar-se até a litispendência entre as duas causas” (38).

Aliás, como o escopo da jurisdição coletiva é a consecução de uma resposta judiciária *molecularizada*, que evite a fragmentação do conflito coletivo em incontáveis *demandas-átomo* (39), assiste razão a Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, quando assevera: “sempre que o *thema decidendum* for de âmbito nacional, e o autor da ação tiver representação em todo o país, a princípio deverá haver apenas uma única e exclusiva ação coletiva, como o mesmo objeto e a mesma *causa petendi*. A propositura de uma nova ação coletiva, idêntica (*rectius*: a repositura da mesma ação coletiva), caracteriza irrefragável litispendência” (40).

Naturalmente, se a concomitância ocorre entre duas ações coletivas que, posto relevem de uma mesma causa remota (v.g., publicidade enganosa) visam cada qual a tutela de *diferentes dimensões* do interesse metaindividual (numa, o interesse *difuso* à correta divulgação dos produtos e serviços e supressão da mensagem publicitária viciada; noutra, o interesse *individual homogêneo* ao ressarcimento devido à comunidade dos lesados individuais), é claro que aí não se configura a litispendência, podendo, eventualmente, dar-se a continência ou a conexão, conforme se apresente o caso concreto.

5. A coisa julgada coletiva, em face dos sujeitos concernentes

As ações de tipo coletivo – *ADIns*, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação popular, ações em defesa de consumidores – têm em comum a característica de que o critério definidor da *faixa* do

(38) “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 dez anos de aplicação”, Ed. RT, São Paulo, 1995, p. 26.

(39) V. Kazuo Watanabe, “Demandas coletivas...”, cit., Revista de Processo n. 67, jul.set.1992, p. 19.

(40) “Ações Coletivas...”, cit., p. 161.

universo coletivo aí considerado exsurge a partir do *pedido* formulado, o que se explica pelo fato de que uma mesma *fattispecie* pode ser tomada em projeção espacial ou subjetiva mais ou menos expandida. Por exemplo: a floresta amazônica pode ser visualizada enquanto interesse *difuso* (defesa dessa área de preservação permanente) ou enquanto interesse *coletivo em sentido estrito* (povo da floresta *versus* madeireiras). De todo modo, ante a necessária adstringência da resposta judiciária aos lindes do pedido (CPC, arts. 2º, 128, 460), este é que acabará fixando os limites do julgado, com vistas a se saber: (*i*) *quais sujeitos* serão abrangidos por seus efeitos – limites subjetivos – e, (*ii*) *quais capítulos, pontos e questões* consideram-se decididos – limites objetivos. Ambos esses limites, num determinado momento, se tornarão definitivos e intangíveis, com a imutabilidade agregada pela coisa julgada material; todavia, como aí se está tratando de interesses metaindividuais, não faria sentido que a eficácia da coisa julgada ficasse restrita apenas às partes, como na jurisdição singular (CPC, art. 472), donde ser inevitável, na jurisdição coletiva, um grau de *expansão extra autos*, maior ou menor, de modo proporcional ao espectro do interesse considerado (lei 8078/90, art. 103 e incisos).

Assim, uma mesma controvérsia – por exemplo, as restrições ao tabagismo durante as viagens aéreas – pode ser levada à Justiça em termos de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, dependendo de como venha posto o pedido: se o móvel da ação é a proteção da *saúde pública*, o interesse é difuso; se o intento é a defesa das *condições de trabalho dos aeronautas*, o interesse é coletivo em sentido estrito; se a pretensão é o *ressarcimento dos danos já infligidos aos passageiros e tripulantes* enquanto fumantes passivos, o interesse é individual homogêneo. O exemplo evidencia que a questão da projeção da coisa julgada coletiva em face das posições individuais fica exacerbada nesta terceira modalidade, justamente por ser vocacionada a uma *condenação genérica* (lei 8078/90, art. 95), que opera como um modelo ressarcitório geral, a servir de base para as oportunas execuções individuais, onde os interessados provarão não só o *quantum*, mas também o *an debeatur*, a par do *nexo causal*. Ao propósito, esclarece Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: “A fruição concreta do direito abstratamente reconhecido pela decisão genérica do art. 95 só é viável por meio da propositura de ações individuais, chamadas de liquidação da sentença, nas quais deverão ser comprovados,

por cada um dos interessados, os fatos constitutivos específicos do seu alegado direito” (41).

É preciso entender que a ação para a defesa de interesses individuais homogêneos é uma forma processual *coletiva* de tutela judicial, e, por isso, impende ter presente que certos institutos e faculdades próprios da jurisdição singular, ou bem aí não têm como aplicar-se, ou quando muito devem ser manejados com refrações especiais. Assim se passa com a intromissão dos indivíduos no âmbito da ação coletiva em curso: embora permitida (art. 94 da lei 8078/90), impende sempre ponderar os riscos e os ônus daí decorrentes, já antes salientados, e mesmo o aspecto do *legítimo interesse* de uma tal intromissão, em se considerando que a ação coletiva vem, presumidamente, proposta *a favor*, e não contra tais interesses, e essa premissa está à base do transporte da coisa julgada ali formada somente quando possa *beneficiar* os sujeitos concernentes. É dizer, há que se priorizar o dado de que na ação coletiva o interesse que constitui o objeto litigioso está sendo judicializado em sua *dimensão meta-individual*, com abstração, pois, dos sujeitos concernentes. A se entender de outro modo, franqueando-se livremente o acesso dos indivíduos à instância coletiva, esta acabaria por se descaracterizar como tal, ao final desfigurada numa indefinida *mélange* de interesse metaindividual com interesses particulares *litisconsorciados*.

Na matéria, esclarece Ada Pellegrini Grinover: “Quando o Código determina a extensão subjetiva do julgado para beneficiar terceiros, transportando às ações individuais a sentença coletiva favorável, outra inovação ocorre: a ampliação *ope legis* do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre o dever de indenizar”. (...) Daí decorre que “a intervenção a título de litisconsórcio não autoriza os litisconsortes a formularem pretensão indenizatória pessoal, pois isso desvirtuaria o objeto do processo coletivo e a natureza da sentença” (42).

Em conseqüência das precedentes colocações, fica inevitável inferir que, uma vez judicializado o conflito em termos de demanda coletiva,

(41) “Ações Coletivas...”, cit., p. 241, conclusão n. 26.

(42) “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, 3ª ed., 1993. Forense Universitária, 1993, p.577 e 548, nessa ordem.

tornam-se inócuas as perquirições relativas à identificação dos indivíduos concernentes (quem são? quantos são? qual seu domicílio? quais foram aderentes da associação autora?). Assim se passa porque: (i) os que tenham optado por ingressar no processo coletivo passam a integrá-lo para todos os efeitos, ao nosso ver sem possibilidade de extromissão, via obstruída pela preclusão consumativa, resultante de ter a parte adotado *uma das alternativas* oferecidas pela norma de regência; (ii) tais sujeitos intervenientes na ação coletiva ficam submetidos à eventual coisa julgada – favorável ou *desfavorável* – que aí se venha a formar, excluída, nesta última hipótese, a possibilidade de ulterior ajuizamento de demanda individual ou de reassunção daquela porventura sobrestada (a coisa julgada faz lei entre as partes, e o interesse discutido na ação coletiva em certo modo *inclui* o do indivíduo ali interveniente); (iii) os que optaram por aguardar o desfecho da ação coletiva (seja não ajuizando ação individual ou sobrestando a já proposta) não poderão ser prejudicados por eventual coisa julgada coletiva *desfavorável*, ficando livres para, ou ajuizar suas demandas particulares, ou retomar as que estavam paralisadas. Enfim, uma vez acolhida a ação coletiva, tanto pode dar-se o transporte da coisa julgada aí formada, em favor das demandas individuais, como é possível a execução desse julgado, *uti singuli* ou em modo coletivo, pelos co-legitimados ativos do art. 82 da lei 8078/90, conforme art. 97 dessa lei.

Assim, se uma associação de consumidores move ação coletiva contra um Banco em defesa dos interesses individuais homogêneos de seus investidores em poupança, ao argumento de que estes, em dado período, foram lesados por remuneração a menor, não importa a quantidade desses sujeitos, nem sua identificação, domicílio ou o que mais lhes diga respeito pessoalmente (inclusive saber se eram ou não aderentes da associação autora), e isso pela boa razão de que o objeto litigioso está sendo tomado numa certa *faixa* do universo coletivo, onde, bem por isso, os sujeitos são considerados indeterminadamente e o objeto é considerado em modo indivisível. Acolhida a ação, não poderia o juiz restringir, *ex propria auctoritate*, o âmbito de projeção da coisa julgada apenas aos poupadores que foram aderentes da associação autora: *a uma*, o objeto litigioso é a formação de título condenatório a favor de *toda a coletividade* dos poupadores do Banco, e não de parcela deles; *a duas*, não cabe ao julgador delimitar a expansão da coisa julgada *in concreto*, tratando-se de

matéria afeta à lei federal (CF, art. 22, I), onde se atenderá à natureza e dimensão do interesse considerado, como aliás o faz o art. 103 da lei 8078/90; e, enfim, lembre-se que a associação autora figura no processo como uma *adequada representante* de um interesse tomado em sua acepção coletiva, com abstração, pois, dos sujeitos a ele concernentes.

Esse ambiente judiciário diferenciado, peculiar às ações de tipo coletivo, veio bem apreendido pelo juiz federal Victório Giuzio Neto, ao decidir pedido de tutela antecipada em ação civil pública movida pelo M.P. federal contra a União e Bancos diversos, tendo por objeto a "proteção de mutuários que celebraram contratos do Sistema Financeiro da Habitação, neste incluídas também as Carteiras Hipotecárias, beneficiados pela regra da equivalência salarial ou comprometimento de renda, mas desguarnecidos do Fundo de Compensação das Variações Salariais que se vêem ameaçados de perderem seus imóveis em razão do descompasso entre o valor das prestações e a evolução do saldo devedor atualizado por juros e índices financeiros em relação aos ganhos salariais". Na seqüência, a decisão reporta-se a julgado proferido em matéria análoga pelo juiz José Eduardo Santos Neves: 'O que está em causa não é a disponibilidade do interesse específico ou determinado, individualmente considerado, mas, a indisponibilidade desses direitos considerados em seu conjunto, o que os altera em sua essência, pois, pela lei dialética da emergência do novo, o excesso transforma a natureza da quantidade, emprestando-lhe outra qualidade'. Prosseguindo, agora no tópico concernente à extensão da eficácia do julgado, dispôs o juiz Victório Giuzio Neto: "De fato, restringir o âmbito da abrangência da presente decisão aos limites territoriais deste Juízo viria proporcionar a severa injustiça de criar, com base na arbitrária localização geográfica dos mutuários, um grupo especial apto a receber proteção judicial, desconhecendo as mesmas agruras impostas aos demais neste imenso país e o mais grave, pelos mesmos Réus desta ação. Acima de tudo seria privilegiar conceitos ortodoxos do processo desenhados no passado e destinados às lides intersubjetivas, em detrimento da modernização de seu conceito, introduzidas por exigências deste nosso tempo, nesta era da Internet que transformou o mundo na 'aldeia global' de que nos fala Marshall McLuhan e que ao mesmo tempo que impõe uma interdependência entre os países, tende a exigir, pela maior expectativa social decorrente do melhor nível de informação, soluções tão

avançadas como as adotadas nos mais desenvolvidos” (proc. 2.000.61.00.033627-1, 24ª Vara Cível Federal, São Paulo - Capital, DOE 4.10.2.000, cad. 1, parte II, p. 39, 40).

Nem sempre, porém, a experiência judiciária brasileira tem revelado percepção assim tão clara dos pressupostos e finalidades da jurisdição coletiva, registrando-se ainda equívocos e descompassos de diversa ordem, mormente nas ações versando interesses individuais homogêneos: ora por aí se veiculam situações melhor identificadas com litisconsórcio ativo facultativo; ora não há relação entre o objeto estatutário do ente associativo e a natureza do interesse objetivado; ora se formula pedido que não é condenatório-ressarcitório; ora as sucessivas extromissões dos sujeitos antes aderidos ao pleito coletivo acaba tornando questionável a remanescência do próprio interesse *coletivo* afirmado à inicial. Pior, as sucessivas intervenções governamentais no campo do processo coletivo, via *Medidas Provisórias* (!), só têm contribuído para tornar ainda mais nebuloso esse contexto, de que é exemplo a exigência de a inicial da ação coletiva contra entes políticos e seus órgãos correlatos vir “acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços” (parágrafo único do art. 2º-A da lei 9494/97, cf. M.P. n. 1984, 20ª ed., DOU 30.7.2000, p. 25). No ponto, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho avalia que “apesar de não se justificar, ao nosso ver, a discriminação, bem que se poderia reconhecer, a esse respeito, uma inábil reação contra a tumultuária situação instaurada pela não observância dos princípios processuais, (...) que tem permitido a propositura de repetitivas ações pseudocoletivas, por múltiplas associações e sindicatos, representativos dos mesmos interessados ou dos membros de uma única categoria, com pedidos concretos e específicos quanto aos mesmos substituídos, o que provoca, além de compreensíveis dificuldades para os réus, uma inaceitável desordem jurídica. Mas aqui se antepõe, outra vez, idêntica objeção, uma vez que não se encontra uma justificação razoável para a desequiparação, com a formulação da exigência somente para as ações propostas contra entes públicos”⁽⁴³⁾.

Outro visível engano no trato da jurisdição coletiva consiste na inserção (ainda via Medida Provisória!) do elemento *território* no corpo do

⁽⁴³⁾ “Ações Coletivas...”, cit., p. 170, 171.

art. 16 da lei 7347/85, que visivelmente não cuida de competência e sim de *limites subjetivos da coisa julgada coletiva*; ao passo que, sabidamente, *território* é critério determinativo de *competência*, tema tratado no art. 2º dessa lei, onde vem fixado o “foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Para Ada Pellegrini Grinover, nessa alteração “o Executivo – seguido do Legislativo – foi duplamente infeliz. Em primeiro lugar pecou pela intenção. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los (...); em segundo lugar pecou pela incompetência. Desconhecendo a interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dos dispositivos deste, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da lei n. 7347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente”⁽⁴⁴⁾.

De fato, dispondo tal dispositivo, alterado originariamente pela M.P. 1570/97, que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da *competência territorial* do órgão prolator (...)”, sua aplicação prática conduziria a situações paradoxais, que de per si evidenciam o equívoco do texto alterado. No ponto, tivemos oportunidade de figurar uma decisão em ação civil pública transitada em julgado em São Paulo, cujo comando tenha interditado o uso do mercúrio na decantação de ouro nos garimpos ao longo de um rio que, nascendo em outro Estado, cruza o espaço paulista: “No exemplo, nenhuma eficácia – muito menos *erga omnes* – teria a coisa julgada, porque o inquinamento do rio, com mercúrio, continuaria ocorrendo no Estado banhado pelo trecho do rio postado *a montante*, e daí desceria até alcançar – e poluir – o trecho do rio situado *a jusante*, supostamente protegido pela coisa julgada”⁽⁴⁵⁾.

Algo semelhante se passa com o art. 2º-A da lei 9494/97 (antes M.P. 1906-11, de 25.11.97) dizendo que “a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses

⁽⁴⁴⁾ “A ação civil pública no STJ”, in “STJ – 10 anos – obra comemorativa - 1989/1999”, Brasília, 1999, p. 27.

⁽⁴⁵⁾ Cf. o nosso “Ação Civil Pública”, 6ª ed., RT, São Paulo, 1999, p. 236.

e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham na data da propositura da ação, **domicílio** no âmbito da *competência territorial do órgão prolator*. Note-se que tal restrição coloca-se em descompasso com o sistema de coisa julgada coletiva, onde se prevê, por exemplo, que a sentença penal condenatória repercute para beneficiar as vítimas e sucessores – § 3º do art. 103 da lei 8078/90 –, e isso, naturalmente, sem restrições de ordem geográfica. Assim, observa Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, “soa manifestamente arbitrário que a sentença penal condenatória possa produzir normalmente os seus efeitos penais em todo o País, mas se queira restringir os seus efeitos civis para beneficiar apenas as vítimas ou sucessores que tenham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. A idéia sabe a disparate”⁽⁴⁶⁾.

Ainda tomando aquele artigo 2º-A da lei 9494/97, a exigência de que a ação coletiva deva “obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou”, igualmente parece não se justificar: de um lado, a sindicalização é livre (CF, art. 8º e inc. III); de outro lado, causa espécie apareça tal exigência apenas quanto às ações contra o Poder Público, o que configura uma desequiparação injustificada; enfim, em que pese o respeitável entendimento do STF na Ação Originária 152-RS⁽⁴⁷⁾, a letra e a teleologia do art. 5º, XXI da CF parecem autorizar o entendimento de que, atuando as associações em juízo, por definição, a *benefício* de seus aderentes, sua legitimação deflui, ou da própria relação entre o objeto litigioso e a finalidade estatutária, ou do credenciamento decorrente da lei de regência; nem por outro motivo, aliás, o art. 82, IV, da lei 8078/90, *dispensa a autorização assemblear* para o ajuizamento de ações coletivas pelas associações.

Em breves palavras, as alterações introduzidas no sistema de coisa julgada do processo coletivo, mormente as provindas de Medidas Provisórias, pareceram ignorar a natureza *adjetiva* da coisa julgada, ou seja, que ela apenas agrega uma *qualidade* – a imutabilidade – aos efeitos substantivos do julgado, estes sim, resultantes dos *comandos* declaratório,

⁽⁴⁶⁾ “Ações Coletivas...”, cit., p. 168.

⁽⁴⁷⁾ Cf. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, “Ações coletivas...”, cit., p. 170, referindo a Ação Originária n. 152/RS, onde prevaleceu a tese de ser sempre necessária “a ata da assembléia geral que conferiu à associação poderes específicos para a demanda”.

condenatório, desconstitutivo, mandamental, donde a *virtual inocuidade* das tentativas de mitigação da eficácia espacial ou subjetiva do julgado coletivo, pelo expediente de iterativas intervenções no capítulo da coisa julgada.

Assim é que, se o julgado coletivo determinou a supressão de publicidade sobre produto nocivo à saúde, comercializado em todo o país, e tendo sido a ação ajuizada no foro competente (no caso, tratando-se de dano de porte nacional, o da capital do Estado ou o do Distrito Federal – art. 2º da lei 7347/85, c/c art. 93 da lei 8078/90), segue-se que a eficácia do julgado se projetará, naturalmente, ...até *onde se estenda* o interesse objetivado na ação, ou seja, no caso, por todo o território nacional. A se entender de outro modo – isto é, que a eficácia do julgado fica restrita “aos limites da competência territorial do órgão prolator” – ter-se-ia que admitir que o produto, embora já definido judicialmente como *nocivo à saúde*, pudesse continuar a ser consumido em outro Estado, como se possível fosse estabelecer circunscrições geográficas e discriminações entre os brasileiros em matéria de relações de consumo, tema que o próprio legislador considera *de ordem pública* (art. 1º da lei 8078/90). Ou então, considere-se o que ocorreria numa decisão em processo coletivo versando interesse difuso, trãnsita em julgado no Rio Grande do Sul, cominando a interdição do tabagismo nas viagens aéreas, onde se nota que o valor objetivado é a *saúde dos passageiros e tripulantes no transporte aéreo*: quando a aeronave transpusesse a fronteira com o Estado de Santa Catarina, ficaria liberada a restrição?!

Aliás, até mesmo em situações alheias à jurisdição coletiva, sempre que se decidam *temas unitários*, que não comportam fracionamentos ou limitações geográficas, também seria inócua a tentativa de circunscrever a eficácia do julgado aos limites territoriais do órgão julgador: o casal divorciado no Rio Grande do Sul não pode retomar, alhures, outro estado civil (CPC, art. 472, segunda parte); o acusado que reincidiu em delito julgado num Estado da Federação não pode ser considerado réu primário em outro Estado ⁽⁴⁸⁾; o contrato rescindido judicialmente na Bahia não

⁽⁴⁸⁾ Idem, p. 165, nota n. 110, considerando o autor que tais hipóteses, tão evidentes de per si, chegam até a “parecer carcaltas”.

pode convalidar-se ou *ressuscitar* no Amazonas. Se assim se expande a coisa julgada nas decisões sobre temas unitários, mesmo no plano da jurisdição singular, por maioria de razão se há de reconhecer essa potencialização no plano da jurisdição coletiva, onde os interesses são metaindividuais.

Nesse sentido deve ser mencionada a diligência mostrada pelo juiz federal Antônio Ivan Athie, de Vitória (ES), que, acolhendo ação civil pública movida pelo M.P. contra a Caixa Econômica Federal, Banco Central e União Federal, em matéria de correção de índices do FGTS, fez constar, ao final da parte dispositiva do julgado, que fossem remetidas "cópias desta sentença aos Meritíssimos Juizes Federais desta Seção Judiciária, em razão do elevado número de ações tramitando em todas as Varas, tendo o mesmo objetivo da ora sentenciada" (proc. 95.0001119-0, 4ª Vara, DOE 4.7.1997, p. 24). Visível, aí, a preocupação com o desejável tratamento judicial isonômico de um tema que, no caso, revelava-se *unitário* em sua natureza e *nacional* em sua extensão.

Claro que a jurisdição coletiva não pode sempre atender todas as expectativas dos sujeitos concernentes aos interesses ali considerados, havendo casos em que o indivíduo, mesmo desconhecendo a existência da ação coletiva, exulta em saber que é um dos beneficiados pelo julgado coletivo (Waldemar Mariz de Oliveira Júnior relata uma *class action* em que o dono de um posto de gasolina, tendo vendido o produto a preço superior ao tabelado, veio a ser "compelido a fornecer gasolina, gratuitamente, a todos aqueles que o procurassem, até atingir a exata quantidade que vendera acima da tabela fixada")⁽⁴⁹⁾. Já em outros casos, os indivíduos ficam desagradavelmente surpresos quando a eficácia *erga omnes* do julgado coletivo, porventura *desfavorável*, os acaba atingindo *por ricochete*, como ora sucede dentre nós, em virtude da cassação de liminar que em ação coletiva suspendera a cobrança da CPMF em certo período⁽⁵⁰⁾.

Presentemente, torna-se imperiosa uma *mudança de mentalidade* dos operadores do Direito, que devem ser subsidiados por correta informa-

⁽⁴⁹⁾ "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos", in "A tutela dos interesses difusos", coord. Ada Pellegrini Grinover, Ed. M. Limonad, São Paulo, 1984, p. 23.

⁽⁵⁰⁾ Cf. Jornal O Estado de São Paulo, 19.10.2.000, p. A-3, seção "Fórum dos Leitores".

ção técnica, para a necessária conscientização de que os conflitos de natureza coletiva, seja pelo largo espectro do objeto, seja porque empolgam um número expressivo – muita vez indeterminado – de sujeitos, não comportam redução aos hoje acanhados padrões do litisconsórcio, onde o que existe é uma *adição* e não uma síntese de interesses. Hoje mostra-se francamente intolerável a atomização do conflito coletivo, fracionado em inumeráveis demandas individuais múltiplas e repetitivas, ensejando julgamentos discrepantes ou mesmo contraditórios sobre um mesmo tema, o que a rigor configura uma sorte de inconstitucionalidade, se considerado que o princípio da igualdade de todos perante a lei (CF, art. 5º, *caput*) estabelece uma *isonomia substancial*, e não apenas abstrata ou formal, que impende ser preservada também (ou principalmente!) quando essa norma venha interpretada e aplicada pelo Judiciário nos casos concretos ⁽⁵¹⁾.

Essa preocupação com o tratamento judicial isonômico, em assuntos de natureza unitária, alcança, de modo superlativo, as relações entre a ação coletiva e as individuais ajuizadas paralelamente: é preciso *compatibilizar* as iniciativas judiciais dos sujeitos envolvidos, frente à *lógica do sistema*, de sorte a resguardar a *desejável coerência* entre as respostas judiciárias dadas em cada qual desses planos, como ressaltado ao longo do presente estudo. Nesse sentido, é ilustrativa a hipótese figurada por Hugo Nigro Mazzilli: “e se for julgado procedente o pedido feito em ação coletiva, com efeitos *erga omnes*, e, ao mesmo tempo, for julgado improcedente o pedido em ação individual com a mesma causa de pedir? Suponhamos que, na ação coletiva, a coisa julgada reconheça um direito para todos os servidores públicos; ao mesmo tempo, em ação individual, o servidor X viu formar-se coisa julgada a negar-lhe esse direito. Acreditamos que o lesado deve ser beneficiado pela coisa julgada coletiva. Não teria sentido que o mesmo demandado fosse obrigado a pagar um benefício a todos os seus funcionários, *menos a um único que o acionou individualmente*, sem êxito. Além de negação ao princípio isonômico, seria a existência de coisas julgadas contraditórias, uma, aliás, de maior abrangência que a outra” ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Para um desenvolvimento dessa idéia, v. o nossa “Divergência jurisprudencial e Súmula vinculante”, Ed. RT, São Paulo, 1999.

⁽⁵²⁾ “A defesa dos interesses difusos em Juízo”, 11ª ed., Saraiva, São Paulo, 1999, p. 288.

Em casos como esse, de flagrante discrepância entre as respostas judiciárias sobre um mesmo tema, impende *evitar o mal maior*, que seria o desbordamento da contradição entre coisas julgadas, do plano lógico para o plano prático. Como proposta de trabalho, pode-se pensar no transporte da coisa julgada mais benéfica, para aplicação aos casos porventura julgados de forma diversa, tendo em vista a insustentabilidade de que, num mesmo espaço-tempo, e num mesmo *ambiente judiciário*, uma coisa possa *ser e não ser* (v.g., uma coisa julgada *coletiva*, mandando ressarcir os danos à saúde causados pelo tabagismo, e outra, *individual*, negando tal ressarcimento): aplicar-se-ia, então, a parêmia *odiosa restringenda, benigna amplianda*. Ou então, considerando-se o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei – que deve abranger, por maioria de razão, a lei aplicada pelo Judiciário nos casos concretos – poderia pensar-se na hipótese de uma ação rescisória (CPC, art. 485, V), sendo para tanto necessária uma *releitura* da súmula nº 343 do STF, que nega tal remédio aos casos em que o texto de regência seja “de interpretação controvertida nos Tribunais”. Numa visão atualizada e progressista desse enunciado, o STJ já afirmou: “A função unificadora da interpretação da legislação infraconstitucional deve preponderar acima de princípios formais aplicados à ação rescisória” (1ª Seção, Embs. Decl. na Rescisória nº 394-BA, rel. Min. José Delgado, j. 11.2.98, v.u., DJU 1.6.98, p. 23) ⁽⁵³⁾. E na doutrina, aquela súmula veio revisitada, com bons argumentos, numa leitura adaptada às necessidades contemporâneas, por Tereza Arruda Alvim Wambier ⁽⁵⁴⁾.

Esperamos que o presente estudo possa, modestamente, contribuir para uma melhor compreensão das ações coletivas – entre si e na implicação com as demandas individuais – por modo que venha sempre priorizada a natureza *instrumental* do processo, possibilitando que dele se extraia a maior *efetividade*, de tudo resultando uma *resposta judiciária de qualidade*, ou seja: justa, jurídica, econômica e tempestiva.

São Paulo, novembro de 2.000.

⁽⁵³⁾ Cf. Theotônio Negrão, “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, 30ª ed., 1999, nota 21 ao art. 485 do CPC.

⁽⁵⁴⁾ “Sobre a súmula n. 343”, rev. *Ajuris*, nº 70/113.

Advocacia Pública e Moralidade Administrativa

Celso Augusto Coccaro Filho

*Procurador do Município de São Paulo. Diretor do
Instituto Brasileiro de Advocacia Pública*

atingir a definição da "moralidade administrativa" é tarefa espinhosa; o trato de seu controle jurisdicional é igualmente difícil. Aliás, dificuldades conceituais abrem espaço para interpretações subjetivas, que, transportadas para decisões judiciais, implicam julgamentos por equidade e as notórias imprecisões e insegurança jurídica que delas decorrem.

A própria definição de "moral" tem matizes diversos, e se modifica no tempo, no espaço e nas mentes dos indivíduos.

Marcelo Caetano observa que "No Direito Administrativo, como em qualquer outro ramo de Direito, a Moral só vale na medida em que,

sendo recebida pela norma jurídica e como conteúdo desta, passe a beneficiar da sanção peculiar da ordem jurídica em lugar de ficar limitada às suas sanções peculiares (reprovação das consciências)".⁽¹⁾

A Constituição da República trata a moralidade como princípio da administração pública, ao lado da legalidade, impessoalidade e publicidade; assim, a moral é recebida pela norma jurídica, e a "moralidade administrativa" deixa de ser princípio geral e fonte subsidiária de direito, como era até então, e passa a ser direito, violável de forma direta.

Ao contrário dos outros princípios normativos, que facilitam a didática, a moralidade administrativa sempre evoca o abstracionismo. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, "Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo mestre espanhol Jesus Gonzales Peres em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos".⁽²⁾

Para buscar melhor definição recorrem-se a dois outros princípios, da lealdade e da boa-fé, que, por sua feita, também poderiam ser definidos por outros princípios ou escandidos em vários elementos, de cunho subjetivo ou objetivo, notadamente a boa-fé, que pode se revelar exteriormente, subjetivamente ou permanecer incubada no campo da reserva mental.

Em suma, o conceito é difícil, não sendo possível afirmar que, "intuitivamente", todos saibamos o que significa; nesses tempos em que o pensamento cartesiano é excepcional, em que as massas reagem e avaliam situações políticas de maneira visivelmente irracional, dirigidas pela superficialidade da propaganda política e outros apelos, chega a ser possível duvidar que a moralidade administrativa, se imaginada, é pelo menos desejada.

⁽¹⁾ "Princípios Fundamentais de Direito Administrativo", Forense, 1977, p. 178.

⁽²⁾ "Elementos de Direito Administrativo", Malheiros, 3a. ed., p. 61.

As dificuldades de aferição do objeto de estudo restaram sumamente facilitadas com a promulgação da Lei n. 8.429 de 02 de junho de 1992.

Sob título eufemístico – “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências” – a Lei cuida da tutela dos atos de improbidade administrativa em geral, repercutam ou não no enriquecimento ilícito ou em qualquer outro proveito.

Cabe destacar a proximidade conceitual entre a probidade e a moralidade; probidade é característica do probó, de caráter íntegro, honrado. Inegável que a integridade e a honradez integram os elementos da lealdade e da boa-fé, mencionados por Celso Antônio como componentes da moralidade. Assim, ato de improbidade administrativa certamente é ato atentatório à moralidade administrativa, o que destaca o caráter complementar à Constituição, *lato sensu*, da Lei n. 8.429/92.

As condutas são classificadas em três grupos: atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10); atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração (art. 11).

A relação tipológica é extensa (doze incisos nos arts. 9º e 10 e 7 incisos no art. 11) e exemplificativa. Quanto à última característica, a hipótese de *numerus clausus* é afastada pela própria redação da lei, v.g., aquela do caput do art. 11, cujo advérbio final se repete nos dois outros dispositivos mencionados e reforça a conclusão: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente” (seguindo-se os incisos).

O controle da moralidade administrativa restou facilitado, portanto, pela caracterização das condutas ilícitas.

No que toca ao controle jurisdicional, tema enfocado, cabe ao Judiciário proceder à subsunção da norma ao fato concreto. Resta definir quais os instrumentos processuais adequados.

Duas únicas opções afloram de imediato: a ação popular e a ação civil pública, que divergem de forma explícita no que toca à legitimidade ativa e de maneira menos clara no tangente ao objeto e outras peculiaridades.

Em obra calcada na Lei n. 8.429/92, Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, restringem-se às alternativas acentuadas: “Sob a luz desses critérios, temos que o controle jurisdicional da probidade administrativa depende da iniciativa de dois fiscais para se tornar efetivo, quer dizer, move-se impelido pela iniciativa popular (ação popular) ou pela iniciativa ministerial (ação civil pública), conquanto se confira também legitimidade às pessoas jurídicas imediatamente atingidas pelas condutas improbas para a adoção de medidas judiciais”.⁽³⁾

Cabe observar que não é precisamente a iniciativa da fiscalização que diferencia as demandas, eis que também se concebe a atuação popular efetiva através de associações civis, que possuem legitimidade condicionada para propositura de ações civis públicas (art. 5º, incisos I e II da Lei nº 7.347/85).

A diversidade repousa na legitimação singular e restrita para as ações populares, reservadas aos cidadãos (apenas pessoas naturais) com capacidade eleitoral. O inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal deixa claro que, entre os objetos da ação popular, está a postulação de nulidade de atos lesivos à moralidade administrativa.

Dessa forma, já sedimentada e gerando questionamentos notórios e há muito debatidos, a ação popular não tomará mais espaço deste artigo, mostrando-se adequada para controle da improbidade administrativa.

No que toca à ação civil pública, tal pacificidade não tem sido observada.

São inúmeras as decisões que a rejeitam, considerando-a instrumento inábil para controle dos atos de improbidade, quer pela ausência

⁽³⁾ “Improbidade Administrativa”, Atlas, 2ª ed., p. 19.

de interesse processual – carente o requisito da adequação – quer pela ilegitimidade de parte do Ministério Público, hipótese em que é tratada como ação popular, com evidente equívoco.

Alguns argumentos são, de fato, válidos.

A Lei n. 7.347/85 define claramente quais os objetos da ação civil pública: danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; qualquer outro interesse difuso ou coletivo; infração da ordem econômica (art. 1º).

Cabe indagar onde encontram reflexo os atos de improbidade administrativa.

É óbvio que, quando praticados em detrimento de alguns dos bens tutelados – meio ambiente, por exemplo – o ato de improbidade sofrerá verdadeira absorção, e ensejará o controle jurisdicional pela ação civil pública. O critério, aqui, é de cunho finalístico; imagine-se “retardamento de ato que deva ser praticado de ofício” (art. 11, inc. II, da Lei n. 8.429/92) causador de lesão ao meio ambiente. Na hipótese, indiscutível o cabimento da ação civil pública, eis que o caráter de improbidade do ato, a violação à moralidade administrativa, assume caráter secundário.

As restrições à ação civil pública ocorrem no que toca aos atos que geram enriquecimento ilícito do agente, causam prejuízo ao erário ou, de qualquer forma, que não violam os bens elencados na Lei n. 7.347/85.

Caberia inseri-los no inc. IV do art. 1º da Lei, ou seja, defender que ato lesivo ao erário é ato também ou necessariamente lesivo a interesse difuso ou coletivo.

É trabalho árduo. Adotemos a *reductio ad absurdum*, por meio de exemplo talvez inadequado ontologicamente, mas válido para a representação: sabe-se que a Administração Pública ajuíza número considerável de demandas contra motoristas, funcionários públicos ou terceiros, que causam danos a veículos de sua frota, em decorrência de atos culposos. Eventual omissão no ajuizamento de ação de ressarcimento autorizaria o

Ministério Público a ingressar com ação civil pública para recomposição do erário?

É difícil responder positivamente.

Outro exemplo: decisões condenatórias dos tribunais de contas, por desfalque ou alcance, são títulos executivos extrajudiciais (art. 71, § 3º, da Constituição Federal). Pode o Ministério Público ajuizar ação civil pública, calcada nos mesmos elementos que ensejaram as condenações dos aludidos órgãos, com a intenção de ressarcimento do erário?

Há casos – não poucos – em que a Administração Municipal ingressou com execução fiscal, calcada em título formado pela decisão do Tribunal de Contas do Município, à qual o Ministério Público sobrepor ação civil pública, com pedido condenatório pecuniário idêntico.

A indagação é patente: lesão ao erário equivale a lesão a interesse público? Interesse público e interesse coletivo ou difuso são expressões sinônimas? Não é tão simples responder. Também não é correto, ao menos sob a ética pura do direito, hierarquizar situações pelo valor da lesão, pela repercussão política do ato etc., como, notoriamente, tem ocorrido.

Afirma Rodolfo de Camargo Mancuso: "Ocorre que, se tomarmos a priori tais expressões como sinônimas e as utilizarmos indistintamente, correremos o sério risco de, afinal, não sabermos exatamente do que estamos falando, isto é, de qual interesse, em qual nível, em qual amplitude, etc."⁽⁴⁾

Há óbvios pontos de contato. O "interesse público primário" – "interesse da coletividade como um todo", segundo Renato Alessi, por Celso Antônio Bandeira de Mello⁽⁵⁾ – aproxima-se intimamente do interesse coletivo ou difuso, pela titularidade evidentemente transindividual.

Já o "interesse público secundário" – "... que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer pessoa..."⁽⁶⁾ – não apresenta a mesma semelhança.

⁽⁴⁾ "Interesses Difusos", RT, 3ª ed., p. 22.

⁽⁵⁾ Ob. cit., p. 22.

⁽⁶⁾ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 22.

Coincidência ou não, a intervenção do Ministério Público é obrigatória nas ações civis públicas – art. 17, § 1º, da Lei n. 7.347/85 – e é efetivamente exercida. Mas, apesar do disposto no art. 82, inc. III, do Código de Processo Civil, o Parquet não intervém nos processos de interesse dito “fazendário” – mesmo nas mencionadas execuções fiscais calcadas em decisões condenatórias dos tribunais de contas.

Assim, embora tênue, há diferenciação nos “interesses públicos”, numa e noutra situação.

Nas ações civis públicas, o tal interesse público é, necessariamente, de natureza metaindividual.

Adotando-se as definições da Lei n. 8.078/90 – por óbvio não restritas às relações de consumo – e que resultaram do profundo conhecimento da matéria pelos Autores do Projeto, conclui-se que:

a) interesses ou direitos difusos têm natureza indivisível, seus titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

b) interesses ou direitos coletivos têm natureza indivisível, seus titulares são grupos, categorias ou classe de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

c) interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles de origem comum.

Atos de improbidade administrativa ou lesivos à moralidade poderiam ser classificados apenas na primeira categoria. Há manifesta indivisibilidade, indeterminação de titulares agregados por mero liame de fato.

Sob tal ótica, não há inadequação da ação civil pública.

Aliás, há vários dispositivos normativos esparsos que reforçam a conclusão, v.g., o art. 129, III, da Constituição Federal, que estabelece, como função (e dever) institucional do Ministério Público, a promoção da ação civil pública para a “proteção do patrimônio público”.

Porém, outros óbices se apresentam.

Estabelece o art. 13 da Lei n. 7.347 que, "havendo condenação em dinheiro, a indenização reverterá a um fundo, gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais" (o Fundo de Defesa de Direitos Difusos).

Não se pode negar que, na maioria das hipóteses, os atos de improbidade geram prejuízos ao erário. É inconcebível que, paga a indenização, reverta o capital ao dito fundo, para "reconstituição do bem lesado".

Cabe indagar, portanto, se a ação civil pública é adequada para a tutela da moralidade administrativa. Excetuando-se as ressalvas, já deduzidas, parece-me que não.

Os ilustres processualistas da Universidade de São Paulo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco assim focalizam o interesse de agir, como condição da ação:⁽⁷⁾

"Interesse de agir – Essa condição assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.

.....

Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser.

Quem alegar, por exemplo, o adultério do cônjuge, não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários".

No capítulo intitulado "O Interesse à Propositura da Ação Civil Pública", em monografia cujo título é idêntico ao tema abordado,⁽⁸⁾ Rodolfo

⁽⁷⁾ "Teoria Geral do Processo", Malheiros, 11ª ed., p. 258.

⁽⁸⁾ "Ação Civil Pública", RT, p. 31/37.

de Camargo Mancuso adota a lição, acrescentando exemplo, no tangente à adequação como elemento do *interesse ad agendum*:

“... adequação do provimento pretendido, isto é, sua idoneidade técnico-jurídica para atender à expectativa do autor (ex.: para quem foi esbulhado em sua posse, não é o pedido de mero interdito proibitório, visto que essa medida é inidônea a restituir a posse perdida)”.

No que tange à ação civil pública, assim se manifesta:

“Em terceiro lugar o objeto tutelado na Lei 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 P. Grinover: ‘A lei cuida sem dúvida dos interesses difusos, que não são interesses públicos no sentido tradicional da palavra, mas antes interesses privados, de dimensão coletiva.’”

Tais contradições têm gerado decisões cada vez mais freqüentes, inadmitindo a utilização da ação civil pública, em tais hipóteses.

Assim indica a ementa de Acórdão publicada in RT 716/253, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Ato administrativo lesivo ao erário - Propositura pelo Ministério Público contra Prefeito Municipal visando a restituição de dinheiro por ele desviado - Meio inidôneo - Cabimento de ação popular - Hipótese, porém, em que o pedido não pode ser recebido como ação popular, em face da ilegitimidade *ad causam* do Parquet.

Ementa oficial: Para obter a restituição ao Erário Municipal de dinheiro desviado por Prefeito, a via processual cabível é a ação popular e não ação civil pública, porquanto a primeira visa à declaração de nulidade ou à anulação dos atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, e a segunda destina-se à proteção de determinados direitos e interesses difusos ou coletivos previstos em lei específica.

Se o representante do Ministério Público, utilizando-se de via processual inadequada, intenta ação civil pública com vistas à res-

tituição de dinheiro desviado por Prefeito Municipal, o pedido não pode ser recebido como ação popular, em face da ilegitimidade ativa do Ministério Público para a propositura desta última."

A 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Agravo de Instrumento n. 274.440-1/6, ⁽⁹⁾ proferiu decisão que reflete entendimento bastante preciso. Segue transcrição de tópico da parte dispositiva:

"Argumenta-se que a Constituição da República ampliou a legitimação do Ministério Público, para intentar o inquérito civil e a ação civil pública (art. 129, III). Primeiro, surge necessário não esquecer que a Lei maior exige irromperem indisponíveis, sempre, os interesses sociais e individuais, defendidos pelo Ministério Público - uma das atribuições institucionais estritas - (art. 127, caput). No caso, aparece a Promotoria Pública, defendendo direito alheio, de natureza patrimonial, pertencente à Municipalidade; a qual, no mínimo, possui representação legal e advogados aptos à procura de seus direitos e peculiares interesses. Segundo, a Constituição da República refere interesses difusos e coletivos. Vale afirmar: menciona a proteção do patrimônio público e social, além do meio ambiente, e 'de outros interesses difusos e coletivos'. Não se cuida, aqui, tecnicamente, de interesses difusos e coletivos; mas, de pretensão direito ao patrimônio público municipal, 'com pedido de destinação da reparação aos cofres do Município de Matão'.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público assere que, a mais, os órgãos de execução, dentre as funções gerais, lhes incumbe: 'promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei' (art. 25, IV). A única lei vigorante é a 7.347, de 24.01.1985, e, como visto, não importa ao caso vertente.

Afirma-se, também, que, ao promover o inquérito e a ação civil pública, 'para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais, ou de entidades privadas de que participem', o Ministério Público

⁽⁹⁾ RT 730/234, de agosto de 1996.

tomaria para si a titularidade da ação popular (art. 25, IV, letra b, da Lei 8.625, de 12.02.1993). Assim, sob a denominação de ação civil pública - ou melhor, de nova e sexta finalidade, inobstante se cuidar de números fechados (art. 1º, da Lei 7.347/85) - ter-se-ia dado ao Ministério Público legitimação ativa, para a espécie do gênero ação popular. Existiria, pois, a ação popular do cidadão e a ação popular do Promotor de Justiça, criada pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, à margem da Constituição da República e ferindo-a. Curiosa espécie que, sendo popular, não é exercitada por cidadão qualquer. E, pode acabar absorvendo o gênero, visto que libera o cidadão de constituir advogado. Sem esquecer de que, se o Ministério Público sustentar lide temerária, jamais seria condenado no décuplo das custas”.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou em igual vertente, no Recurso Especial n. 34.980-5. ⁽¹⁰⁾ O item 3 da ementa é esclarecedor: “Ação para ressarcimento de possíveis danos ao erário municipal não se insere nas condições previstas na referida lei, não tendo o Ministério Público legitimidade para promover ação civil para esse fim específico”.

A “lei” mencionada é, obviamente, a 7.347/85.

A insistência no ajuizamento da ação civil pública, diante de tais obstáculos, somente se justificaria pela inexistência de instrumento processual alternativo, pela restrita e singular opção da ação popular, retirando do Ministério Público e mesmo das pessoas jurídicas de direito público, representadas por suas Procuradorias, intervenção processual efetiva na defesa da moralidade administrativa.

Mas, existindo a opção, livre dos óbices mencionados, não se justifica a reiteração, que pode assumir foros de obstinação e, pelas eventuais dificuldades, frustrar a obtenção de efeitos materiais concretos. Ou seja, a insistência no meio, com a ineficácia anunciada dos fins, acaba por preservar a injuridicidade que se pretende extirpar.

⁽¹⁰⁾ RSTJ, Brasília, 85/352, janeiro de 1995.

Os artigos 16, 17 e 18 da Lei n. 8.429/92 prevêm ação, de rito ordinário, com adequação perfeita à tutela do objeto previsto nos dispositivos materiais da mesma lei, isto é, a proibidade administrativa.

São legitimados o Ministério Público ou as pessoas jurídicas de Direito Público interessadas.

O art. 16 dispõe, de maneira detalhada, acerca do "... seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou tenha causado dano ao patrimônio público".

Em tais ações, é vedada a transação, acordo ou conciliação (art. 17, § 1º).

A atuação do Ministério Público, quando não atua como parte, é obrigatória, como *custus legis* (art. 17, § 4º); a Fazenda Pública poderá ajuizar ações destinadas a complementar o ressarcimento do patrimônio público.

Os pontos de semelhança com a ação popular, que a transformam em verdadeira "ação popular com legitimidade ampliada", revelam-se de forma enfática no § 3º do art. 17 (com a redação dada pela Lei n. 9.366, de 16 de dezembro de 1996): "No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei n. 4.717, de 20 de junho de 1965".

Como nas ações populares, podem as pessoas jurídicas de direito público atuar do lado do autor e "abster-se de contestar", o que, salvo inversão lógica, implica a faculdade de contestar.

Antes da modificação introduzida pela Lei n. 9.366/96, as pessoas jurídicas de direito público não tinham escolha, senão a de integrar a lide "... na qualidade de litisconsorte, devendo suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar os meios de prova de que dispõe".

A opção relativa ao ingresso na lide constitui ato administrativo vinculado ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente, nos termos da Lei n. 4.717/65.

A análise do aludido ato administrativo enseja novos paradoxos, eis que, se adstrito ao "interesse público", decorre de ato discricionário ao menos nos termos da lei, resultando na conclusão infeliz, mas com higidez lógica, de que a discricionariedade repousa na definição do que, para a autoridade administrativa competente, seja o "interesse público" cuja defesa deva ser reforçada pelo ingresso na lide. Como o tema suscita longos debates, não será aqui abordado.

O art. 18 da Lei n. 8.429/92, por sua feita, estabelece que: "a sentença que julgar procedente a ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito", não reproduzindo a incompatibilidade resultante da Lei n. 7.347/85.

Finalmente, embora silente, é evidente que a Lei admite o ajuizamento de medidas acautelatórias e da antecipação parcial ou total da tutela de mérito, presentes as condições previstas no Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

O intuito não é, por óbvio, destacar obstáculos à defesa da moralidade administrativa.

A intenção é manifestamente oposta; a escolha do instrumento processual correto permite a obtenção de provimentos jurisdicionais de mérito, evitando-se as reiteradas extinções de processo por carência de ação.

Também não se nega o caráter instrumental do processo, a possibilidade de realizar adaptações destinadas à correta administração da justiça e o caráter de fungibilidade que pode ser atribuído às demandas analisadas.

Por outro lado, normas processuais são normas de ordem pública; o pressuposto da adequação íntegra o interesse processual, como con-

dição da ação; a ausência de paradoxos, contradições, obstáculos, contornáveis ou não, é obviamente desejável, eis que vencedora é a coletividade, com o controle eficiente dos atos de improbidade administrativa.

Dá a ênfase na adoção da ação prevista pela Lei n. 8.429/92, e a defesa de sua definição como novo gênero, ao lado da ação popular e da ação civil pública, de ferramenta processual voltada à tutela de interesses públicos.

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Fiscal

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESA FORNECEDORA DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA. BASE DE CÁLCULO DO I.S.S. DEVIDO: PREÇO TOTAL DO SERVIÇO, SEM DEDUÇÕES.

José Rubens Santos Campana
Procurador do Município

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Presidente do
Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Ref.:- Apelação nº 682.664-8/01

Nona Câmara Especial de Janeiro/97

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por seu procurador infra-assinado, nos autos da apelação em referência, não se conformando, *data venia*, com o venerando acórdão proferido pela D. Nona Câmara

Especial de Janeiro/97 desse Egrégio Tribunal, vem do mesmo interpor recurso especial para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, o que faz com fundamento no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal e pelos fundamentos que, com a permissão de Vossa Excelência, expõe a seguir.

Requer, pois, a Recorrente se digne Vossa Excelência deferir e ordenar o processamento do recurso, para posterior remessa dos autos à Colenda Corte Federal, para os devidos fins e observadas as formalidades legais.

Termos em que

E. deferimento.

São Paulo, 3 de setembro de 1997.

JOSÉ RUBENS S. CAMPANA
Procurador do Município

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO

Colenda Corte!

Eminentes Ministros!

O venerando acórdão de que ora se recorre, *data maxima venia* dos integrantes da douta Câmara que o prolatou, vem de contrariar, a um tempo só, o artigo 4º da Lei nº 6.019, de 3.1.74, o artigo 109 da Lei nº 5.172, de 25.10.66 (Código Tributário Nacional) e o artigo 9º do Decreto-lei nº 406, de 31.12.68, assim rendendo ensejo à presente interposição, que se aguarda deferida, processada e a final provida, para decretação da improcedência dos embargos à execução fiscal ajuizados pela Recorrida.

Enfrentando execução fiscal que lhe foi dirigida pela ora Recorrente, nas instâncias originárias, por recolhimento a menor do Imposto sobre Serviços incidente sobre receita que auferiu em sua atividade, a Recorrida trouxe embargos em que sustentou, em resumo, tese jurídica segundo a qual **a base de cálculo do imposto municipal em causa seria o preço do serviço prestado porém deduzido de parcelas (salários dos**

temporários e respectivos encargos) que, embora efetivamente recebidas dos tomadores desses serviços, não compõem nem integram o referido preço, enquanto base impositiva do tributo em questão.

Argumentou, em seu pro, com a Lei nº 6.019, de 3.1.74, que dispõe sobre o trabalho temporário em empresas urbanas.

A esse posicionamento se opôs a Municipalidade-recorrente, argumentando, em contrário, com o entendimento de que **o tributo há de ser calculado sobre o total percebido do tomador dos serviços, vale dizer, sobre a receita bruta auferida pelo contribuinte como produto da atividade prestada e sem quaisquer deduções**, porque assim está na lei, ou seja, a teor do que prescrevem o artigo 9º do Decreto-lei nº 406/68 e a legislação local.

Sem provas, deu-se o sentenciamento que, nas duntas instâncias ordinárias, foi desfavorável à Municipalidade, sendo sufragado o entendimento de que à Recorrida foi permitido descontar, do total pago pelos tomadores, importâncias correspondentes à remuneração e encargos sociais relativos aos trabalhadores temporários que forneceu nos períodos alcançados pelas autuações fiscais.

Admissivelmente inconformada, foi a Municipalidade de São Paulo à Corte Estadual e assim, ao recurso de apelação manifestado pela ora Recorrente, sobreveio o v. acórdão de fls. 126, firmado no entendimento de que, embora a base de cálculo do ISS seja, realmente, o preço do serviço ou a receita bruta a ele correspondente, ainda assim *"a melhor exegese, em termos de justiça tributária, deve ser a efetuada nas contra-razões, pelo professor Bernardo Ribeiro de Moraes, com a ilação de que os salários e encargos sociais não se constituem em receita da intermediação e pertencem ao trabalhador, ao passo que os custos serão, por exemplo, o aluguel, salários dos empregados integrantes do quadro permanente, impostos, taxas, entre outros, utilizados, enfim, para o efetivo exercício da intermediação"*, e concluindo ser *"essa, data venia, a melhor interpretação da expressão "preço do serviço", que se constitui em base de cálculo do ISS"* (fls. 127).

Ora bem, a Lei Federal nº 6.019, de 1974, invocada pela própria Recorrida e que dispõe sobre o trabalho temporário prestado a empresas

urbanas, traz expresso em seu artigo 4º o conceito jurídico de **empresa de trabalho temporário** (no qual obviamente ela se inclui), assim definida:

“Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores devidamente qualificados, por ela remunerados e assistidos”.

Regulamentando referida lei, o Decreto nº 73.841, de 13.3.74, dispõe em seu artigo 16 que *“se considera trabalhador temporário aquele contratado por empresa de trabalho temporário para prestação de serviço destinado a atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de tarefas de outra empresa”*, consignando, no artigo 14, que **empresa tomadora de serviço** ou **cliente**, por sua vez, será *“a empresa física ou jurídica que, em virtude de necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou de acréscimo extraordinário de tarefas, **contrate locação de mão de obra com empresa de trabalho temporário**”*.

Pois bem, do quanto se extrai de tais definições, à Recorrida é que cabe **contratar, remunerar e assistir** os trabalhadores temporários cuja mão-de-obra irá fornecer às empresas **tomadoras de seus serviços**.

Logo, se a remuneração e a assistência desse trabalhador temporário devem correr, por força de lei, por conta da Recorrida, de modo algum e nem de longe se autoriza concluir que a mesma seja u´a *“mera depositária”* desses salários e encargos, que depois *“repassa”* a seus destinatários, tal como concluiu o v. acórdão recorrido, em manifesta e frontal contrariedade à dicção do artigo 4º da Lei nº 6.019, de 1.3.74, que **ordena** sejam aqueles trabalhadores remunerados e assistidos **por ela** e não pelas empresas tomadoras do serviço nem por ninguém mais!

Bem por isso, não será, a do v. acórdão guerreado, a melhor interpretação do que pode ou não integrar o preço do serviço enquanto base de cálculo para tributação pelo ISS municipal, uma vez que, como se viu pela regra do artigo 4º da Lei 6.019/94, que o mesmo vulnerou, a remuneração e a assistência devidas ao trabalhador temporário são **encargos legais e obrigatórios da empresa de trabalho temporário**, no caso a Recorrida.

Isto equivale a dizer que, muito ao contrário do que tem argumentado a ilustre parte adversa, tais encargos - porque legais e obrigatórios - **saem do patrimônio da Recorrida** para pagamento aos trabalhadores temporários **que são seus contratados**.

Assim, ao compor o preço pago pelos tomadores do serviço, o valor de tais encargos não pode ser desconsiderado como receita bruta integrante da base de cálculo do ISS, pela simples e boa razão de que, recebido pelo serviço prestado (vendido), tal valor vai se incorporar ao patrimônio da Recorrida a título de remuneração total pela atividade.

E se assim ocorre então não há razão jurídica que autorize concluir pela exclusão, desse valor, do montante sobre o qual vai incidir o tributo municipal em questão, devido em função da receita bruta auferida pelo prestador e paga pelo tomador, **sem deduções a não ser as legais**.

Considerando ser a Recorrida simples "depositária" das verbas salariais devidas aos trabalhadores temporários - que são seus contratados, repita-se - a ponto de admitir dedução desses valores da base imponible do ISS, evidente que o v. acórdão recorrido contrariou as disposições do artigo 4º da Lei 6.019/74: do dispositivo em questão decorre que a remuneração dos temporários é encargo próprio da Recorrida, que, ao receber dos tomadores o valor respectivo, incorpora-o ao seu patrimônio.

É receita de serviços da Recorrida, que por isso deve oferecer, à tributação pelo ISS, o valor correspondente!

Não é tudo.

Ao admitir deduções, não previstas expressamente na legislação tributária, da base de cálculo do ISS no presente caso, o v. acórdão atacado também contrariou o artigo 109 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

"Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários".

Pode o intérprete, portanto, sob a égide desse dispositivo, tomar de empréstimo ao direito privado a definição, o conteúdo e o alcance de

seus institutos, conceitos e formas, mas **não pode** fazê-lo para definir os **efeitos tributários** desses mesmos institutos, conceitos e formas.

Tendo em conta que a prestação de serviços mediante remuneração (que é o que interessa ao direito tributário) corresponde à compra e venda de bens imateriais mediante preço certo e ajustado, não se pode utilizar, para a definição dos **efeitos tributários** desse mesmo instituto (compra e venda de bens imateriais), a **mesma** definição de que se utiliza o direito privado.

Realmente e dentro do que desde logo interessa à controvérsia, o conceito de **preço do serviço** para fins e efeitos tributários só pode ser extraído da lei tributária que, especificamente para o caso, toma-o como base de cálculo do imposto de competência municipal (ISS), tal como dispõe o artigo 9º do Decreto-lei nº 406/68: *"a base de cálculo do imposto é o preço do serviço"*.

Em precioso e minudente estudo ("*ISS - O Preço e Valor do Serviço*", publicado na Resenha da Associação Brasileira de Direito Financeiro, vol. n. 14, mar/abr-86, pags. 3 a 9), **LUCIANO DA SILVA AMARO** demonstra que, sob o aspecto jurídico, preço do serviço é retribuição que as partes ajustam ou contratam, ou na assertiva bastante clara desse ilustre estudioso: *"é a retribuição que deve ser paga ao prestador do serviço"*.

Vai além o percuciente estudioso: *"se o preço é caro ou barato; se está abaixo ou acima do que, no mercado, se costuma cobrar - nada disso importa na definição do preço de certo serviço prestado: o preço do serviço é o que o usuário tiver que pagar ao prestador"* (ob. cit., p. 4).

Assim, diante desse primeiro argumento e já tendo em vista os efeitos tributários do conceito de "preço do serviço", cabe indagar: quando os tomadores dos serviços da Recorrida efetuam o pagamento do respectivo preço, sobre o qual ela deve recolher o ISS, **o que é que estão pagando?**

Uma alternativa de resposta será: não estão pagando **só** os custos do serviço, nem **só** os encargos e salários dos trabalhadores tem-

porários contratados pela Recorrida, assim como também não estão pagando só parte das despesas enfrentadas pela Recorrida para fornecer a mão de obra temporária que lhe foi solicitada, nem estão pagando só uma parte da remuneração à qual faz jus a Recorrida.

Como na verdade as tomadoras dos serviços da Recorrida estão pagando **tudo isso reunido num só valor**, a outra alternativa será responder que elas pagam **todo o preço do serviço**, já que nessa expressão estão englobados **todos** aqueles elementos integrantes da prestação do serviço contratado, **inclusive salários e encargos dos trabalhadores temporários!**

Se assim é, como admitir - a não ser incidindo em manifesto engano, como efetivamente incidiu o venerando aresto recorrido - que no **preço** que é pago à Recorrida pelos tomadores de seus serviços, não estejam incluídos também esses salários e encargos?

Já se viu que esses valores vão se incorporar ao patrimônio da recorrida e constituem, por isso, **receita de serviços**, não havendo justificativa razoável para excluí-la de tributação pelo ISS municipal, em uma dedução não prevista em lei.

Quanto às deduções, só a **lei** pode permití-las, não havendo um único dispositivo que autorize, direta ou indiretamente, frontal ou obliquamente, deduzir da base de cálculo do ISS, no caso em apreço, salários e encargos dos trabalhadores temporários contratados pela Recorrida.

É por isso mesmo que o artigo 9º do Decreto-lei nº 406/68, vulnerado pelo v. acórdão combatido, utiliza a expressão "**preço do serviço**" com o significado de **preço total** do serviço sem dedução alguma.

Sem embargo de ver na expressão acima, "preço total", um pleonismo, **BERNARDO RIBEIRO DE MORAES** ("*Doutrina e Prática do ISS*", Ed. RT, 1978, p. 519) ensina que "*o legislador utiliza a expressão 'preço do serviço', sem qualquer outro adjetivo e silenciando quanto a deduções permitidas. Evidentemente o legislador está dispondo sobre o preço bruto (sem dedução de qualquer parcela, mesmo a título de carreto ou imposto) e não líquido. O preço do serviço vem a ser, desta forma, a receita bruta que lhe corresponda, auferida pelo prestador do bem imaterial*".

Não antes de trazer à lembrança citação do Prof. RUBENS GOMES DE SOUZA (segundo o qual da receita bruta “*não se admite qualquer dedução*”), prossegue o eminente jurista, inclusive citando precedente do E. Tribunal a quo:

“Constituindo o preço do serviço a receita bruta do contribuinte, proveniente da respectiva prestação, vejamos, então, para melhor entendimento da matéria, alguns aspectos do conteúdo do preço do serviço. São os seguintes:

“a) ... omissis ... ;

*“b) no cômputo do preço do serviço se incluem inúmeros valores já considerados na sua formação normal, como produto do custo, **de outras despesas** e do lucro. Em qualquer preço existem esses três elementos: despesas de custo, correspondendo às saídas de numerário ou de valores da empresa para a aquisição de bens (matéria-prima ou serviços) necessários à execução da sua atividade; demais despesas, seja de vendas (comissões, embalagens, fretes, etc.), de administração (aluguéis, consumo de luz, conservação, seguro, ordenados, etc.), financeiras (juros passivos, cobrança de títulos, etc.) ou tributárias (cargas fiscais que oneram a atividade da empresa); e margem de lucro. Tais despesas são gastos que devem ser cobertos na computação do preço do serviço, além do lucro que objetiva a empresa. Segundo entendimento do E. Tribunal de Alçada de São Paulo (in RT 390/237): **“Preço, no conceito econômico 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”** (obra citada, p. 521/522; sem grifos no original).*

Ora, diante de tais ensinamentos, inclusive da jurisprudência do próprio E. Tribunal de origem, não se pode afastar a conclusão de que o preço do serviço, no caso da Recorrida, é **o total despendido pelos tomadores para dela obterem o serviço de fornecimento de mão-de-obra temporária.**

Já quanto aos salários e encargos sociais relativos aos trabalhadores temporários sem dúvida que, diversamente do que entendeu o v.

acórdão guerreado, não podem ser deduzidos da base de cálculo do ISS: a uma, porque inexistente previsão legal que autorize tais deduções; a duas, porque evidentemente são **“gastos que devem ser cobertos na computação do preço do serviço”**, nos exatos termos da doutrina retro e supra transcrita.

Evidenciada, destarte, pelo v. acórdão recorrido, a vulneração dos dispositivos legais referidos no corpo deste apelo, faz-se própria, adequada e pertinente a presente interposição, que merece e deve ser agasalhada.

Assim, por todo o exposto e pelo muito mais que a sabedoria e prudência da Douta Turma irá aditar à matéria aqui controvertida, confia e aguarda a Recorrente, serena, o provimento do presente recurso a fim de ser integralmente reformado o v. acórdão impugnado, decretando-se a improcedência dos embargos à execução interpostos pela Recorrida, como medida de estrita, tão confortadora e melhor

JUSTIÇA!

São Paulo, 3 de setembro de 1997.

JOSÉ RUBENS S. CAMPANA
Procurador do Município

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Judicial

*INFORMAÇÕES OFERECIDAS EM MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRADO CONTRA ATO ADMINISTRATIVO AUTORIZADOR DE
REFORMA COM ACRÉSCIMO DE ÁREA E MUDANÇA DE USO DE
EDIFICAÇÃO. LEGALIDADE DO ATO EM FACE DE LEI MUNICIPAL
ESPECÍFICA.*

Angélica Marques dos Santos
Procuradora do Município

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 12ª Vara da Fazenda Pública

Processo Nº 1295/97
Mandado de Segurança

O Presidente da CNLU - Comissão Normativa de Legislação Urbanística da Secretaria Municipal de Planejamento, o Diretor de Divisão Técnica de APROV-5, da Secretaria Municipal de Habitação e a Municipalidade de São Paulo, esta por sua procuradora, requerendo seu ingresso, na qualidade de assistente litisconsorcial passiva, nos autos do Mandado

de Segurança em epígrafe, impetrado por Ettore Antonio Fuzetti, vêm à presença de Vossa Excelência, respeitosamente, apresentar as INFORMAÇÕES seguintes:

DO PEDIDO

O Impetrante, na qualidade de proprietário de imóvel e morador na Rua Engenheiro Isaac Milder, no bairro do Real Parque, nesta Capital, impetra a presente segurança contra os atos que autorizaram a reforma com acréscimo de área e a mudança de uso de edificação localizada no nº 355 dessa mesma rua.

No local em questão, onde já existe edificação até há pouco tempo ocupada por escritórios de uma instituição financeira, os novos proprietários, dentre eles o Secretário de Governo da Prefeitura de São Paulo, vêm realizando reforma com aumento da área edificada para a instalação de um estabelecimento de ensino superior, provavelmente, das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU, da qual também é proprietário o referido Secretário.

Para tanto foi autorizada pela Administração municipal, através das autoridades ora impetradas, a reforma com acréscimo de área bem como a alteração da categoria de uso do referido imóvel, de **S2.1** (escritório) para **E3.1**. (faculdade).

Ainda, segundo diz, as reformas tiveram início antes da concessão dos alvarás de aprovação e execução e vêm sendo realizadas, desde então, sem placas indicativas da existência das obras, do engenheiro responsável, do número e data do alvará etc, o que foi objeto de denúncia perante a Administração Regional do Butantã, por parte do Impetrante, sem que lograsse, até agora, qualquer resposta.

Afirma que tanto a reforma como a alteração do uso autorizadas são ilegais porque afrontam as leis municipais nº. 9.049/80, art. 24 (com a redação alterada pela lei nº 9.411/81) e nº 10.015/85, art. 4º.

Ademais, a **CNLU** - Comissão Normativa de Legislação Urbanística, presidida por um dos impetrados e que deliberou pelo deferimento dos

pedidos mediante o Pronunciamento SEMPLA.CNLU/857/97, de 26 de junho de 1997, não tem competência legal para deliberar e aprovar projetos ou conceder mudanças de uso.

Faz, também, juntar à petição inicial, parecer do advogado Walter Ceneviva, com análise jurídica da situação exposta, acrescentando que os atos assacados, ademais, afrontam os princípios constitucionais da independência e harmonia dos Poderes, da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, além de atingir normas relativas ao direito de vizinhança, tal como o mau uso da propriedade, a perturbação do sossego, da saúde etc.

O cometimento de tão graves e aberrantes ilegalidades é atribuído pelo Impetrante e pelo parecerista ao fato de o interessado no deferimento dos pedidos e proprietário do imóvel e da instituição de ensino ser o Secretário Municipal de Governo, detentor de poderes como o de nomear e exonerar servidores para cargos de provimento efetivo e em comissão, autorizar substituições para cargos e funções etc, o que seria fator de intimidação não apenas para os impetrados como para todos os servidores pelas mãos dos quais passou o processo respectivo, o qual, segundo Impetrante e parecerista, teve tramitação *record* de aproximadamente 90 (noventa) dias.

Aponta, por fim, que a instalação, no local, de uma faculdade, trará a si e a todos os vizinhos prejuízos irreversíveis e irreparáveis, com o comprometimento definitivo da segurança física, da saúde, do sossego e do bem-estar de todos, além de sensível diminuição do valor patrimonial dos imóveis.

Pede, liminarmente, a sustação dos efeitos dos alvarás concedidos, com a conseqüente paralisação das reformas e, ao final, a declaração de nulidade dos respectivos atos autorizatórios.

O feito processa-se com liminar.

Razão nenhuma, contudo, assiste ao Impetrante, como a seguir se demonstrará.



P R E L I M I N A R M E N T E
DA CARÊNCIA DA SEGURANÇA

Como define a lei federal nº 1.533/51, mandado de segurança é processo especial cujo cabimento é somente possível quando da ocorrência concomitante, de um lado, de um ato - ou omissão - ilegal de autoridade e, do outro, de um direito líquido e certo atingido por esse mesmo ato.

Dada a especialidade, também, do seu procedimento, caracterizado pela celeridade, tanto um quanto o outro - o ato ilegal como o direito líquido e certo - devem ser cabal e inequivocamente demonstrados de plano, já que o processo não comporta dilação probatória ou outra oportunidade para a manifestação das partes além da petição inicial e das informações da autoridade.

Contudo, no caso presente, o autor da segurança faz uma série de afirmações sem qualquer embasamento probatório.

Levianamente assaca a servidores municipais terem agido ou se omitido por temor reverencial - no mínimo - sem apresentar sequer indícios para tal e sem consideração aos motivos de ordem técnica e jurídica que os levaram aos entendimentos aqui combatidos.

Os atos neste *mandamus* apontados como coatores foram precedidos, todos, de fundamentação legal, basicamente na lei nº 8.211/75, que por ocasião do mérito será minudentemente examinada.

A discordância com tal parâmetro legal é plenamente possível - embora não correta. O que não se pode admitir, todavia, é que por não concordar ou não compreender a legislação que envolve a matéria, possa o Impetrante concluir que os atos foram cometidos por influência, ainda que indireta, de um dos interessados, que é Secretário Municipal.

Se essa for a conclusão lógica para a razão de qualquer deferimento administrativo em favor de munícipe ocupante de cargo ou função pública, é forçoso admitir que tal raciocínio está tão contaminado pelo desrespeito

ao princípio da isonomia, como o que o Impetrante pensa combater na presente ação.

A alteração de uso de imóveis e o acréscimo de área construída para fins de instalação ou ampliação de instituições de ensino de nível superior, com base na lei nº 8.211/75, vem sendo autorizada nos moldes da aqui tratada **há mais de 20 (vinte) anos**, ou seja, desde a publicação da lei em 1975, tendo beneficiado instituições como a Faculdade de Direito do Largo São Francisco, da USP, a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, a Fundação Getúlio Vargas - FGV, a Organização Santamarense de Educação e Cultura - OSEC, dentre outras, cujas autorizações e respectivos alvarás são ora juntados por cópia.

Também há, por parte do Impetrante, afirmações acerca das reformas que vêm sendo efetuadas no edifício da Rua Engenheiro Isaac Milder 355. Diz que tiveram início antes da aprovação do projeto e expedição do respectivo alvará, mas não o prova. Afirma que as obras vêm se desenvolvendo "clandestinamente", sem placas alusivas ao número do alvará, ao Engenheiro responsável etc e, novamente, não traz qualquer prova a respeito, como fotos, por exemplo.

Ainda, por conta de afirmações maliciosas, o impetrante informa que denunciou a "clandestinidade da obra" à Administração Regional do Butantã no mês de junho passado, não tendo, até o momento, recebido qualquer resposta. Omite o Impetrante, no entanto, que apresentou àquela Administração Regional verdadeiro interrogatório, abrangendo matéria não certificável. Ademais, até o momento da impetração deste *mandamus* (24 de outubro de 1997), aquela Regional levou pouco mais de 90 (noventa) dias para oferecer resposta, prazo esse, paradoxalmente, considerado célere demais para o atendimento do requerimento do Secretário de Governo.

Mais adiante, ao insistir na inexistente ilegalidade dos atos aqui discutidos, menciona a lei municipal nº 10.015/85, cujo art. 4º exige largura mínima de 12,00 (doze) metros para as vias de circulação fronteiriças aos lotes de uso E3, dentre outros. Afirma, em seguida, que a Rua Engº. Isaac Milder e as demais, do entorno dessa, não chegam a atingir largura de 10,00 (dez) metros, sem apresentar plantas, ou qualquer outra forma de prova.

Ainda no tocante às dimensões da via de acesso e ao acréscimo de área construída, o Impetrante faz digressão acerca da impossibilidade de observância da supra mencionada lei em relação ao recuo mínimo exigido, dadas a dimensão do terreno - 40,00 (quarenta) metros - e a edificação nele já existente, que inviabilizam tal recuo...

Ora, tais assertivas, além de requererem comprovação documental, o que não ocorreu, pois não vieram elas acompanhadas da petição inicial, exigem, também, laudo de perícia técnica, cuja realização é incompatível com o processo especial do mandado de segurança. Ainda, acresça-se, à falta dessas provas, ao prudente juiz facultaria supri-las - para embasar um provimento da relevância de uma liminar - mediante inspeção judicial, o que, todavia, também se afigura descabido em processo mandamental.

Por outro lado, também não foi possível vislumbrar qual o direito líquido e certo que o Impetrante pretende protegido por este *mandamus*.

Apenas diz que a instalação da faculdade no local lhe trará prejuízos irreparáveis, assim como aos seus vizinhos, perturbará o sossego, prejudicará a sua saúde, sua segurança física e causará sensível diminuição do valor do seu imóvel.

Não há nenhum indício de desvalorização do imóvel do Impetrante ou de risco à sua saúde e segurança física direta ou indiretamente causados pelos atos coatores, parecendo, tais "direitos", por demais genéricos e passíveis de invocação por qualquer morador da cidade de São Paulo, nas condições atuais.

O que se quer dizer é que não há, aqui, nenhum direito líquido e certo mas apenas expectativa, probabilidade, eventualidade, que pode ou não vir a se concretizar e que, se vier a sê-lo, dependerá de comprovação e mensuração por prova que, novamente, o mandado de segurança não comporta.

É o que se conclui da sempre oportuna lição de **HELLY LOPES MEIRELLES**, em seu *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, (...)*:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (...)

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. (Ed. Malheiros, 17ª ed., 1996, SP, p. 28 e 29).

Não foram trazidos para estes autos elementos suficientes para que o d. julgador possa declarar com certeza a existência ou não de direito líquido e certo do Impetrante e, conseqüentemente, para conceder ou denegar a segurança pleiteada.

Noutras palavras, não demonstrou, o Impetrante, possuir as condições específicas para obter uma sentença de mérito neste mandado de segurança, dadas as deficiências probatórias tanto do que alegou ser ato ilegal da autoridade, como do que invocou como direito líquido e certo seu.

A jurisprudência, nesse sentido, é pacífica, podendo ser exemplificada com os seguintes julgados coligidos por **THEOTÔNIO NEGRÃO**, em seu *Código de Processo Civil* anotado:

Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano (RSTJ 4/1, 427, 27/140), por documento inequívoco (RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169), e independentemente de exame técnico (RTFR 160/329). É necessário que o pedido seja apoiado "em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de

provas" (RTJ 124/948; neste sentido: STJ-RT 676/187). Não se admite a comprovação "a posteriori" do alegado na inicial (RJTJESP 112/225); "com a inicial, deve o impetrante fazer prova indiscutível, completa e transparente de seu direito líquido e certo. Não é possível trabalhar à base de presunções" (STJ-2ª Turma, RMS 929-SE, rel. Min. José de Jesus Filho, j. 20.5.91, negaram provimento, v.u., DJU 24.6.91, p. 8.623, 2ª col. em.). (...)

Descabe mandado de segurança para postulação baseada em fato a demandar dilação probatória (RSTJ 55/325). (...)

Fundando-se o mandado de segurança em direito líquido e certo, que pressupõe incidência de regra jurídica sobre fatos incontrovertidos, a necessidade de dilação probatória para acertamento dos fatos sobre os quais se assenta a pretensão impõe a denegação da segurança (STJ-4ª Turma, RMS 3.529-8-PA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 3.5.94, negaram provimento, v.u., DJU 30.5.94, p. 13.484, 2ª col. em.). (in op. cit., 26ª ed., p. 1.117, nota 26 ao art. 1º da lei nº 1.533/51 - grifou-se).

Dessa forma, ausentes as condições específicas para a ação de mandado de segurança, descritas no art. 1º, caput, da lei nº 1.533/51, Impetrados e Municipalidade requerem a extinção do processo, sem conhecimento do mérito, na forma do art. 267, VI do Código de Processo Civil, com a condenação do Impetrante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

DO MÉRITO

Em respeito ao princípio da eventualidade, passa-se ao mérito, no qual o Impetrante não tem, novamente, razão alguma.

Diversamente do arrazoado da petição inicial, a lei permite, sim, a mudança de uso do imóvel da Rua Engº. Isaac Milder nº 355 para a categoria E3, bem como o acréscimo de área que se fez necessário, e tudo por deliberação da Comissão Normativa de Legislação Urbanística - CNLU, da Secretaria Municipal de Planejamento - SEMPLA.

Com efeito, a Rua Engº. Isaac Milder, como é incontroverso, é área pertencente à categoria Z8-CR5, o que quer dizer que se trata de uma

área com características de **Z8**, ou seja, de uso misto especial, e que é um corredor, o que significa ser um vetor de indução de crescimento da cidade, definido por um perímetro. Em suma, **Z8-CR5** representa tratar-se, a rua, de um corredor especial de uso misto.

Embora tratando-se de um corredor que, como visto, apenas indica um vetor de indução de crescimento, a área em questão é, fundamentalmente, **Z8**, ou seja, de uso especial misto e como tal deve ser legalmente tratada.

De se acrescentar que tal zona de uso foi criada pelo art. 19 da lei nº 7.805/72.

Ora, a par da legislação genérica acerca de parcelamento, uso e ocupação do solo do município de São Paulo, na qual se incluem as leis nºs 9.049/81 (com a redação alterada pela lei nº 9.411/81) e 10.015/85, que embasam a tese do Impetrante, a Administração trabalha com três **leis especiais** que regem, respectivamente, o incentivo à instalação de hospitais (lei nº 8.076/74), de estabelecimentos hoteleiros e de turismo (lei nº 8.006/74) e de **escolas**, que é a aqui discutida lei nº 8.211/75.

Trata-se, como dito, de lei especial, cujo escopo é incentivar a implantação de escolas de todos os graus, através de exceções que permitam, nas hipóteses e condições estritamente gizadas pela própria lei, a sua instalação em áreas onde geralmente seu uso não seria previsto.

Tanto é assim que referida lei fixa critérios próprios e específicos para escolas, diferenciados da zona de uso em que se localizam ou venham a se estabelecer. O cotejo do Quadro único da lei nº 8.211/75 com os Quadros Anexos à lei nº 8.001/73 evidencia a diversidade das exigências quando cuida de escolas e quando dos demais usos institucionais, ainda que estejam localizados numa mesma zona de uso.

É o caso, por exemplo, das escolas de educação infantil, cuja implantação é excepcionalmente autorizada pela lei nº 8.211/75 em zonas **Z-1**, de ocupação estritamente residencial.

Releva destacar que se trata de exceção criada por lei, ou seja, mediante o devido processo legislativo, pela Câmara Municipal de São Paulo, no exercício de indiscutível competência constitucional.

Como lei especial que é, em seu artigo 11 dispôs o seguinte:

Art. 11 - A aplicação dos benefícios desta lei às zonas de uso especial Z8 fica a critério da Comissão de Zoneamento da Coordenadoria-Geral de Planejamento - COGEP.

A Comissão de Zoneamento da Coordenadoria Geral de Planejamento - COGEP, por força da lei nº 10.676/88, como diz a inicial, teve sua denominação alterada para Comissão Normativa de Legislação Urbanística - CNLU, que incorporou a competência legal daquela antiga Comissão, conforme o art. 20, *caput*, dessa mesma lei.

A lei nº 9.841/85, por sua vez, estabelecia a competência da Comissão de Zoneamento - à qual a CNLU veio suceder - nos seguintes termos:

Art. 2º - A Comissão de Zoneamento - CZ terá a atribuição de órgão normativo e consultivo sobre a Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo, cabendo-lhe:

V) - Appreciar a localização e fixação de condições próprias para implantação de usos, nos casos específicos previstos na legislação;

Ora, um dos casos previstos na legislação é o do art. 11 da lei nº 8.211/75, como se demonstrou acima.

Por isso, diversamente do que sugere o Impetrante, a CNLU é o órgão legalmente competente para apreciar e deliberar sobre a concessão dos benefícios da lei nº 8.211/75 para imóvel localizado em área Z8, na qual se inclui a modalidade CR5.

Um segundo ponto a ser considerado é o de que essa lei foi criada há mais de 20 (vinte) anos. Portanto, a terminologia que adota não é necessariamente a mesma ora em voga e com essa reserva deve ter interpretados os seus termos.

A menção, no *caput* do art. 1º da lei 8.211/75, a "estabelecimentos de ensino pertencentes ao sistema educacional do Estado de São Paulo"

não pode ser compreendida com a limitação de sentido, *data venia*, infundada, que lhe deu o Impetrante.

Com efeito, há que se considerar a *mens legis* e, repita-se, a linguagem da época em que foi elaborada a lei.

Daí ter, essa expressão, o sentido de estabelecimentos de ensino oficial do Estado de São Paulo. Ou seja, visou a lei beneficiar a implantação de instituições de ensino reconhecidas, regradas por um *curriculum* mínimo oficial, sujeitas ao Conselho Estadual de Educação, aí incluídas as públicas e as particulares.

Noutras palavras, a lei pretendeu atender a instituições oficiais vinculadas ao sistema educacional e não escolas ou cursos esparsos, abertos e meramente suplementares e parciais, tais como escolas de línguas, de esportes, de artes etc.

O frágil argumento do Impetrante, sobre estarem excluídas da hipótese legal as escolas de nível superior, de 3º grau, cai por terra ante o teor da exposição de motivos da lei nº 8.211/75, que ora se anexa, que a certa altura traduz a *mens legis* da seguinte forma:

Para os estabelecimentos de ensino acima do 2º grau, a preocupação maior foi a de permitir uma racional utilização de seus imóveis, para melhor absorver a crescente demanda existente. (grifou-se).

Ademais, o *caput* do art. 1º da lei nº 8.211/75 faz expressa menção, dentre outros, à categoria de uso **E3**, na qual está incluída a subcategoria **E3.1.**, especificamente designativa de ocupação por faculdades e universidades, consoante o Quadro anexo ao decreto nº 17.494/81, regulamentador da lei nº 8.001/73.

Portanto, estão abrangidos pela lei os estabelecimentos de ensino de nível superior privado, e tanto os pré-existentes à lei como os posteriores, não tendo ficado compreendido, nesse ponto, o argumento do Impetrante.

Não fosse esse entendimento, não teria sido possível a aplicação da lei nº 8.211/75 nos últimos vinte e dois anos e, conseqüentemente, também não teria sido possível a ampliação de instalações como a da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, cujo prédio novo e estacionamento, bem como a passarela de ligação com o edifício antigo, foram construções autorizadas com base na referida lei, assim como obras de ampliação de prédio e estacionamento da PUC de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas e outras, como comprovam os documentos anexos.

No tocante à assertiva da petição inicial de que a área em exame, tratando-se de zona de uso **Z8-CR5** linceira a **Z2**, deveria ter tratamento de **Z-17**, como preceitua o art. 24 da lei nº 9.049/80, com a redação dada pela lei nº 9.411/81, tem-se que tal entendimento resulta de exegese superficial, que dispensou a essencial análise sistemática da legislação aplicável.

De fato, como já dito, a lei nº 8.211/75 é lei especial, que disciplina exceções à regra geral de zoneamento urbano em face do interesse público contido no incentivo à instalação de instituições de ensino.

As leis nº 9.049/80, 9.411/81 e 10.015/85, mencionadas pelo Impetrante, são leis de caráter genérico, de aplicação para hipóteses não especificamente excetadas por lei especial, como a lei de escolas.

Ademais, não há conflito senão aparente entre ambas as leis, especial e genérica, já que essa última, ao estabelecer que zonas **Z8CR-5** linceiras a **Z-2** terão tratamento de **Z-17**, não está, como equivocadamente supõe o Impetrante, alterando a zona de uso local de **Z-8** para **Z-17**.

Ao contrário, permanece ela como **Z-8**, portanto admitindo a categoria de uso **E3**, apenas com as restrições de taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, recuo e gabarito próprios de **Z-17**.

Repita-se, não foi mudada a zona de uso, que permanece **Z-8**, apenas com as referidas restrições de **Z-17**.

Nem se argumente que, por se tratar de leis de um mesmo plano hierárquico, a lei nº 9.049/80, com sua redação atual, por ser posterior à de nº 8.211/75, teria revogado esta última.

No caso em tela, como já sugerido, o critério adequado para a interpretação de tais leis e para a solução do aparente conflito que apresentam, não é o critério cronológico e sim o da especialidade, já que se tratam, ambas, de diplomas normativos com disposições diferentes, a primeira de caráter especial e a segunda, genérico.

Essa é a regra contida no art. 2º, p. 2º do Decreto-Lei nº 4.657/42 - Lei de Introdução ao Código Civil, assim redigido:

Art. 2º -
§ 2º - *A lei nova, que estabeleça disposições gerais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.*

Ao estudar as antinomias aparentes, como a aqui tratada, a Profª **MARIA HELENA DINIZ**, em sua obra *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, Ed. Saraiva, 1994, SP, ensina:

A antinomia aparente se dará se os critérios para solucioná-la forem normas integrantes do ordenamento jurídico. Realmente, os critérios hierárquico, cronológico e de especialidade, são critérios normativos, princípios jurídico-positivos pressupostos implícita ou explicitamente pela lei, apesar de se aproximarem muito das presunções. (op. cit., p. 69).

Analisando o critério cronológico para a solução de aparente conflito de normas, ensina a mesma Professora que não pode, o princípio representado pela máxima *lex posterior derogat legi priori*, ser elevado "à categoria de axioma absoluto, porque a experiência demonstra que pode ser deixado de lado a se contrariar certas considerações", dentre as quais, "***se houver inconsistência de norma especial anterior e norma geral posterior, a lex specialis pode, conforme o caso, prevalecer sobre a lex posterior*** (p.71).

E, mais adiante, ao tratar do estudo do critério da especialidade propriamente dito, professa a Drª **MARIA HELENA DINIZ**:

A mera justaposição de disposições legais, gerais ou especiais, a normas existentes não terá o condão de afetá-las. (...) A disposição

especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela se referir alterando-a explicita ou implicitamente. Para que haja revogação, será preciso que a disposição nova, geral ou especial, modifique expressa ou insitamente a antiga, dispondo sobre a mesma matéria diversamente. (...)

Observa, a esse respeito, Paulo de Lacerda que: "A revogação tácita dar-se-á apenas no caso da disposição especial se referir ao assunto de outra lei, alterando-o implicitamente. A falta de referência clara à própria disposição geral ou ao seu assunto, desautoriza a suposição da revogação por incompatibilidade entre as duas leis, já que o sistema da legislação era regular o assunto de dois pontos de vista diferentes, mirando cada qual o seu objetivo próprio, um restrito e especial, e outro amplo e geral". (op. cit., p.72/73 - grifou-se).

No caso presente avulta clara a compatibilidade de ambas as normas - a mencionada pelo Impetrante e a de nº 8.211/75 - bem como a prevalência dessa última, que dispõe especificamente sobre a implantação de escolas, com clara autorização, em seu art. 11, da instalação de estabelecimentos de ensino em zonas de uso **Z-8**, a critério da Comissão de SEMPLA, hoje denominada CNLU.

Nesse passo é importante destacar que a lei em questão não contém nenhuma delegação de atribuição própria do Poder Legislativo municipal para o Poder Executivo, como quer o Impetrante, o que a tornaria incompatível e não recepcionada pelo sistema constitucional vigente.

Basta ler a referida lei para verificar que ela não delegou ao Poder Executivo a atribuição de dispor ou mudar zonas de uso além dos limites legais, nela mesma contidos. O Poder Legislativo municipal não passou um "cheque em branco" para o Executivo em condenável afronta ao princípio da independência e harmonia dos Poderes.

Ao contrário, foi a própria lei nº 8.211/75, através do seu art. 11, que autorizou a implantação de escolas em zonas de uso **Z-8**.

Autorizou, não impôs.

Para tanto e dada a dinâmica de crescimento da cidade, conferiu ao Poder Executivo, através da CNLU, a análise discricionária da conveniência e oportunidade da implantação de escolas em áreas de **Z-8**, caso a caso.

Trata-se, portanto, de exercício de atribuição discricionária do Poder Executivo outorgada e limitada pelos próprios termos da lei e não de delegação de atribuições de um Poder ao outro, enquadramento esse, *in casu*, de difícil compreensão sem o sacrifício do conceito de atribuição discricionária do administrador público.

De se destacar, por outro lado, que cuidou a lei de deixar tal juízo discricionário não apenas a cargo de um administrador público, mas de uma comissão - a CNLU - de **composição mista**, ou seja, integrada não somente por representantes da administração, como da sociedade civil, como se pode verificar na anexa cópia do seu Regimento Interno.

De fato, dentre outros, compõem a CNLU, um representante do Instituto de Engenharia de São Paulo, um do Instituto dos Arquitetos do Brasil, representante do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos, um representante do Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis de São Paulo, um representante da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e um representante do Conselho Coordenador das Associações de Moradores.

Por fim, no tocante às demais inconstitucionalidades dos atos ditos coatores, apontadas na inicial e no parecer a ela anexado, não foi possível compreender o porquê entende o Impetrante ter sido afetado o princípio da publicidade dos atos administrativos se ele mesmo pôde - no seu entender - instruir satisfatoriamente a propositura no tocante aos documentos produzidos pelos Impetrados.

As demais questões e fatos apontados, como visto, carecem da necessária e imprescindível comprovação, já que eleita a via processual do mandado de segurança.

Informa-se, ainda, que o deferimento dos pedidos dos proprietários do prédio da Rua Eng^o. Isaac Milder 355, dentre eles o Secretário de Governo Municipal, cuja celeridade tanta espécie causou, foi protocolado no dia 18 de abril de 1997 e o seu deferimento, publicado no dia 21 de agosto de 1997, ou seja, **quatro** meses depois.

A aqui também discutida competência da Secretaria de Planejamento - SEMPLA, para a análise e deliberação de casos como o presente, vem prevista no Quadro 4-A, anexo à lei nº 8.001/73, relativo aos seus artigos 30 e 49, que confere àquela Secretaria a atribuição da análise técnica e da definição do número de vagas para usos E.3..

As questões, por fim, atinentes ao mau uso da propriedade, a par de não constituírem fato atual, comprovado ou comprovável neste processo, não foram suficientemente definidas pelo Impetrante a ponto de afetar as ressalvas do art. 572 do Código Civil, especialmente em relação aos regulamentos administrativos, cuja adequação já foi suficientemente demonstrada nestas informações.

Diante do exposto e provado, Impetrados e Municipalidade de São Paulo aguardam e requerem seja o presente processo declarado extinto, sem julgamento do mérito ou, se conhecido esse, seja julgada improcedente a ação, com a denegação da segurança e conseqüente revogação da medida liminar, e com a condenação do autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Termos em que,
P. Deferimento.

São Paulo, 17 de novembro de 1997.

GILBERTO CASSAB
PRESIDENTE DA COMISSÃO NORMATIVA
DE LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA - CNLU

JORGE CHEIBUB FILHO
DIRETOR DO DEPARTAMENTO TÉCNICO
SEHAB-APROV.G.

ANGÉLICA MARQUES DOS SANTOS
Procuradora do Município de São Paulo
OAB/SP 79.945

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Patrimonial

*MEMORIAL DA MUNICIPALIDADE EM AÇÃO REIVINDICATÓRIA.
DOMÍNIO PÚBLICO SOBRE ANTIGO LEITO DO RIO TIETÊ E FAIXA
RESERVADA. LEI 1.507 DE 1.887 E CONCESSÃO MEDINA.
RETIFICAÇÃO DO LEITO DO RIO E DESAPROPRIAÇÃO;
DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DE PRÉVIA
INDENIZAÇÃO. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE BEM PÚBLICO DOMINIAL.
INDENIZAÇÃO NECESSÁRIA.*

Marcos Brandão Whitaker
Procurador do Município

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 11^a Vara da Fazenda Pública

Processo nº 87/90

Ação Reivindicatória

A Municipalidade de São Paulo, por seu procurador infra-assinado, nos autos da ação em epígrafe promovida em face da Transportes Pesados Citrama Ltda., vem apresentar o seu memorial, cujas razões seguem em anexo, e requerer seja deferida a sua juntada aos autos para regular apreciação deste R. Juízo, na forma legal.

P. Deferimento

São Paulo, 13 de março de 1.997

MARCOS BRANDÃO WHITAKER
Procurador Municipal - Patr 21
OAB/SP Nº 86.999

Pela autora

Municipalidade de São Paulo

Cuida-se de ação reivindicatória promovida pela Urbe, objetivando a obtenção de posse de uma gleba de terra de sua propriedade localizada na Rua Nestor de Holanda, bairro de Vila Maria, com 17.819,00 m² de área total, ilicitamente ocupada pela Transportes Pesados Citrama Ltda.

Referida propriedade tem natureza pública, visto consistir em Antigo Leito do Rio Tietê e respectiva faixa reservada, e, por força do disposto nos artigos 26 e 27 do Código de Águas, são considerados bens dominiais.

Citada, a Ré ofertou a defesa de fls. 31/33, aduzindo, em preliminar, pleito de denúncia a lide do vendedor do bem ora reivindicando, a empresa Manoel Ambrósio Filho S/A Ind. e Com., o que foi acolhido por este Juízo.

Esta sociedade, por sua vez, após a citação, igualmente, denunciou a lide o vendedor da área *sub judice*, o Sr. Jarbas Batista de Oliveira (fls. 61/62), o que foi deferido.

Já o denunciado em causa, ao apresentar a sua defesa de fls. 83/93, também pugnou pela denúncia a lide da empresa que lhe alienou o bem em causa, a Companhia Melhoramentos Kiaja, e, de fundo, asseverou que a gleba de terra reivindicanda pertence ao domínio particular, decorrente de concessão havida pelo Governo Provisório, ocorrida no século passado, em favor do Banco Evolucionista, não se subsumindo a espécie às disposições enxertadas no Código de Águas.

Por derradeiro, a Cia. de Melhoramentos e Urbanização Kiaja, na qualidade de sucessora do Banco Evolucionista, apresentou a contestação de fls. 264/278, alegando, em apertada síntese, que, em decorrência do disposto no artigo 11 do Cód. de Águas, não pode ser considerada pública a faixa de terra sob litígio, mas sim particular, posto que possuía "*título legítimo*".

Aduziu, ainda, que, na qualidade de sucessora do Banco Evolucionista, foi subrogada nos direitos oriundos da Concessão Medina, ocorrida em 14 de outubro de 1.890, onde o Governo Provisório, no intuito de facilitar o povoamento de suas terras, concedeu área correspondente a 50.000 hectares de terras devolutas, numa faixa de 13.200 metros de cada lado do Rio Tietê.

Esclarece, ainda, que foi efetuada a demarcação das terras objeto da concessão, tendo sido apresentadas reclamações por parte da Câmara Municipal, de José Antônio Leite e da Companhia Predial, que, *a posteriori*, foram rejeitadas pelo Presidente do Estado de São Paulo, que houve por bem expedir o título de propriedade competente.

Menciona, igualmente, a contestante, que a Câmara Municipal ofertou medida judicial de manutenção de posse sobre a gleba em causa, que, ao final, foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, através do acórdão nº 111, de 28 de abril de 1.897.

Faz referência, ainda, a litisdenunciada, à decisão prolatada pela Excelsa Corte, em ação reivindicatória promovida pela Câmara Municipal paulistana, que novamente reconheceu a dominialidade e validade da concessão outrora ocorrida (Acórdão de 20 de setembro de 1.935 - RT 59/589), razão pela qual pretende seja afastada a pretensão inauguralmente deduzida, com a condenação da Urbe no ônus sucumbencial.

Aponta, também, a contestação acima indicada, o descabimento do pleito vestibular pelo fato de que a REQUERENTE se apóia em título abstrato, e ainda porque não há a perfeita individuação da coisa vindicanda.

Por derradeiro, acentua a defesa ora enfocada que a AUTORA não demonstrou a ocorrência de desapropriação aos proprietários dos

terrenos aonde o novo leito do Rio Tietê iria transcorrer, sendo, destarte, inaplicável o disposto no artigo 27 do Código de Águas, e deste modo, acaso se considere o título (Concessão Medina) ilegítimo, caberia à Ré litisdenunciada o direito à percepção de indenização.

DO DESCABIMENTO DAS DEFESAS OFERTADAS

Absurdas e equivocadas as argumentações enxertadas nas diversas contestações apresentadas, razão pela qual merecem pronta repulsa deste MM. Juízo, que, a final, deverá acolher integralmente o pedido inaugural, consoante se demonstrará a seguir.

ANTIGO LEITO E FAIXA RESERVADA SÃO BENS MUNICIPAIS

A impugnação à pretensão inaugural tem como principal linha de argumentação a suposta transferência, ocorrida através da referida Concessão Medina, das margens e álveo do Rio Tietê, com o seu traçado original, ao domínio particular, isto na data de 14 de outubro de 1890.

Menciona, ainda, a defesa oferecida, diversos acórdãos reconhecendo claramente a validade e eficácia da aludida Concessão, e que, portanto, há mais de 100 (cem) anos tais glebas não pertencem ao Poder Público.

De fato, primeiramente, cabe explicar que, de acordo com a prova técnica produzida, ficou evidenciado que a nesga de terra vindicada está englobada dentro da área abrangida pela Concessão Medina.

Assim, importante aduzir que o enfoque a ser tratado nesta lide se resume ao seguinte ponto: saber se, de fato, a indigitada Concessão Medina transferiu a dominialidade do leito do Rio Tietê e sua respectiva faixa reservada ao particular.

A resposta à indagação acima é negativa, já que não houve a concessão legítima das terras que envolviam o trecho do Antigo Leito do Rio Tietê até 1.867 e 1.868, anos em que se promulgaram respectivamente a Lei nº 1.507 e o Decreto nº 4.105.

CONCESSÃO MEDINA NÃO TRANSFERIU DOMÍNIO DO ÁLVEO E FAIXA RESERVADA

Isto porque referidas normas legais estatuíram que, se até a data de sua publicação, não tivesse havido a concessão legítima das margens reservadas dos rios, estas ficariam reservadas para a servidão pública.

É o que dispõe taxativamente o artigo 39 da Lei nº 1.507, de 26 de setembro de 1.867, ao acentuar que:

“Art. 39. Fica reservada para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, fora do alcance das marés, salvas as concessões legítimas feitas até a data da publicação da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior, ...”

Assim, considerando que a Concessão Medina data de 1.890, ou seja, foi pactuada muitos anos após a Lei mencionada que instituiu o domínio público sobre as margens e o álveo dos rios navegáveis, como o é o Rio Tietê, impõe-se concluir que a indigitada Concessão não poderia ter englobado bens já tidos como dominiais.

Deveras, a Indigitada Concessão Medina, por ter ocorrido posteriormente a 1.867, ano em que se promulgou a Lei nº 1.507, só poderia ter transmitido o domínio útil e não o domínio pleno do leito do Rio Tietê e sua respectiva faixa reservada, já que tais glebas, por força da norma legal acima apontada, passaram a ser considerados bens públicos de uso comum do povo.

Tal posicionamento é adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 10.042 (DOC. ANEXO nº 1), relatado pelo Ilustre Ministro Lauro de Camargo, que, por sua vez, embasou-se nos ensinamentos de LAFAYETTE, consoante evidencia o trecho abaixo transcrito:

“Só a concessão, preexistente à legislação de 1867, e que a ela se refere, é que poderia fazer a transferência, isso mesmo limitada. Mas, de salientar é que a própria sentença, baseada na perícia

realizada, reconheceu o seguinte: 'é certo que a autora não possui, por si só ou seus antecessores, nenhuma concessão...'
Impraticável, pois, a transferência do domínio pleno ao particular. Diz-se, entretanto, que Lafayette se refere a título legítimo para o domínio privado, como a esse domínio também se referem textos constitucionais e de leis ordinárias.
Bem de ver, porém, que, tratando-se de bens públicos, o título deve provir do poder competente, ou seja o poder público. Lafayette faz mesmo referência à enfiteuse.
E a transmissão, por via da concessão, diria então respeito ao domínio útil, conservando o concedente o domínio direto, por intransferível.
Alusão, portanto, ao aforamento e não à plena transferência do domínio, por se tratar de bem público, de uso comum."

INAPLICÁVEL O ART. 11 DO CÓDIGO DE ÁGUAS

Descabida, por sua vez, a invocação ao caso *sub examen* do disposto no artigo 11 do Código de Águas, já que quando se sucedeu a Concessão Medina, tais faixas de terra não se encontravam disponíveis à plena transmissão para o domínio particular, visto que, pela legislação pré-existente, incorporadas se encontravam ao patrimônio público, como bem público de uso comum do povo, insuscetíveis, portanto, de alienação a qualquer título.

Aliás, a origem pública dos leitos e margens dos rios navegáveis remonta aos tempos do Império, sendo, pois, pertinente reproduzir breve relato histórico das terras nacionais e dos terrenos reservados às margens dos rios públicos, lançado no acórdão nº 150.371, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de lavra do Des. Octávio Stucchi:

*"As terras do Brasil sempre couberam ao domínio da Metrópole ou da Coroa, tranferindo-se para o particular pelas concessões das sesmarias, ou seja, dada de terras incultas, para se aproveitar cultivando ou povoando, dada de terras, casais (casas de campo ou granjas) e pardieros (abandonadas).
Os seus títulos "cartas de dada" ou "cartas de data".*

Essas concessões não abrangiam os terrenos de marinha e fora também ficavam os terrenos reservados (Ordem Régia de 11 de março de 1754). Proibida, desde então, a dada desses terrenos, o seu domínio público é reafirmado pela Ordem Régia de 15 de março de 1797.

'No Império, igual regime continuou a subsistir. Assim, pela Provisão da Mesa do Paço, de 21 de fevereiro de 1826, os mesmos princípios são reafirmados'. As leis nºs 1.507, de 1867, e n. 4.105, de 1868, extremado os terrenos de marinha dos reservados, não negam o domínio público. E esse domínio não foi desprezado pelo legislador republicano, que jamais editou qualquer norma em contrário. Em todas as épocas, salvo os casos expressos de concessão legítima, pertenceram, como pertencem, ao Poder Público, os terrenos reservados às margens formam com os cursos d'água, no aspecto econômico e na expressão jurídica, uma unidade, sendo inconcebível águas públicas sem a mesma característica das margens.' (RT 395/139)

RETIFICAÇÃO DO LEITO DO RIO TIETÊ FOI REALIZADA PELA PMSP

Equivocada, ainda, a alegação desposada pelos contestantes, de que não houve a prova de pagamento de indenização prévia aos proprietários dos terrenos por onde o novo leito iria transcorrer, sendo, pois, inaplicável a disposição contida no artigo 27 do Código de Águas.

Em decorrência da não comprovação pela Urbe do ressarcimento aos proprietários das terras por onde o Rio foi desviado, entendem os RÉUS que, por conseguinte, não se transferiu ao Poder Público o álveo abandonado.

Tal entendimento, no entanto, é descabido e absurdamente restritivo, já que as obras de retificação do Rio Tietê foram notoriamente efetuadas pela Municipalidade de São Paulo, bem como pagos todos os valores oriundos dos processos expropriatórios oriundos desta obra.

Esta posição, majoritária nas diversas Cortes Paulistas, foi sufragada pelo juiz Néelson Altemani, consoante evidencia trecho do voto a seguir

transcrito, prolatado no Acórdão nº 276.453, do 1º Tribunal de Alçada Civil de S. Paulo - Rev. dos Tribunais 556/108:

“Que a mudança do leito do Rio Tietê resultou de obra pública, além de ser notório, os autos o demonstram de forma cabal. Por outro lado, a lei não exige, para que álveo abandonado passe ao domínio público, que a Administração tenha indenizado o proprietário do prédio ocupado pelo novo álveo. Essa a interpretação literal do dispositivo, sem dúvida, nesse sentido deve ser entendida a opinião de Hely Lopes Meirelles (parecer dado a proprietários de terra marginal do mesmo Rio Tietê, in ‘Estudos e Pareceres de Direito Público’, p. 153 e ss). Nada impede, porém, a incidência do dispositivo, ainda quando não seja cumpridamente provado pelo Poder Público o pagamento de indenização pela ocupação do novo álveo. É que a expressão ‘o álveo abandonado passa a pertencer ao expropriante para que se compense da despesa feita’ admite interpretação ampla, abrangente de qualquer espécie de despesa, notadamente a decorrente da própria obra de retificação”.

Desta forma, imprestável a argumentação suscitada pelos RÉUS, no sentido de que há a obrigatoriedade da AUTORA em demonstrar literalmente o pagamento de prévia indenização para que o antigo leito passe a ter natureza pública.

De qualquer maneira, e no intuito de se afastar de vez tal argumento, é a presente para requerer a juntada de cópia do cadastro da PMSP, dando conta da aquisição de terreno para a retificação do leito do Rio Tietê, justamente nas proximidades da área em litígio, o que comprova, por conseguinte, o perfeito cumprimento da disposição enxertada no artigo 27 do Código de Águas (DOC. ANEXO Nº 2).

Frise-se, por derradeiro, que o Rio Tietê, no município paulistano, após a retificação havida, passou a ter extensão aproximada de 26 (vinte e seis) quilômetros, de sorte que inviável e impertinente se afigura a demonstração de pagamento de toda a faixa ocupada pelo novo leito, visto envolver centenas de documentos e escrituras, para conferir a titularidade da Urbe sobre o antigo leito.

LAUDO CONFIRMA TRATAR-SE DE ANTIGO LEITO E FAIXA RESERVADA

De outra banda, relevante aduzir que o trabalho técnico elaborado entendeu, com acerto, que a gleba de terra vindicada pela Urbe corresponde ao Antigo Leito do Rio Tietê e sua faixa reservada (vide planta de fls. 833, fls. 813 e 804/805), e mais, que a CO-RÉ Citrama ocupa a referida área apontada na peça inaugural.

Relevante mencionar, ainda, que o laudo pericial ofertado, bem como o trabalho fornecido pelo assistente-técnico da AUTORA, apontam discrepância quanto às dimensões do terreno no título compromissado entre Jarbas Batista de Oliveira e Manoel Ambrósio Ind. e Com., e posteriormente transmitido à Citrama.

Noutras palavras, sobre a parcela da área contida no título aquisitivo da CO-RÉ Citrama correspondente ao antigo leito do Rio Tietê e sua faixa reservada, não há origem e nem vinculação anterior com as dimensões existentes na gleba original, permitindo concluir que esta não possui documento hábil a justificar a sua posse e ocupação.

Aliás, importante salientar que o Conselho Superior da Magistratura já decidiu, através do Agravo de Petição nº 219.071, de lavra do Relator Desembargador José Carlos Ferreira de Oliveira, que procede a recusa de registro de escritura levantada pelos Cartórios Imobiliários onde o Banco Evolucionista figura como vendedor, e tendo como origem a Transcrição nº 9.095, visto já ter sido exaurida a capacidade de disposição do vendedor (DOC. ANEXO Nº 3).

INDENIZAÇÃO DEVE CONSIDERAR VALORES APURADOS PELO ASSISTENTE DA AUTORA

Por derradeiro, o valor indenizatório deve ser calculado levando-se por base o valor unitário do terreno apontado pelo Assistente-Técnico da Municipalidade de São Paulo, posto que lastreado em elementos técnicos mais adequados à espécie.

Realmente, os dados comparativos adotados pelo vistor oficial não podem ser acatados por este D. Juízo, porque incondizentes com a realida-

de fática, bastando mencionar que os elementos de oferta acolhidos pelo mesmo envolvem locais distantes daquele objeto desta demanda (encontram-se há mais de 3 Km do local avaliado), além de possuírem índices fiscais diversos daqueles subsumíveis à área em estudo.

Diante destes fatos, deverá, para efeito de ressarcimento da Municipalidade decorrente da ilícita ocupação perpetrada em próprio público, ser adotado o valor unitário apurado pelo Assistente-Técnico da AUTORA, sob pena de se configurar verdadeiro enriquecimento sem causa da CO-RÉ, que vem se utilizando com fins comerciais de imóvel municipal sem qualquer contrapartida pecuniária.

Assim, em face do exposto, é a presente para requerer seja julgada procedente a ação, obrigando a CO-RÉ a devolver a área pública descrita na inicial livre e desocupada, bem como a ressarcir a AUTORA pela irregular ocupação do bem em causa, além de condená-la no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes a serem arbitrados por V.Excia., pois só assim se fará

JUSTIÇA!

São Paulo, 13 de março de 1.997.

MARCOS BRANDÃO WHITAKER
Procurador Municipal - PATR 21
OAB/SP nº 86.999

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento de Desapropriações

*RAZÕES DE APELAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO EM
AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. “IMPRESTABILIDADE” DO LAUDO
OFICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA CUMULATIVA DE JUROS
MORATÓRIOS SOBRE COMPENSATÓRIOS. VALOR DO DEPÓSITO
COMPLEMENTAR À OFERTA: CONSIDERAÇÃO PARA TODOS OS FINS.*

Lydia Machado de Macedo
Procuradora do Município

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública

Ref.: Autos nº 525/95

Desapropriação

Expropriados: Ronaldo Golcman e sua mulher

A Municipalidade de São Paulo, por sua procuradora infra-assinada, nos autos da Ação de Desapropriação em epígrafe, inconformada com alguns tópicos da r. sentença de fls., dela vem, no prazo legal, interpor recurso de APELAÇÃO, pelas razões e argumentos desenvolvidos nas inclusas razões.

Termos em que, de seu recebimento e regular processamento,
P. Deferimento.

São Paulo, 06 de Outubro de 1997

LYDIA MACHADO DE MACEDO

Procuradora - DESAP. 1

O.A.B./SP 65.842

RAZÕES DE APELAÇÃO

Apelante: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO

Apelados: RONALDO GOLCMAN E SUA MULHER

EGRÉGIO TRIBUNAL, DOUTA CÂMARA!

Não obstante o brilho e saber jurídico de seu ilustre prolator, a r. sentença de fls. 231/234 destes autos, data vênua, não poderá prevalecer, eis que está a merecer reforma, em vários aspectos, a seguir destacados:

I - QUANTO AO VALOR DA INDENIZAÇÃO

O meritíssimo Juiz "a quo" houve por bem acolher e adotar como valor indenizatório, o valor estimado pela Sra. Perita Judicial, em seu laudo de fls. 101/146, e ratificado às fls. 205/208, qual seja, o de R\$33.073,00, válido para agosto/96, por uma área de apenas 3,04m², avaliada segundo o critério do "antes e depois".

Entretanto, ao assim decidir, desconsiderou e acabou por rejeitar o laudo crítico do Assistente Técnico da Autora que, no seu bem elaborado laudo discordante de fls. 159/167 dos autos, **onde aplicados os mesmos critérios avaliatórios utilizados pela Sra. Perita Judicial, com os quais elegantemente mostrou-se concordante, chegou a valor totalmente discrepante do apontado no laudo da Perita Judicial, ou seja, o valor indenizatório final (terreno + benfeitorias) de apenas R\$ 5.855,00, válido para a mesma data-referência (agosto/96).**

Ora, a significativa divergência de valores propostos, a título de indenização, pelas mesmas verbas, mesma data-referência, e mesma área, deveria ter suscitado dúvidas no espírito do Julgador que, em tais

hipóteses, deveria, no mínimo, ter convertido o julgamento em diligência e determinado a realização de uma segunda perícia.

No entanto, assim não entendeu o ilustre prolator da r. sentença recorrida que, sem ponderar melhor sobre as críticas do Assistente Técnico da Autora, ora apelante, preferiu adotar o laudo da Perita Judicial, apesar da flagrante divergência de valores indenizatórios, estimados por um e por outro, ambos "experts" no assunto de avaliações e perícias na área de Engenharia, na qual o meritíssimo Juiz não tem, nem precisa ter, formação técnica!

Contudo, o bom senso recomendava que à outra perícia se procedesse, nestes autos. O que, infelizmente, não aconteceu.

E, é por isso que, via deste recurso voluntário, a Municipalidade de São Paulo, na qualidade de Autora-Expropriante, vem devolver a esse Tribunal o reexame da prova técnica, de forma a demonstrar as incoerências, os equívocos, e a imprestabilidade do laudo oficial, acolhido pela r. sentença ora guerreada.

E com efeito.

Pois, o laudo adotado, da Sra. Perita Oficial, às fls. 101/146 destes autos, mostra-se imprestável para o fim ao qual se destinava - o de formar o convencimento íntimo do juiz sobre qual o "justo valor indenizatório", no caso dos autos.

E tal imprestabilidade do laudo da Sra. Perita Judicial pode ser facilmente verificada pela simples constatação, de que a referida "Expert" perdeu-se nas malhas de seu microcomputador, esquecendo-se de substituir dados nele inseridos, a fim de transplantá-los para o caso concreto destes autos.

De início, convém ressaltar que, no corpo de seu laudo de fls. 101 a 146, as fls. 125/127 **são repetições das folhas 122/124** (todas essas folhas tratando do Cap. IV - Da Avaliação).

E aí reside o 1º equívoco da referida "Expert", pois na aplicação do fator: **coeficiente de profundidade "f"**, às fls. 124 considera "f" como

26,496 metros, e em sua fórmula matemática para obtenção do valor do terreno usa como um dos fatores o índice de **496,80m**, obtendo o valor do terreno como sendo de R\$ 742.868,38.

Entretanto, o mesmo laudo, nas folhas repetidas sob o mesmo Capítulo IV - DA AVALIAÇÃO, e mais precisamente às fls. 127, parte da consideração do mesmo fator "f", como coeficiente de profundidade, **usando o índice de "f" 30,879 metros** e, em sua fórmula matemática para a obtenção do valor do terreno, usa como um dos fatores o índice de **493,76m**, chegando, então, ao valor do terreno como sendo de R\$ 709.925,69. E, da diferença entre esses 2 valores, obtém o resultado final, pelo critério do "antes e depois", indicando como sendo o real valor do terreno, de **R\$ 33.073,00!**

Ora, tais erros e equívocos constantes do laudo da Sra. Perita Judicial já seriam suficientes para demonstrar a imprestabilidade do referido trabalho (Docs. 1 e 2, em anexo).

Mas não é só! Outro erro flagrante se evidencia, quando, sob o critério do "depois", ao avaliar o "coeficiente de testada" do imóvel, a fim de estimar o valor de depreciação da construção remanescente, relacionado com a idade aparente do imóvel, usa a **testada efetiva** do terreno como sendo de 15,99 metros (veja-se fls. 126 dos autos que, como já se disse antes, é repetição do mesmo assunto, tratado na folha 123, onde afirma que o fator testada do lote de terreno é **18,75** metros que, aliás, era o correto).

Incongruências essas que, certamente, foram se refletir no resultado final do referido trabalho, viciado por muitos erros técnicos e matemáticos, levando a um valor indenizatório irreal e errôneo e, que, assim, **perde toda a credibilidade!**

E, é bom frisar, a discrepância de valores obtidos na estimativa do valor final da indenização cabível pela desapropriação da área de 3,04 metros quadrados, no caso destes autos, entre o estimado pelo Assistente Técnico da Autora e o estimado pela Perita Oficial, cujo trabalho, como já se demonstrou está totalmente prejudicado, **reside, única e exclusivamente**, na estimativa do valor do terreno "**depois da desapropriação**".

Tudo como perfeitamente explicado pelo Assistente Técnico da Autora, em seu laudo crítico de fls. 159/167 dos autos, e mais precisamente às fls. 164, quando lança a observação de que, tanto pelo item 9.1.2.2.2 das Normas de Avaliações da NB 5676, quanto pelo item 8.2.2.2 das Normas para Avaliações de Terrenos Urbanos, de 1995, do IBAPE, a influência da frente do imóvel (testada) será levada em conta no valor do terreno, **através da relação entre a frente projetada e a frente de referência** (grifos da Apelante).

E, de fato, embora o texto original das Normas/95 se encontrem juntadas às fls. 181/197 destes autos, a Apelante pede vênias para transcrever o “caput” do item 8.2.2.2, que dispõe:

“8.2.2.2 - A influência de frente será levada em conta no valor (Vt) através da relação entre a projetada (Fp) e a de referência (Fr) através da seguinte expressão:

$Vt = At \times Vu \times Cr$, onde:

$Cr = (Fp / Fr)^f$, dentro dos limites:

$Fr / 2 \leq Fp \leq 2 Fr$ (Veja-se doc. 3, em anexo).

E, exatamente, essa foi a fórmula utilizada pelo Assistente Técnico da Autora, aqui Apelante, que, na estimativa do valor do terreno, e cálculo do fator testada, sob a ótica do “depois”, utilizou o índice correto **da frente projetada**, chegando, então, ao valor da área necessária, para agosto/96, de R\$ 4.545,74 (fls. 164), e que somado ao valor da construção atingida pela desapropriação estimada em R\$ 1.309,31, resultou no valor, a título de indenização final (VT + VB), de R\$ 5.855,00, para agosto/96 (fls. 165 dos autos).

E eis aqui mais um equívoco da Sra. Perita Judicial em seu laudo (mais precisamente naquelas folhas em duplicidade e cheias de incoerência, como já mencionado e que, neste momento, merece ser reiterado); já que, às fls. 123 dos autos, **menciona corretamente o fator testada como sendo o da frente projetada, de 18,75 metros**, mas, às fls. 126, o utiliza empregando erroneamente o de 15,99 metros, que não é o da frente projetada, e sim o da frente do imóvel **depois** da desapropriação.

Ora, no caso dos autos, **a frente projetada** do imóvel em questão é, segundo os critérios preconizados pelas Normas/95, de 18,75 metros,

como, aliás, corretamente aplicado pelo Assistente Técnico da Municipalidade-Autora, e bastará a adoção e substituição corretas desse fator testada para reduzir o valor da indenização final aos seus justos limites!

Razões pelas quais a Expropriante, aqui apelante, por via deste recurso, requer a reforma da r. sentença recorrida, neste aspecto do valor da indenização, mediante a desconsideração do laudo oficial e, em seu lugar, a adoção do laudo do Assistente Técnico da Apelante-Autora, que é o que se mostra perfeitamente condizente com a realidade fática retratada nestes autos e em perfeita consonância com as Normas/95.

II - DA INCIDÊNCIA CUMULATIVA DOS JUROS MORATÓRIOS SOBRE OS COMPENSATÓRIOS

A r. sentença determinou que os juros compensatórios integrem a base de cálculo dos juros moratórios.

Tal decisão, porém, não pode prevalecer, uma vez que constitui flagrante anatocismo, o que é ilegal, pois contraria o Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933, a chamada Lei da Usura, em seu artigo 4º, que determina:

“É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a cumulação dos juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano”

A exigência de juros sobre juros, portanto, não é admitida, uma vez que, não sendo decorrente de contrato, inexistente estipulação que a permita.

A capitalização de juros, isto é, a incorporação dos juros vencidos ao capital e a cobrança de juros sobre o capital assim calculado, somente tem apoio legal se há estipulação que a autorize. Inexistindo esta, os juros não se capitalizam!

Sobre o assunto, podemos citar os seguintes julgados, que corroboram nossa assertiva da impossibilidade de computar juros sobre juros.

No julgamento da Apelação nº 102.711-2, em acórdão relatado pelo eminente Desembargador Bueno Magano, a Egrégia Décima Sexta

Câmara desse Tribunal de Justiça mostrou que os juros compensatórios não se confundem com os lucros cessantes, ainda que se relacionem com a perda da posse do bem expropriado. Constituem uma modalidade de juros criados pela jurisprudência, sem necessidade de indagar se o proprietário deixou de obter rendimentos tão só pela perda da posse. Partindo dessa distinção, a Turma Julgadora concluiu que:

"...se os compensatórios constituíssem uma modalidade de lucros cessantes, nada impediria que os moratórios incidissem sobre a base de cálculo mais ampla: indenização corrigida mais juros compensatórios. Entretanto, constituindo eles espécie de juros, os moratórios não podem incidir sobre eles, sob pena de se incorrer em anatocismo: cálculo de juros sobre juros" (RTJESP, Lex nº 100/183).

No mesmo sentido decidiu a Colenda Décima Quarta Câmara nas Apelações nºs 50.933-2 (RT 589/106), 56.436-2 (RJTJESP, Lex 85/154), bem assim como a Décima Sexta Câmara (RJTJESP, Lex 102/118), constando deste último julgado:

"... segundo lições doutrinárias e as jurisprudências trazidas à colação pela autora recorrente, os juros sobre juros (anatocismo) só têm aplicação nos casos de crime. Por isso, mesmo nas hipóteses de apossamento administrativo, não são eles aplicáveis, embora sendo tal conduta considerada ato ilícito, posto que de crime não se trata".

De igual modo decidiu a Segunda Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, determinando a exclusão da capitalização de juros na ação de desapropriação, considerando que a incidência dos juros moratórios sobre os compensatórios colide com o verbete da Súmula 121, que estabelece:

"É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada". RTJ, 105/785.

Também na Doutrina, José Carlos de Moraes Salles aponta a diferença entre os juros compensatórios e os moratórios para mostrar:

"... que o anatocismo (juros sobre juros) só é possível nos casos de ocorrência de crime". (A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, ed. Revista dos Tribunais, 1980, pág. 541).

Dessa forma, a Expropriante requer a reforma da r. sentença quanto a este aspecto, determinando-se a exclusão dos juros compensatórios da base de cálculo dos juros moratórios.

III - DO DEPÓSITO COMPLEMENTAR NO VALOR DA OFERTA, PARA TODOS OS FINS

Quanto mais não fosse, a r. sentença recorrida está a merecer reparos, também, ao mencionar apenas o valor da oferta inicial, na apuração da diferença entre o valor já depositado pela Expropriante e o valor da indenização fixada (sem incluir o depósito complementar), na base de cálculo dos juros compensatórios.

Ora, não só o valor da oferta inicial, como também o do depósito complementar, que a integra, deve ser considerado para todos os fins, inclusive para servir de base de cálculo dos juros compensatórios, já que, se o valor a pagar será monetariamente corrigido, nada mais justo que se corrija monetariamente, também, tudo o que foi pago previamente!

Daí porque a Apelante requer o provimento deste recurso, para a reforma da r. sentença também neste aspecto, a fim de que, no v. acórdão, fique expressamente consignado que não só o valor da oferta inicial seja objeto de correção monetária, mas, também, e igualmente, o depósito complementar, que deve ser considerado como integrante da oferta, para todos os fins.

IV - DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Neste tópico, a r. sentença recorrida está a merecer reforma, em três aspectos: a) quanto à inclusão dos juros na base de cálculo; b) quanto à forma de apuração dessa verba; c) quanto ao percentual fixado.

a) Quanto à inclusão dos juros na base de cálculo da verba honorária

A r. sentença recorrida arbitrou os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da diferença apurada entre a oferta e a indenização fixada, nesta incluídos os juros compensatórios e os moratórios.

Ora, em assim decidindo, o MM. Juiz "a quo" proferiu decisão que afronta a legislação federal que dispõe de forma específica sobre a matéria, o Decreto-lei nº 3.365/41, no seu artigo 27, em seu parágrafo primeiro, quando dispõe que:

"Art. 27 -

Parágrafo primeiro - A sentença que fixar o valor da indenização, quando este for superior ao preço oferecido, condenará o desapropriante a pagar honorários de advogado, sobre o valor da diferença". (grifos nossos)

Como se vê, o texto da Lei de Desapropriações não prevê a inclusão de "juros" na base de cálculo dos honorários advocatícios.

Por outro lado, ao determinar a inclusão dos juros, na base de cálculo dos honorários advocatícios, a r. sentença apelada contraria e afronta a Súmula nº 617 do STF que estabelece:

"A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas monetariamente".

E, realmente, a Súmula nº 617 do STF veio explicitar a determinação legal contida na Lei de Desapropriações, que é lei especial em relação ao Código de Processo Civil.

Pelo que, entende a Apelante que a existência do dispositivo próprio para a fixação da verba honorária, na Lei Especial, afasta a adoção de qualquer outro critério subjetivo, já que a base de cálculo de honorários advocatícios, em matéria expropriatória, está expressamente prevista no texto legal, e não dá margem a outras interpretações.

Assim, em se tratando de mera aplicação da lei ao caso concreto e de matéria já pacificada pela Jurisprudência, requer a Apelante a reforma da r. sentença, neste aspecto, para efeito de excluir os juros da base de cálculo dos honorários advocatícios.

b) Quanto à forma de apuração da base de cálculo dos honorários advocatícios

Em matéria de ação expropriatória, determina a lei, no parágrafo primeiro do art. 27, que os honorários advocatícios são devidos sobre o valor da diferença entre o valor oferecido e o da indenização fixada.

Ora, entende a Apelante que no valor da oferta deva ser considerado não só o depósito inicial, como também o depósito complementar, somando-se ambos, após devidamente corrigidos desde as datas dos respectivos depósitos até a data do laudo, para, só então, apurar-se a diferença entre ela, a oferta, e a indenização, também corrigida para a mesma data de referência. E a diferença assim apurada é que servirá de base de cálculo dos honorários advocatícios, sobre a qual incidirá o percentual fixado.

Pelo que, requer a Apelante a reforma da r. sentença, neste aspecto, a fim de que fique expressamente consignado que o valor do depósito complementar deverá ser considerado como integrante da oferta, para todos os efeitos legais, inclusive na apuração da "diferença", que servirá de base de cálculo dos honorários advocatícios.

c) Quanto ao percentual da verba honorária

Outro aspecto, sob esse mesmo tópico dos honorários advocatícios em que está a merecer reforma a r. sentença recorrida, é o referente ao percentual, fixado pela r. sentença em 10% sobre a diferença entre a oferta e a indenização, nesta incluídos os juros.

Ora, a questão da inclusão dos juros na apuração da "diferença" que irá servir de base de cálculo dos honorários advocatícios já é objeto de argumentação, sob as letras "a" e "b" do item IV deste recurso.

Pelo que, sob este enfoque "letra c", a Apelante requer a redução do percentual dessa verba, de 10% para 6%, sob a invocação da regra específica do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, que aconselha "moderação", nos casos de condenação, em honorários, das Fazendas Públicas.

Regra específica essa que, aliás, tem sido adotada pelos nossos Tribunais que, reiteradamente, vêm entendendo que, nas ações expro-

priatórias, o percentual de 6% (seis por cento) é o mais adequado para remunerar condignamente o patrono dos expropriados.

IV - CONCLUSÃO

Pelas razões e argumentos expostos, a Municipalidade de São Paulo, na qualidade de Expropriante-Autora, e agora também Apelante, requer o PROVIMENTO INTEGRAL deste recurso, para a reforma da r. sentença, nos aspectos e tópicos realçados.

Tudo como expressão da mais pura e lídima,

Justiça!

São Paulo, 06 de Outubro de 1997

LYDIA MACHADO DE MACEDO
Procuradora - DESAP. 1
O.A.B./SP 65.842

Ano de 1998

Prêmio “Oswaldo Aranha Bandeira de Mello”

PARECER SOBRE FECHAMENTO ADMINISTRATIVO DE ESTABELECIMENTO LOCALIZADO EM ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. REGULAR EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DO MUNICÍPIO NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO. Ocorrência, em tese, de crime contra o meio ambiente. Possibilidade de apreensão dos materiais se verificada a infração, nos termos da Lei 9.605/98.

Maria Sílvia Ribeiro Pereira Barretto
Procuradora do Município

EMENTA Nº 7705

Área de Proteção Ambiental. Termo de Cooperação entre Estado e Município para sua preservação. Regular exercício do poder de polícia do Município nos termos da legislação do uso e ocupação do solo. Impossibilidade de apreensão de bens particulares por falta de previsão legal específica. Ocorrência, em tese, de crime contra o meio ambiente. Necessidade de sua apuração admitindo-se a apreensão dos materiais se verificada a infração, nos termos da Lei 9605/98.

INTERESSADO: Administração Regional de Itaquera
ASSUNTO : Fechamento administrativo de ferro velho
localizado em área de proteção ambiental.

Informação nº 2759/98 - PGM.AJC

ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA
Senhora Procuradora Assessora Chefe

1. Consulta-nos SAR/ATAJ como proceder a respeito das restrições administrativas ao uso de imóvel impostas por lei estadual que criou a Área de Proteção Ambiental - APA da Favela do Carmo e Parque do Carmo.

No caso específico, trata-se de um desmanche de veículos instalado na APA do Carmo, área definida pela Lei Estadual nº 6409 de 5 de abril de 1989, indagando-nos SAR quanto ao procedimento a ser adotado pela Administração, no exercício do poder de polícia em face da atividade que em tese é danosa ao meio ambiente.

SOBRE O PODER DE POLÍCIA

2. O Estado Moderno, para atingir seus fins, atua em três sentidos diversos: administração, legislação e jurisdição.

Permeiam estas atuações o exercício dos poderes políticos (em consonância com as disposições constitucionais) e os poderes administrativos (que se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e interesses da comunidade).

Dentre os poderes administrativos destaca-se o poder de polícia administrativa, que estabelece limitações incidentes sobre a liberdade e sobre a propriedade dos cidadãos, encontrando, tais limitações, seus contornos nos direitos e garantias individuais constitucionalmente estabelecidos.

3. Para o direito brasileiro, o reconhecimento do poder de polícia, como ínsito à Administração em geral, não mais representa um problema.

De pronto afastam-se as críticas oferecidas por Augustin Gordillo, para quem, esvaziado o conteúdo político do Poder de Polícia, com o advento

do Estado de Direito, não subsistem os fundamentos para sua aceitação pelo particular, porquanto representa permissivo para a restrição de direitos.

De sua concepção especial, é preciso ressaltar, como faz José Afonso da Silva em estudo inserto na Revista de Direito Administrativo, nº 132 às fls. 243, a distinção entre poder de polícia e atividade de polícia.

Permitimo-nos transcrever trecho do referido estudo:

"Porque se entende que só a lei pode impor limitações a direitos reconhecidos pela Constituição, é que a doutrina mais moderna começa a fazer relevante distinção entre poder de polícia e atividade de polícia. Aquele é manifestação do poder legislativo, único competente para impor limitações aos direitos individuais, mediante lei formal. A segunda é função da Administração Pública que se exerce mediante atos de polícia que, como ato administrativo, "subordina-se ao ordenamento jurídico que rege as demais atividades da administração, sujeitando-se inclusive ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário."

É preciso consignar que o ordenamento jurídico vigente, no plano constitucional e legislação complementar, admite a cobrança de taxas com base no exercício do poder de polícia.

4. Celso Antonio Bandeira de Mello, em estudo desenvolvido sob o título "Apontamentos sobre o Poder de Polícia", publicado na Revista de Direito Público nº 9, págs. 55/68, ressalta a existência de um sentido amplo e um sentido restrito para a expressão, que tanto refere-se aos atos legislativos, de caráter geral, do Legislativo e Executivo, como as intervenções gerais (regulamentos) e específicas (autorizações, licenças e injunções) geradas pelo Executivo, sempre buscando prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais.

Quanto à competência, é preciso verificar que poderá ser exclusiva (via de regra) ou concorrente, na forma determinada pela Constituição Federal.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, pág. 107:

“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 às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local subordinam-se aos regulamentos edilícios e ao policiamento administrativo municipal.”

No mesmo sentido a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, no texto acima citado:

*“O Poder de Polícia tem, contudo, um sentido realmente negativo, mas em acepção diversa da examinada. É negativo no sentido de que através dele o Poder Público não pretende uma atuação do particular, pretende uma abstenção. Por meio dele não se exige nunca um **facere**, mas um **non facere**. Por isso mesmo, antes de se afirmar seu caráter negativo, no sentido que normalmente se toma - o que é falso - deve-se dizer que a utilidade pública é conseguida de modo indireto pelo Poder de Polícia, em contraposição à obtenção **direta** de tal utilidade, obtida pelos **serviços públicos**.”*

É preciso que as limitações lançadas como manifestação do poder de polícia traduzam a **supremacia** da Administração e atinjam, indistintamente, todos os cidadãos, de molde a não configurar relações específicas.

5. Além disto, como pontua Bandeira de Mello (Apontamentos ..., in RDP 9/55), é preciso extremar os conceitos de poder de polícia e as servidões, posto que no segundo está implícito o dever de suportar, reconhecido como inerente ao bem de propriedade do particular.

A distinção é sem dúvida relevante, para efeito de avaliar-se a ocorrência de prejuízo indenizável, somente cabível nos casos em que o Poder Público institui servidão. Válida, pois, a definição proposta por Bandeira de Mello, para quem Poder de Polícia é “atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos de condicionar com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.”

Cirne Lima, citado por Bandeira de Mello no trabalho acima referido, anota como traços característicos da atividade de polícia:

- "a) prover privativamente de autoridade pública, donde se excluir de seu âmbito a reclusão compulsória de louco promovida por parente, por exemplo;*
- b) ser imposta coercitivamente pela administração pelo que nela não se alberga o direito de vizinhança, ainda quando as imposições dele decorrentes sejam asseguradas de modo coativo, mas por injunção do Judiciário, provocado como é óbvio, pelo particular interessado;*
- c) abranger genericamente as atividades e propriedades, daí escaparem de seu campo os monopólios fiscais, posto que beneficiam a uma só atividade ou patrimônio ao invés de favorecerem a atividade ou patrimônio em geral."*

A estes aspectos, acrescenta o ilustre administrativista, em seus Elementos de Direito Administrativo, à pág. 171:

"Uma vez que o Poder de Polícia se caracteriza pela imposição de abstenções aos particulares não há que confundi-lo com as manifestações da Administração que, contrariamente, impõem prestações positivas aos administrados, sujeitando-os a obrigação de dar, como nas requisições de bens, ou de fazer, como nas requisições de serviços. Em umas e outras o Poder Público impõe ao particular um dever de agir, ao passo que através da Polícia Administrativa exige-se uma inação, um non facere. Às vezes, no Poder de Polícia, há aparentemente obrigação de fazer. Por exemplo: exhibir planta para licenciamento de construção; fazer exame de habilitação para motorista; colocar equipamento para incêndio nos prédios é mera aparência de obrigação de fazer. O Poder Público não quer estes atos. Quer, sim, evitar que as atividades ou situações pretendidas pelos particulares sejam efetuadas de maneira perigosa ou nociva, o que ocorreria se realizadas fora destas condições."

6. Para Hely Lopes Meirelles, são atributos do poder de polícia a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade. (Direito Administrativo Brasileiro, 7ª edição atualizada, pág. 114).

Do elenco, discorda Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem o poder de polícia não é discricionário.

Assim manifesta-se o mestre:

“Em rigor, no Estado de Direito, inexistente um poder, propriamente dito, que seja discricionário, fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário, abrangendo toda uma classe ou ramos de atuação administrativa, é coisa que não existe.

No caso específico do Poder de Polícia Administrativa é fácil demonstrá-lo. Basta considerar que enquanto as autorizações, atos típicos da Polícia Administrativa, são expedidas no uso da competência exercitável discricionariamente, as licenças, igualmente expressões típicas do Poder de Polícia, são atos vinculados consoante pacífico entendimento da doutrina. Basta a consideração de tal fato para se perceber que é inexato o afirmar-se que o Poder de Polícia é discricionário. Pode-se, com propriedade, asseverar, isto sim, que o Poder de Polícia se expressa ora através de atos no exercício de competência discricionária, ora através de atos vinculados.”

(in Elementos de Direito Administrativo, pág. 176)

O aspecto da discricionariedade foi ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão inserta na Revista de Direito Administrativo nº 118/239, cuja ementa abaixo transcrevemos:

“O poder de polícia do estado, que envolve parcela apreciável de discricionariedade independe de texto expresso de lei formal.”

De qualquer forma o limite da atuação administrativa sempre será a lei, ainda que seu conteúdo seja meramente programático, sendo que o comportamento contrário do agente poderá, inclusive, sujeitá-lo ao controle de constitucionalidade, como demonstra José Afonso da Silva (in Aplicabilidade das Normas Constitucionais, pág. 129, 2ª edição revista e atualizada).

Registre-se ainda a sempre precisa manifestação de Caio Tácito em estudo denominado A Administração e o Controle da Legalidade, publi-

cado na Revista de Direito Administrativo nº 37/1, do qual destacamos o seguinte trecho:

“Em tese, a doutrina já firmou, há muito, a fronteira entre a liberdade de opção do administrador e a sua obrigatória subordinação à lei. A dificuldade situa-se, objetivamente, na caracterização dos elementos integrativos do ato administrativo, de modo a separar a porção vinculada e discricionária.

A iniciativa da administração depende, primariamente, de uma regra de competência que autorize o agente a proceder em nome do estado.

Na definição clássica de Michoud (Etude sur le pouvoir discretio-naire - 1914) há poder discricionário sempre que uma autoridade age livremente, sem que a norma de direito determine previamente a conduta a seguir.”

Assim, conclui o autor, “cada autoridade dispõe de uma capacidade de agir que provém de uma norma de direito”, mas, “a regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador.”

7. São os atributos de auto-executoriedade e coercibilidade são os que mais proximamente interessam ao objeto do presente estudo.

Trata-se aqui de definir os limites para a atuação da Administração Pública, no exercício de sua competência.

Quanto ao aspecto da auto-executoriedade são unânimes doutrina e jurisprudência estar insito ao conceito do próprio ato administrativo e, conseqüentemente, nos atos de polícia.

Para melhor clareza, julgamos relevante a transcrição de algumas manifestações dos tribunais sobre específico atributo do poder de polícia:

RDA 93/188

ATO ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO - PODER DE POLÍCIA.

O Ato de polícia, como ato administrativo, pode ser executado direta e imediatamente pela administração, sem recorrer a qualquer outro Poder. (Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. cível nº 1457.094)

Ressalta esta decisão:

"A executoriedade do ato de polícia é hoje tese vitoriosa na jurisprudência e na doutrina (cf. Helu Lopes Meirelles, Direito Municipal Brasileiro, I, p. 266; Revista de Direito Administrativo, volumes 30/257, 35/293, 38/336, 40/344; RT, vols. 183, p. 823; 186, p. 325; 794, p. 225; 210, p. 161; Guimarães Menegale, Direito Administrativo, I, p. 81, Ranelletti, Le Garantigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione, p. 136; Borsi, L'esecutorietá degli Amministrativi, p. 51; Machado Guimarães, Comentários ao Código de Processo Civil, IV, p. 221). Resta, para quem se sentir prejudicado com a execução da medida, recorrer à justiça se assim o desejar, uma vez que, se a autoridade tiver procedido com abuso, responderá, depois, pelas conseqüências."

RDA 108/302

ATO ADMINISTRATIVO - EXECUTORIEDADE - LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS AO USO DA PROPRIEDADE PRIVADA - PODER DE POLÍCIA

"Com fundamento no poder de polícia, a administração tem a faculdade de impor restrições ao uso e gozo da propriedade privada. A administração goza da prerrogativa da executoriedade de seus próprios atos." (Tribunal de Alçada de São Paulo, agravo de petição nº 158.029)

RT 623/48

PODER DE POLÍCIA - Medida provisional de interdição de prédio - Intervenção do Judiciário "a priori" - Inadmissibilidade - Auto-executoriedade dos atos da Administração, com execução direta por seus próprios meios.

"Um dos atributos do poder de polícia é a auto-executoriedade. A Administração pode e deve executar diretamente seu ato, por seus próprios meios, sem a intervenção do Judiciário. A intervenção do Judiciário só cabe a posteriori."

(Tribunal de Justiça de São Paulo, ap. 84.357)

Dos fundamentos da decisão, destacam-se os seguintes trechos:

"Os Poderes orgânicos da República são independentes e harmônicos entre si, sendo vedado a qualquer deles delegar atribuições (art. 6º da CF). E era essa delegação da atribuição de polícia administrativa municipal que, em última análise, a Municipalidade de São Paulo, ou seja, o Poder Executivo do Município de São Paulo pretendia em relação ao Poder Judiciário. E isso lhe era vedado, pelo óbvio, inclusive, porque, diante do "princípio da legalidade", o exercício do "poder de polícia administrativa" era irrenunciável, vale dizer a Municipalidade não poderia demitir-se de seu "poder de polícia" para bater às portas do Judiciário."

E mais adiante:

"Poder, para a Administração significa dever. O administrador público, bem por isso, não pode subtrair-se de cumprir seu poder, porque descumprir o seu dever. E esse poder-dever de agir é irrenunciável, pois não pode o administrador público fazer liberalidade à custa do interesse coletivo."

8. Ressalta ainda Hely Lopes Meirelles que não se deve confundir auto-executoriedade com punição sumária e sem defesa. (in *Direito ...*, 7ª edição, pág. 116).

Sem qualquer dúvida, como dissemos, o limite do poder de polícia está nos direitos e garantias individuais, ditados pela Constituição. Além disso, há que se ter em mente que o novo texto constitucional ampliou as garantias individuais, em relação ao texto anterior, incorporando previsão específica para o "due process of law" no direito administrativo (artigo 5º, inciso LV da Constituição).

É justamente neste passo que imbricam-se o exame da auto-executoriedade e da coercibilidade dos atos de polícia.

9. Do aspecto da auto-executoriedade, julgamos oportuna a lição de Ranelletti, em sua obra "*Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*", para quem o traço distintivo entre os atos públicos e privados reside justamente no fato de que a jurisdição somente poderá intervir, relativamente aos primeiros, "a posteriori".

Permitimo-nos transcrever trecho do original, pág. 135/136:

"La ragione e la giustificazione di tale carattere degli atti amministrativi sta nel carattere pubblico dell'attività, che per mezzo di essi l'amministrazione esplica, e nella necessità che gli interesse collettivi, per i quali quegli atti sono emanati, e quindi gli scopi corrispondenti dello Stato, vengano prontamente soddisfatti. La facoltà di eseguire coattivamente e direttamente i propri provvedimenti deriva dal concetto stesso di potere pubblico, ed è ad esso essenziale. Senza di essa, gli organi del potere pubblico cesserebbero di essere tali. E d'altra parte un sistema, che assoggettasse l'amministrazione, nella sua attività pubblica, alle norme che valgono per i privati, porrebbe allo svolgimento di quell'attività tali ostacoli, da renderne affatto inefficace l'esercizio. Per conseguenza, per riconoscere all'autorità amministrativa quel potere, non è necessaria una legge, che glielo accordi. La legge può intervenire solo per regolarne e limitarne l'esercizio. E una legge sarebbe necessaria solo se si dovesse imporre agli interessati qualche cosa di più della pura esecuzione del provvedimento, come, ad. es., una pena."

Em nossa opinião, tais lições também se aplicam ao direito brasileiro.

10. Com efeito, quanto à coercibilidade é possível colocar-se o dilema entre a violência e o recurso ao judiciário.

É que, considerando o atributo da auto-executoriedade de alguns atos administrativos, e em especial, dos atos de polícia, o problema que surge para a Administração é tornar eficaz a ordem, diante da possível renitência do particular em cumpri-la.

Para Bandeira de Mello, a Administração deve encontrar a justa medida para sua atuação e não servir-se de meios mais enérgicos que os necessários para obtenção do resultado previsto pela lei (Elementos, pág. 184).

Hely Lopes Meirelles, neste aspecto, admite a enérgica atuação da Administração, considerando inescusável a desobediência do administrado, assim manifestando-se:

"O atributo da coercibilidade do ato de polícia justifica o emprego da força física, quando houver oposição do infrator, mas não legaliza a violência desnecessária ou desproporcional à resistência, que em tal caso pode caracterizar o excesso de poder e o abuso de autoridade nulificadores do ato praticado e ensejadores das ações civis e criminais para reparação do dano e punição dos culpados."

11. Naturalmente, a administração deverá executar os atos de polícia da forma menos gravosa para o particular, evitando, por exemplo, a demolição desnecessária de uma edificação.

Mas sem qualquer dúvida, se o poder de polícia fundamenta-se no conceito de supremacia do Estado, em nome do interesse coletivo, sobre os interesses privados, não se admite o descumprimento de uma determinação pautada nos limites da lei e que respeite os direitos e garantias individuais constitucionalmente asseguradas.

12. Entendemos, com apoio em Hely Lopes Meirelles, que o poder de polícia tem como uma de suas características a discricionariedade. Não nos parece possível entender que todos os atos de polícia ocorram em consequência de expressa determinação legal. Daí porque é pertinente a distinção entre *"poder de polícia"* e *"atividade de polícia"*.

Parece-nos que, ao contrário, podem ser praticados e devem ser obedecidas todas as determinações que a lei expressamente não vede, sem que estejamos a reconhecer, em favor da Administração, competência para o comportamento arbitrário.

Trata-se, por exemplo, da avaliação da ocorrência de "imminente perigo público" para requisição da propriedade particular, nos termos do inciso XXVI do art. 5º da Constituição.

Na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, em *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, pág. 17:

"Esta relativa liberdade, ora enseja-lhe praticar ou não praticar o ato diante daquela situação (que é o que se passa quando a lei diz "pode", ao invés de "deve"), ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permite-lhe uma

opção quanto à forma que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma aplicanda. Esta última hipótese tem lugar quando o administrador pode deferir ou indeferir algo, praticar o ato tal ou qual.”

13. Se a Administração, excedendo-se dos limites traçados pelo sistema legal, deixa de agir discricionariamente, para agir arbitrariamente, o ordenamento assegura ao particular os meios necessários para sua defesa, que variam desde o mandado de segurança até as ações indenizatórias calcados na matriz constitucional do inciso XXXV do art. 5º da Constituição. Daí porque a atuação do Executivo deve ser prudente e contida nos limites gerais da lei.

Não parece estar criada, com tal situação, o indevido exercício da jurisdição pelo Executivo. No caso concreto, o Executivo não estará pronunciando-se sobre o direito, mas tão somente executando-o, promovendo diretamente a interdição do estabelecimento não licenciado ou a demolição da obra irregular.

O Judiciário, de outra parte, não se manifestará a respeito da oportunidade e conveniência do ato, mas quanto à sua legalidade.

Esta é a orientação do direito francês. Na frase de Gaston Jèze em *Appréciation par les gouvernants et leurs agents de l'opportunité d'agir* na *Revue de Droit Public*, 1943, "L'opportunité est un domaine réservé à l'administration active".

14. Na doutrina, Diógenes Gasparini e Celso Antonio Bandeira de Mello distinguem os atos que possuem o atributo da auto-executoriedade, daqueles que não o possuem.

Para estes doutrinadores, a auto-executoriedade deve ser atribuída pela lei ou ocorrer quando for indispensável à salvaguarda do interesse público, revelando-se a urgência na adoção daquela providência específica, diferindo, neste passo, da executoriedade.

Escrevendo sobre a ação demolitória e o poder público em estudo publicado na *Revista Justiça* nº 118, Celso Tosi e Gilberto Passos de Freitas

anotam a posição de Moacir Amaral Santos em sua obra *Ações Cominatórias no Direito Brasileiro*:

"... os atos de polícia edilícia ou sanitária, no sistema brasileiro, não são executáveis diretamente e por força da própria administração de quem provêm, mas sujeitos a controle preventivo do órgão jurisdicional."

"Assim se explica porque as administrações públicas, no exercício de seu poder de polícia edilícia ou sanitária, quando os respectivos atos imponham limitação ao uso da propriedade, deverão necessariamente recorrer ao poder jurisdicional, sempre que o obrigado não execute voluntariamente a ordem neles contida. Em resguardo à garantia do direito de propriedade, que a Constituição assegura as limitações ao seu uso, determinadas por aqueles atos, quando não obedecidas pelos destinatários destes, terão que ser declaradas pelo juiz, sem o que não poderão ser executadas, salvo os casos de urgência manifesta. Quer dizer que as administrações públicas deverão usar de ação para pedir sejam os obrigados compelidos a executar os atos de polícia edilícia ou sanitária que impliquem na necessária limitação ao uso da propriedade."

Anotam os autores do artigo que a legislação processual civil fornece meios para que o administrador público municipal possa tornar eficazes as normas edilícias e urbanísticas, transcrevendo ementas de decisões inseridas na RT 426/98, RDA 39/238 e RDA 48/303, a corroborar seu entendimento.

15. Ora, muito embora a prudência recomende a imediata imposição do ato de polícia ao particular, como, por exemplo, quando se deseja evitar um problema social, em nossa opinião o ordenamento **não veda a atuação direta da Administração, mas incentiva-a, em benefício da coletividade**, em se tratando de banir atividades nocivas. O fato de a legislação processual conter dispositivos que fundamentem a utilização do recurso à via judicial não impede a atuação coercitiva da Administração, sempre que obedecidos os limites da lei e não se verifique a prática do desvio de poder pelo administrador.

Poder-se-ia argumentar que imposição coercitiva da determinação administrativa ao particular não deixaria lugar ao exercício do direito de

defesa, traduzindo verdadeira exacerbação do conceito de supremacia do Estado. Mas, pensamos que o atual inciso LV do artigo 5º da Constituição da República bem atende este aspecto, ao dispor:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Reconhecemos que não existe no Brasil contencioso administrativo organizado nos moldes daquele que há longo tempo funciona em França, situação que formalmente traduz rígida obediência, por aquele país, ao princípio da separação de poderes.

Portanto, não é da tradição do direito brasileiro a defesa em processos administrativos, excetuando-se os de natureza tributária, que possuem órgãos especializados para apreciação dos requerimentos dos contribuintes.

O preceito constitucional que é de aplicação imediata e não se destina a somente orientar o legislador ordinário deve ser tornado efetivo, para que não ocorra uma situação de punição sumária, cujo temor foi objeto da preocupação de Hely Lopes Meirelles no trecho acima transcrito que integralmente aceitamos.

Ainda, se houver lesão ao particular, este deverá recorrer ao Judiciário, para defender seus interesses e não o contrário, posto que, aí sim, caberia falar em prejuízo, mas aos interesses coletivos que clamam a urgência da atuação da polícia administrativa.

16. No âmbito do Município de São Paulo, a questão do exercício do poder de polícia interessa de perto às Administrações Regionais (órgãos de fiscalização) e aos Departamentos (órgãos que representam o Município em juízo) no que tange a interdições, obras irregulares e invasão de áreas municipais.

Em todos estes casos específicos, a atuação municipal é iniciada por intimação, seguida de outros atos, previstos em diplomas legais.

Como dissemos, este "iter" há que ser cumprido porque decorre da lei, sendo que, com fundamento no preceito constitucional acima transcrito, poderá o particular, sentindo-se prejudicado, oferecer a competente defesa perante a Administração ou judicialmente.

Na lição de Ranelletti acima transcrita, o controle do ato administrativo poderá ocorrer, mas sempre "a posteriori".

No entanto, se não atendida a ordem administrativa, impõe-se sua aplicação coercitiva, apresentando-se, neste passo, a questão da necessidade de requisição de força policial.

Nem se alegue que ao reconhecer-se o caráter discricionário dos atos de polícia, estar-se-ia inviabilizando o controle jurisdicional dos mesmos.

Como apontamos acima, a discussão, se cobrada, voltar-se-á não à oportunidade e conveniência do ato, mas sim ao aspecto de sua legalidade, para que se verifique a ocorrência do arbítrio ou desvio de poder. Este posicionamento vem sendo regularmente adotado pela jurisprudência, como anotado por Vitor Nunes Leal em seus comentários ao voto do Desembargador Seabra Fagundes no acórdão publicado na RDA 14/53.

Destacou o autor, no mesmo estudo, o fato de que inexistente ato algum da Administração que esteja totalmente isento do controle judicial: ao menos do ponto de vista da competência do agente para a prática do ato, poderá qualquer ato administrativo sofrer o exame pelo Poder Judiciário.

Nos termos do inciso XII do artigo 70 da Lei Orgânica do Município de São Paulo:

"Compete ainda ao Prefeito:

.....
XII - solicitar o auxílio da polícia do Estado, para garantia de seus atos."

Este dispositivo ajusta-se, sem qualquer dúvida, ao artigo 144 da Constituição da República, que assim dispõe:

"Artigo 144: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

.....
V - polícias militares e corpo de bombeiros auxiliares."

E na Constituição do Estado ...

"Artigo 141 - À Polícia Militar, órgão permanente, incumbe, além das atribuições definidas em lei, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública."

Não se exige a requisição da autoridade judicial para emprego da força policial, se tratar-se de dar respaldo a uma decisão do Executivo.

Não vemos aqui interferência da Lei Orgânica na competência atribuída ao Governador do Estado, para organizar as polícias civis e militares, conforme parágrafo 7º do artigo 144 da Constituição da República.

17. Trata-se pois de determinação para garantia dos **atos** do Executivo, tratando-se de manter a ordem pública, a incolumidade de pessoas e do patrimônio. Tais atos poderão emanar de autoridades outras que não o próprio Prefeito em virtude de normas de delegação de competência. Ainda assim, serão atos do Executivo.

Por outro lado, o parágrafo 8º do mesmo dispositivo constitucional faculta aos Municípios a constituição de guardas municipais para proteção de seus bens, serviços e instalações, dispositivo este repetido pelo artigo 88 da Lei Orgânica do Município.

Assim, parece-nos que à Polícia Militar cabe, em razão do preceito constitucional, atender a todas requisições formuladas pelo Executivo, para garantia de seus atos quando manifesta a necessidade de salvaguarda da ordem pública e a incolumidade de bens e pessoas. É crucial que não pode haver recusa, se o ato é legal e não arbitrário.

São os casos de riscos de desabamentos de aterros e edificações, quando é necessária a interdição de edificação ocupada por particulares.

Ou ainda, nos casos de uso irregular, quando o munícipe, ao descumprir a lei e os atos ordinatórios da Administração, contrária a ordem pública.

Nas hipóteses de invasão de área municipal, justifica-se a intervenção da guarda metropolitana, tratando-se de exigência de proteção ao próprio municipal, garantindo até mesmo ao particular, para repelir a posse nova, conforme dispositivo expresso do Código Civil Brasileiro.

Isto porque, no Município de São Paulo foi criada a guarda metropolitana, o que não ocorre em outros municípios brasileiros.

Sem embargo, a ação da guarda metropolitana não poderá elidir a da polícia militar, se caracterizada perturbação da ordem pública.

18. Quanto à reintegração de posse, parece-nos que se o ordenamento (Código Civil) permite ao particular o desforço imediato, por que não pode a administração, fundadamente, fazer uso do mesmo recurso para garantir a posse de seus bens, sem que, com isto, necessariamente esteja configurado o arbítrio ou desvio de poder?

Lembre-se, como ensina Diógenes Gasparini, em seu Direito Administrativo, pág. 114, que nos casos de retomada de bem público por terceiro, "a reintegração de posse só poderá efetivar-se em cumprimento de ordem judicial, salvo se se tratar de bem público de uso comum do povo ou de bem público de uso especial, conforme têm decidido nossos Tribunais (cf. DOU, 9 de março de 1983, pág. 2293)".

Ressaltamos ainda que, ocorrente a omissão, poderá o município ser condenado a indenizar os particulares prejudicados como vem se posicionando a jurisprudência, em decorrência da adoção da teoria do risco administrativo.

M. Seabra Fagundes, em sua obra O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 6ª edição, colaciona às fls. 152/154 algumas decisões judiciais, que, por guardarem relação com a matéria ora enfocada, permitimo-nos transcrever:

"Sem observância das medidas de precaução, consubstanciadas nas disposições legislativas municipais, a exploração de pedreiras

e conseqüente arrebentação das minas, deixa de ser ato lícito, e pelos danos conseqüentes responde por culpa própria o operário que faz explodir as ditas minas. Participa dessa responsabilidade a Fazenda Municipal, por conceder licença e renová-la para exploração da dita pedreira com infração dos dispositivos legais. O Município, o Estado, e, em geral, todas as pessoas jurídicas respondem quase ex delicto por seus agentes, prepostos ou representantes, desde que a ação ou omissão ilícita se prenda à função que lhes incumbe.” (TJDF, 30-1-1911, Emílio Guimarães, Brasil - Acórdãos, v. 10, n. 28.428)

“Responde o Estado pelo dano causado à tipografia e oficinas de um órgão de imprensa, não importando averiguar, no caso, se o ato lesivo do patrimônio particular foi praticado por funcionários ou empregados públicos no exercício de suas atribuições, porque, na falta de medidas tendentes a prevenir a alteração da ordem, a violação da propriedade, a descobrir e punir os delinqüentes, o Estado é obrigado pela culpa in vigilando a satisfazer o dano.” (STF, 29-11-1916, Revista de Direito, 45, 104)

“A polícia, não tomando providências por este ou aquele motivo relevante que fosse por omissão voluntária, deixou que se ofendesse o direito do autor e o Estado é responsável pelos prejuízos que causou ao autor a inércia do seu representante.”

Além destas, outras decisões podem ser trazidas à colação:

“Responsabilidade civil do Estado. Instalação de favela obstruindo via pública. Acesso a loteamento impedido. Omissão do Poder Público no dever de bem administrar. Indenização devida. É dever do Município manter em condições de uso as vias públicas. Se a instalação de favela impede o acesso ao loteamento, a circunstância guarda nexos de causalidade e acarreta inegável prejuízo aos proprietários, que vêem seus imóveis obstruídos e sem acesso normal, acarretando-lhes danos que devem ser reparados.” (BDM, nº II, ano 8/657 - jan/mar/86 e RT 601/90 - AC TJSP 20/06/85 - Ap. nº 62.148-SP)

“Responsabilidade civil - Ato ilícito - Incêndio - Rompimento de dutos de combustíveis - Caso de “Vila Socó”, localizada em Cubatão

- *Atividade perigosa - Empresa responsável pela manutenção - Omissão - Indenização devida.*" (RT 604/50 - fev/86 - AC TJSF, 03/10/85 - Ap. 63.981-1 - Cubatão)

"Responsabilidade civil do Estado - Omissão dolosa no emprego de recursos públicos - Perdas e danos resultantes de deslizamento de encosta de morro em virtude de precipitações pluviométricas. Obras de contenção insatisfatoriamente realizadas pela Municipalidade - Falta de recursos não comprovada - Indenização devida - Danos materiais a serem apurados em liquidação - Pensão por morte a ser calculada com base no valor do piso nacional de salário - Inclusão da verba de reparação do dano moral sofrido pelo cônjuge da vítima acrescida de despesas de funeral e sepultamento - Aplicação do art. 1553 do CC." (RT 634/151 - 154 - AC TJRJ, 09.08.88 - Ap. 1555/88-RJ)

"Bem público - Via pública - Ocupação por favelados - Impossibilidade de construção de edifícios devidamente aprovados - Responsabilidade da Municipalidade em razão de permissão do bloqueio - Desobstrução determinada - Perdas e danos devidos na hipótese de descumprimento do julgado." (RT 617/065 - AC TJSF, 12.11.1986 - Ap. 77.403-1-SP)

Sobre a questão do desvio de poder escreve Celso Antonio Bandeira de Mello na citada obra *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, pág. 80:

"Concorrem para identificar o desvio de poder fatores como a irrazoabilidade da medida, sua discrepância com a conduta habitual da Administração em casos iguais, a desproporcionalidade entre o conteúdo do ato e os fatos em que se embasou, a incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas firmadas na justificativa e a conclusão que delas foi sacada, assim como antecedentes do ato reveladores de animosidade, indisposição política ou, pelo contrário, de intuítos de favoritismo."

19. Registre-se, por fim, que esta AJC por diversas vezes foi instada a pronunciar-se em relação ao exercício do poder de polícia, em tema de parcelamentos clandestinos (Ofício nº 06/97 - informação nº 089/97); en-

chentes (Memo 09/CEJUR/92); desobstrução de vias públicas (processo nº 31-005.857-93*58 - ementa nº 5999); remoção de famílias moradoras em habitações de caráter subnormal (Memo-ATL 2186/95 - ementa nº 5624); guarda municipal (jornal S. News 29.03.92 e ofício 255/GCM/96 - ementa nº 5662); desocupação de área municipal (processo nº 23-001.486-89*74).

O CASO CONCRETO

20. No caso concreto, questiona SAR se, invocando o poder de polícia do Município, poderia obstar a atividade irregular em relação ao zoneamento urbano por falta de licença de funcionamento e em desacordo com a legislação estadual sobre o meio ambiente, que define a área como APA - Área de Proteção Ambiental.

Verifica-se que a atividade fiscalizatória foi exercida pela MSP, tendo sido lavrado o auto de intimação constante de fls. 01, aplicadas as multas, consoante autos de fls. 37/39, bem como requerida a abertura do competente inquérito policial em razão da desobediência e prosseguimento da atividade irregular.

Em suma: foi exercida a fiscalização nos termos da lei municipal, no que diz com a adequação à lei de uso e ocupação do solo urbano. Cabe pontuar, como bem ressaltado pelo senhor assessor de SAR/ATAJ, que a ação fiscalizatória foi desenvolvida para uma atividade não conforme, sendo que na realidade a atividade é em tese conforme e estava instalada sem a competente licença de localização e funcionamento.

No entanto, a atividade irregular é ainda sabidamente degradadora do meio ambiente.

Assim, consulta-nos SAR quanto ao exercício da própria atividade de polícia nesta hipótese específica, em que se imbricam a afronta à legislação urbanística e à legislação ambiental.

21. Em trabalho publicado na RT 670/231 em co-autoria com a procuradora Maria Lucia Corrêa, defendemos, a partir da edição da Constituição de 88, o exercício do poder de polícia do Município em matéria ambiental, recomendando a edição de legislação específica.

22. Inequivocamente, após este trabalho que datou de 1991 a preocupação com o meio ambiente cresceu em âmbito nacional, tendo havido um esforço conjugado da sociedade civil, organizações não governamentais, Ministério Público e Legislativo, que culminou com a edição da Lei 9605 de fevereiro de 1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Ainda que venha sofrendo acirradas críticas de conceituados penalistas, quanto à deficiência de técnica legislativa empregada, a lei, ao tipificar diversas condutas como crimes ambientais, tornou possível às autoridades administrativas obter um melhor direcionamento nos casos concretos.

23. Contudo, com a recente edição da Medida Provisória nº 1710 de 07.08.98, publicada em 10.08.98, que estabeleceu a incidência da lei relativamente às condutas posteriores a 30 de março do corrente, permitindo a celebração de termo de compromisso para atividades em curso anteriormente, novas dúvidas se apresentaram aos agentes administrativos, configurando-se como uma tentativa de reduzir o rigor do diploma legal.

24. A despeito deste problema, que diz com a aplicabilidade da lei no tempo, é de se ver que nos termos de seu artigo 40, parágrafo 1º, configura-se crime contra a flora:

“Artigo 40 - Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o artigo 27 do Decreto nº 99.274 de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização.

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 1º - Entende-se por Unidades de Conservação as Reservas Biológicas, Reservas Ecológicas, Estações Ecológicas, Parques Nacionais, Estaduais e Municipais, Florestas Nacionais, Estaduais e Municipais, Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de Relevante Interesse Ecológico e Reservas ou outras a serem criadas pelo Poder Público.”

Ainda, o artigo 25 do mesmo diploma capitula a possibilidade de apreensão do produto e do instrumento de infração administrativa ou de crime, da seguinte forma:

“Artigo 25 - Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

§ 2º - Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes.”

25. Diante da clareza dos dispositivos legais, inquestionavelmente caberia, no caso concreto, adotar as providências cabíveis na esfera criminal, para as quais são competentes todos os órgãos integrantes do SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente criado pela Lei Federal 6938/81.

26. À vista das razões expendidas na primeira parte desta manifestação, no campo administrativo, a atuação do Município deverá estar fundamentada na legislação urbanística e na legislação ambiental do Município.

O Termo de Cooperação Mútua constante de fls. 08 destes autos teve em conta tão somente os aspectos técnicos da implantação de um parque público no local. Não nos parece ser o instrumento suficiente para justificar a atividade de polícia da Municipalidade, no sentido do encerramento da atividade. Registre-se ainda que a atividade em tela é admitida pela legislação de uso e ocupação do solo nessa específica zona de uso, consoante informação do Sr. Assessor Jurídico, às fls. 41.

Por esta razão, sequer seria admissível que houvesse ordem de fechamento por parte desta Municipalidade.

As atividades descritas em sua cláusula 1ª, entendemos deverão ser realizadas pela Municipalidade nos limites de sua competência legal. Assim, pensamos que o exercício da atividade de polícia com fundamento na legislação urbanística constitui uma forma de cooperação do poder público municipal dentro das diretrizes do citado termo.

27. Em nosso entendimento, a apreensão de bens particulares ausente a situação de perigo iminente a que se refere o inciso XXV do art. 5º da Constituição não é insita ao poder de polícia, devendo existir permissão para sua ocorrência.

Esta AJC pronunciou-se em parecer do Dr. Antonio Miguel Aith Neto na Informação nº 664/96 - PGM.AJC, a respeito da apreensão de bens, decorrente da reintegração de posse em área pública, tendo sido oferecidas as seguintes conclusões:

"a) a apreensão de bens - decorrente da reintegração de posse procedida nos termos do artigo 502 do Código Civil - implica o aperfeiçoamento de depósito necessário, devendo o proprietário, identificado quando da diligência, ressarcir a Municipalidade dos prejuízos e despesas verificadas com o depósito, sob pena de os bens retidos serem leiloados, visando a esse ressarcimento.

b) os bens móveis abandonados em área municipal, não havendo notícia de quem os abandonou voluntariamente, poderão ser adquiridos pela Municipalidade, nos termos do artigo 592 do Código Civil, por ocupação.

c) em face da pesada responsabilidade imposta pela lei à Municipalidade, decorrente da verificação fática das hipóteses aqui tratadas - (a) depósito necessário e (b) ocupação - cremos ser necessária a regulamentação do procedimento de apreensão e custódia de bens, através de Decreto, para que sejam fixadas com rigor as estreitas margens em que poderão atuar os agentes municipais."

Tratou-se então de situação específica, regrada pelo Código Civil: o abandono de bens e o depósito necessário destes pela Municipalidade.

Também em tema de loteamentos clandestinos, manifestação da Dra. Liliana de Almeida Ferreira da Silva Marçal no parecer constante do Ofício 06/97-SAR-ATAJ invocada às fls. 09 destes autos, entendendo que a apreensão de bens e equipamentos particulares utilizados nas obras deveria ocorrer para coibir a implantação de loteamentos clandestinos.

Não pensamos que a apreensão e perdimento de bens particulares seja a regra decorrente da atividade de polícia e da auto executoriedade do ato administrativo, fazendo-se exigível disposição legal específica para sua ocorrência, ou a solicitação da ordem judicial.

Não advogamos pela inércia da Administração, mas entendemos que a atuação da Administração deve sempre ter em conta o respeito aos direitos individuais.

28. A apreensão e o perdimento de bens no direito brasileiro são temas afetos ao direito tributário penal, mais que ao direito administrativo.

É nesse campo que encontramos legislação específica, em hipótese de contrabando de mercadorias, onde o perdimento decorre de prejuízo causado ao Erário.

No campo administrativo, a questão foi apreciada pelo STF (RDA 102/214, RE 63974) em tema de apreensão de carteira de habilitação de motorista, equiparando tal ato à aplicação de uma penalidade, que exigiria previsão legal.

No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em hipótese de apreensão de veículo, condicionada sua liberação ao pagamento da multa (RDA 14/244).

E assim pensamos, entendendo que a apreensão de bens é hipótese que não se confunde com o abandono de bens particulares quando da desocupação de áreas públicas.

A apreensão é hipótese contemplada no artigo 33 da Lei 10.544/88, tendo em conta animais e mercadorias apreendidos ou abandonados em vias ou logradouros públicos.

29. Tais situações são bem diversas da hipótese apresentada por SAR, na qual os bens, consistentes em peças de veículos usados, integram o estoque do comerciante em atividade irregular.

30. Entendemos portanto que não caberia à Municipalidade no regular exercício do poder de polícia apreender os bens que fazem parte do estoque de estabelecimento comercial, ainda que a atividade seja irregular em face da legislação urbanística.

Parece-nos que esta Municipalidade, se assim procedesse, não teria como armazenar todos os bens apreendidos em razão do irregular exercício de atividades comerciais, industriais e de serviços na forma prevista na legislação de uso e ocupação do solo urbano.

Como demonstramos acima, a apreensão poderia ter lugar com fundamento legal, se decorrente da determinação no curso da apuração de crime ambiental nos termos da Lei 9605/98, ou na hipótese de perigo ou risco iminente, que não se caracteriza neste caso concreto.

31. Neste passo, portanto, alinhamo-nos à conclusão do senhor Assessor de SAR às fls. 41, entendendo que a Municipalidade não poderia exercer seu poder de polícia sem autorização legal.

Assim, havendo legislação municipal específica quanto ao uso e ocupação do solo urbano deve proceder no caso concreto nos limites desta legislação.

Inexistindo previsão legal para a apreensão de bens, para a hipótese de atividade comercial sem licença de funcionamento, não cabe falar neste tipo de providência por parte desta Municipalidade.

Se a ação administrativa foi equivocada, tendo sido fundamentada no dispositivo que prevê a desconformidade do uso (art. 102 do Decreto 11.106/74), e não a falta de licença de localização e funcionamento (art. 101 do Decreto 11.106/74), deverá ser retomada e adequada à realidade fática.

Entendemos cabível portanto:

a) oficiar à Secretaria do Estado e do Meio Ambiente para comunicar as providências adotadas pela Municipalidade de São Paulo, no regular exercício da atividade de polícia e em cumprimento ao Termo de Cooperação Mútua firmado em 3 de junho de 1991;

b) solicitar a apuração da ocorrência de delito contra o meio ambiente, em face do disposto na Lei 9605/98, mediante a expedição de ofício ao Ministério Público;

c) sugerimos ainda, comunicar à Secretaria Municipal do Verde, solicitando sejam intensificados os estudos tendentes a criar medidas protetivas e ações específicas à área da APA do Carmo e em especial promover a alteração do zoneamento na área para estabelecer os usos

compatíveis com sua preservação, encaminhando projeto de lei específico à Câmara.

À consideração superior.

São Paulo, 11/09/1998

MARIA SYLVIA RIBEIRO PEREIRA BARRETTO
Procuradora - PGM/AJC
OAB 65.989

**Prêmio “Trabalho Relevante do Ano”
do Departamento Fiscal**

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXAS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA E COMBATE A SINISTROS. BASE DE CÁLCULO. EXEGESE DOS ARTIGOS 77 E 79 DO C.T.N. E 153 DO C.C.

María de Lourdes Molinari
Procuradora do Município

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Presidente do Egrégio
Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo

Processo nº 681.047-3/01
Execução Fiscal nº 545.036-5/92

A Municipalidade de São Paulo, por sua procuradora abaixo assinada, nos autos da apelação civil em que litiga com Eletropaulo - Eletricidade de São Paulo S/A, irresignada com o V. Acórdão que deu provimento ao recurso da Recorrida e rejeitou os Embargos de Declaração da Recorrente,

vem, respeitosamente, no prazo legal, com fundamento no art. 105, inciso III, letra "a" da Constituição Federal, interpor

RECURSO ESPECIAL

para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado nas razões anexas.

Termos em que requer seja regularmente processado o presente recurso, a fim de que seja reformado o acórdão guerreado.

São Paulo, 13 de fevereiro de 1998

MARIA DE LOURDES MOLINARI
Procuradora Municipal - Fisc. 31
OAB/SP nº 26.287

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

EGRÉGIO TRIBUNAL

Por unanimidade de votos, a Primeira Câmara Extraordinária "A", do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, deu provimento ao Recurso de Apelação da ora Recorrida e rejeitou os Embargos de Declaração da ora Recorrente.

Em assim decidindo, contrariou dispositivos de Leis Federais, ensejando o presente Recurso, conforme prevê o art. 105, inciso III, letra "a" da Constituição Federal.

I - DOS FATOS - SÍNTESE

1 - A Municipalidade de São Paulo ajuizou Execução Fiscal visando cobrar Imposto Predial e Territorial Urbano e Taxas de Conservação, Limpeza e Combate a Sinistros do exercício de 1991.

2 - Opostos Embargos, adveio a r. sentença de fls. 96/102, julgando-os improcedentes.

3 - Após interpor Embargos de Declaração apelou a ora Recorrida, sobrevindo, então, o V. Acórdão que julgou inconstitucional a progressividade do imposto e nulo o lançamento. Não se manifestou, outrossim, quanto às taxas cobradas. À vista disso, foram interpostos Embargos de Declaração, pela ora Recorrente, que foram rejeitados, não mantendo sequer o imposto pela alíquota mínima.

Em assim decidindo, o V. Acórdão negou vigência aos artigos 77 e 79 do Código Tributário Nacional e 153 do Código Civil, conforme ficará demonstrado a seguir.

II - DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA DOS ARTIGOS 77 E 79 DA LEI Nº 5172/66 (CTN)

O V. Acórdão recorrido, deixando de apreciar a cobrança das Taxas de Conservação e Limpeza Pública e Combate a Sinistros, negou vigência ao disposto nos arts. 77 e 79 da lei 5.172/66, Código Tributário Nacional, conforme disposto no art. 145, inciso II, da Constituição Federal.

Tais requisitos constitucionais, reafirmados e definidos nos arts. 77 e 79, da lei nº 5172/66 (C.T.N.) foram totalmente obedecidos pela legislação municipal que instituiu as taxas em debate, estando, pois, presentes nos serviços que ensejam seu lançamento e cobrança. A especificidade se evidencia porque os serviços atendem especificamente determinadas necessidades públicas, ou seja, a conservação e a limpeza das vias, com coleta de lixo; a divisibilidade, por sua vez, porque os serviços são utilizados separadamente, por parte de cada usuário, "*uti singuli*".

É evidente que todo serviço público, exatamente por ser público, em princípio, objetiva a coletividade. A distinção a ser feita, quanto às taxas, é que só não podem incidir quando o serviço for geral e indivisível, o que não se configura na hipótese dos autos.

Ademais, os serviços de conservação e limpeza pública são prestados pela recorrente, existindo, assim, a atividade estatal, dirigida ao contribuinte, uma das causas jurídicas das taxas. Ocorre, portanto, a hipótese de incidência, que consiste na atuação direta e imediatamente referida ao obrigado, mesmo porque o imóvel, a que se refere a cobrança, é bene-

ficiado, efetivamente, pelo serviço regular de limpeza, com coleta e remoção de lixo, de conservação, que visa a manutenção das vias, bem como, potencialmente, pelo de assistência a sinistros. Em contrapartida, compete, ao seu proprietário ou possuidor, o pagamento das taxas.

Ora, se a Constituição Federal, no art. 145, permite a instituição de taxas remuneratórias de serviços públicos, nas condições ali especificadas, a omissão do V. Acórdão recorrido, na verdade, negou a possibilidade de instituição e cobrança de qualquer serviço público, visto que, realmente, em princípio, os serviços prestados pelo poder público visam um fim público.

III - DA BASE DE CÁLCULO DAS TAXAS DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA PÚBLICA DIFERENCIADA DA BASE DE CÁLCULO DO IPTU

Por outro lado, inexistente qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade nas taxas de serviço cobradas pela Recorrente, cuja base de cálculo nada tem em comum com o lançamento do IPTU.

A base de cálculo das taxas municipais é o custo da atividade estatal; é o dispêndio efetivado pela Administração para a realização dos respectivos serviços públicos. Este custo é estimado e vem consignado na peça orçamentária e deve ser repartido entre os destinatários daqueles serviços públicos através de um critério que distribua este custo.

Assim, com relação à taxa de limpeza pública esse critério, em se tratando de prédio comercial ou exclusivamente residencial, em função de sua localização, área edificada e utilização, leva em conta a subdivisão da zona urbana, com aplicação anual, por metro quadrado, de um percentual da Unidade Fiscal do Município, de acordo com o escalonamento previsto.

O mesmo sucede quanto à Taxa de Conservação, que utiliza, como critério de repartição do custo da respectiva atividade estatal, o metro linear em toda a extensão do imóvel.

E quanto às Taxas de Combate a Sinistros é preciso destacar que, conforme o seu próprio nome indica, não se referem apenas ao combate

de incêndios, mas abarcam toda espécie de sinistros, tais como, vazamento de gás, alagamento, etc. Verifica-se, pois, que a base de cálculo das taxas não incide na proibição constitucional: no IPTU a base de cálculo é o valor venal do imóvel; nas taxas, é o custo da atividade do Poder Público, não se confundindo, portanto. E o critério utilizado para a repartição do custo das taxas não é vedado por lei, porque os serviços prestados estão em consonância com a extensão da área servida.

Destaque-se, nesse sentido, o V. Acórdão prolatado pela Sexta Câmara Extraordinária "B", do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, na apelação nº 714.874-3, com relatório do ilustre Juiz Presidente Evaldo Veríssimo:

"Quanto às Taxas, não há qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser considerada na sua exigibilidade. A base utilizada à quantificação delas não desrespeitou o disposto no artigo 145, parágrafo 2º da C.F. e o artigo 77, parágrafo único, do CTN. Não se ignora que o rateio entre os destinatários da atividade estatal, específica e divisível, posta à disposição de todos, do custo daquela, encerra critério que leva em conta, tratando-se de prédio comercial ou residencial, os fatores relativos à localização, área edificada e utilização. Mas igualmente considera a subdivisão da zona urbana, com aplicação anual, por metro quadrado, de um escalonamento também previsto pela legislação de regência. Não é diferente o critério no que permite à taxa de conservação, que tem por base de repartição do custo do serviço estatal, o metro linear de toda a extensão do imóvel. São bases distintas das que viabilizam a apuração do IPTU e, por isto, não se encartam na proibição constitucional."

Importante consignar, também, Acórdão prolatado pela Décima Primeira Câmara Extraordinária "B", do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, na apelação nº 706.423-1, cujo relator foi o ilustre juiz Melo Colombi:

"O artigo 77, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, é de uma clareza meridiana: as taxas não podem ter base de cálculo idêntica à dos impostos. Isto não quer dizer, portanto, que não

possa haver um campo de interpretação entre os elementos levados em conta para o cálculo do valor venal (base de cálculo do IPTU), e os elementos levados em consideração para o cálculo das taxas. Localização, área edificada, metro linear e utilização são elementos que podem perfeitamente ser comuns a ambos os cálculos. Importante é salientar, que a base de cálculo de IPTU é o valor venal, ou seja, aquele de venda à vista do imóvel no mercado imobiliário, o qual não se confunde (não é idêntico) com a base de cálculo das taxas."

Registre-se, por fim, jurisprudência pacífica do STJ, no sentido de que:

*"Diversamente do IPTU, que tem como base de cálculo o valor venal do imóvel, a taxa de limpeza pública é cobrada em função do metro quadrado ou fração da propriedade."
(Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 35.158/SP (96.0053033-5); Recurso Especial nº 56.771-GO (94/34917-3); Recurso Especial nº 88.782-SP (96.00100678-9); Recurso Especial nº 105.182-SP (96.0053386-5); Recurso Especial nº 11.940.0-SP (91.0012288-2)).*

IV - DA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ARTIGO 153 DO CÓDIGO CIVIL

Dispõe o indigitado artigo, em sua primeira parte:

"Artigo 153 - A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável."

Temos aqui um verdadeiro princípio jurídico e, como tal, aplicável a todos os atos jurídicos, inclusive ao ato declarativo de dívida fiscal tributária.

Na verdade, não há dúvida quanto à existência do débito da ora Recorrida, pois o fato gerador está presente: a propriedade do imóvel. Em nenhum momento, nos autos, tal fato foi contestado.

Ora inadmitida a cobrança progressiva do imposto, pelo V. Acórdão, não ficou descaracterizada a dívida. O Julgado, além de não apreciar a cobrança das Taxas de Conservação, Limpeza e Combate a Sinistros, entendeu inviável a progressividade do IPTU, e declarou nula a Certidão de Dívida Ativa. Nessa linha, não manteve o lançamento, sequer pela alíquota mínima, o que é perfeitamente possível. E, em sendo aproveitável a CDA, anulando-a, o Ilustre Colegiado violou artigo de Lei (153 do CC), ensejando a propositura do presente Recurso.

Portanto, se, *"ad argumentandum"*, não puder ser cobrado o imposto progressivo, que diga-se de passagem é constitucional e legal, deverá, pelo menos, ser mantido o lançamento, pela alíquota mínima do imposto e pelas taxas.

Nesse sentido farta Jurisprudência, a saber:

"Execução Fiscal. IPTU Paulistano. Progressividade. Não admitida. Recurso da Embargante provido, para anular o lançamento naquilo que ele tiver superado a alíquota mínima Fica, pois, mantido o lançamento das taxas, descontando-se do lançamento apenas a parcela que superar a alíquota mínima do imposto" (grifos nossos - Apelação nº 706.450.8 - 12ª Câmara Extraordinária do Primeiro Tribunal de Alçada Civil - D.O.J. de 17/09/97 - doc. incluso)

E, ainda:

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA; LIQUIDEZ E CERTEZA.

I - "O Julgado que manda excluir da execução determinada parcela do débito, não tem o condão de tornar a Certidão de Dívida ilíquida e incerta, de modo a ensejar a nulidade do processo executório." (Recurso Especial nº 50.341.8-SP (94.001.8900.1) - doc. incluso)

E, também:

Recurso Especial 49.010.3-SP (94.001.5873-4) - doc. incluso

“O Julgado que manda excluir da execução determinada parcela do débito, não tem o condão de tornar a Certidão de Dívida Ilíquida e incerta, de modo a ensejar a nulidade do processo executório.”

REQUERIMENTO

Na conformidade das razões expostas, a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, invocando os sempre sábios subsídios que possam ser expendidos pela Douta Turma Julgadora, aguarda, serenamente, que processado e admitido o presente Recurso Especial, pelos dois permissivos, sejam os autos remetidos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, para que seja reformado o V. Acórdão recorrido, a fim de que seja declarada válida a exigência do IPTU, inclusive com a progressividade, e das Taxas de Conservação e Limpeza e Combate a Sinistros.

É o que fica requerido!

Assim decidindo, Vossas Excelências estarão garantindo o exato cumprimento das normas e princípios jurídicos, afastando aquelas interpretações distorcidas e restritivas da lei e que nenhum benefício, de qualquer ordem, trazem à evolução da ciência do direito e à JUSTIÇA !

São Paulo, 13 de fevereiro de 1998

MARIA DE LOURDES MOLINARI
Procuradora Municipal - Fisc. 31
OAB/SP 26.287

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Judicial

*INFORMAÇÕES OFERECIDAS EM MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRADO EM VIRTUDE DA NÃO FORMALIZAÇÃO, PELA
PREFEITURA DE SÃO PAULO, DE TERMO DE COMPROMISSO
RELATIVO A OPERAÇÃO INTERLIGADA. OBEDIÊNCIA A MEDIDA
LIMINAR, CONCEDIDA EM AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE, DETERMINATIVA DA SUSTAÇÃO DOS
EFEITOS DA LEI MUNICIPAL Nº 11.773/95.*

Angélica Marques dos Santos
Procuradora do Município

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 10ª Vara da Fazenda Pública

Processo nº 791/98
Mandado de Segurança

O Secretário Municipal do Planejamento, prestando as INFORMAÇÕES requisitadas, e a Municipalidade de São Paulo, por sua procuradora, requerendo seu ingresso, na qualidade de assistente litisconsorcial passiva, nos autos do Mandado de Segurança em epígrafe, impetrado por Construtora Boghosian Ltda., vêm à presença de Vossa Excelência, respeitosamente, expor e requerer o seguinte:

DO PEDIDO

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por empresa do ramo da construção civil que adquiriu lotes na Rua Alcides Lourenço da Rocha, no bairro do Brooklin, visando a implantação de incorporação imobiliária no local;

2. Devido às restrições de gabarito impostas pela legislação municipal, limitando as edificações verticais no local a 8 (oito) pavimentos, em função da largura da referida rua, a impetrante requereu à Municipalidade de São Paulo a aprovação de Operação Interligada, com base na lei nº 10.209/86 e, principalmente, na lei nº 11.773/95;

3. Diz que já estava finalizado o procedimento da Operação Interligada junto à Administração Municipal, com integral aprovação da sua proposta, quando obteve a informação de que o Termo de Compromisso que sela a Operação referida não mais seria firmado, por causa de Medida Liminar concedida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo Regimental extraído da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 45.352.0/7-01, determinativa da sustação dos efeitos da já mencionada lei municipal nº 11.773/95;

4. Sustenta que não poderia ter seu projeto atingido pelos efeitos da liminar, pois já tinha direito adquirido à Operação Interligada, dada a finalização de todo o procedimento, com o deferimento da sua proposta e, em especial, com o pagamento integral da contrapartida pecuniária devida;

5. Requer a segurança para o fim de ser determinada ao Impetrado a assinatura do Termo de Compromisso relativo à Operação Interligada já deferida, bem como o fornecimento de Certidão do seu conteúdo, conforme o art. 3º, p. 2º da lei nº 11.773/98.

O feito processa-se sem liminar.

Razão nenhuma assiste à impetrante, como se verá a seguir.

P R E L I M I N A R M E N T E DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

O pedido, tal como formulado, é juridicamente impossível.

Como se demonstra em anexo, foi concedida, pelo Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça, medida liminar determinativa da sustação dos efeitos da lei nº 11.773/95, até o julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade - **ADIN nº 45.352.0/7-01**, proposta pelo Exmo. Procurador Geral de Justiça de São Paulo, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do aludido diploma municipal.

Trata-se, portanto, de medida liminar que, embora precária, produz efeitos imediatos, como é próprio da natureza jurídica das liminares, e *erga omnes*, como é da natureza das decisões dessa especialíssima modalidade de ação constitucional.

JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que *"Essa ação tem por objeto a própria questão da constitucionalidade."* (in Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Malheiros, 13ª ed., SP, 1997, p. 57). E, mais adiante, ao tratar da eficácia da sentença proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, em cotejo com a proferida por via de exceção, essa sempre limitada às partes, prossegue o Professor:

"Como o objeto do julgamento consiste em desfazer os efeitos normativos (efeitos gerais) da lei ou ato, a eficácia da sentença tem exatamente esse efeito, e isto tem valor geral, evidentemente. Em suma, a sentença aí faz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, que não poderão mais dar-lhe execução sob pena de arrostar a eficácia da coisa julgada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade em tese visa precisamente atingir o efeito imediato de retirar a aplicabilidade da lei. (op. cit., p. 58).

Sendo, o objeto da ação, a cessação da aplicabilidade da lei em geral, a ser garantida por sentença de eficácia *erga omnes*, tem-se que a ordem de sustação da execução dessa mesma lei, pleiteada e concedida liminarmente, tem os mesmos efeitos imediatos e gerais, impedindo de

plano a execução de qualquer ato ou fato que tenha como fundamento de validade essa "lei", agora só com aparência formal de lei, ainda que provisoriamente.

No caso da **ADIN** da lei nº 11.773/95, como se pode verificar no Acórdão juntado por cópia, a medida liminar foi concedida para o fim de evitar prejuízos irreversíveis àqueles que dispõem, até então, de expectativa de obterem os benefícios da lei, como é o caso da impetrante.

O *periculum in mora* ensejador da medida liminar foi ali identificado nos seguintes termos:

No que diz respeito a este risco pela demora, também tem razão o Exmo. Procurador-Geral de Justiça.

Há centenas de pedidos em andamento, com possibilidade de criação de direitos adquiridos.

Sabe-se que a indústria da construção civil é dotada de dinamismo incomum. Obtida uma brecha na legislação geral, edifica-se com enorme rapidez. A possibilidade de formação de fatos consumados é total.

O caso presente é de gravidade maior do que os comuns, que envolvem apenas riscos financeiros, tributários, de prestação de serviços, etc. Aqui são edificações imensas, definitivas, perenes. Como observou o Des. Dante Busana, na sessão de julgamento, a cautela recomenda que se mantenha prestigiada a lei que é genérica (a de Zoneamento) e que se suspendam os efeitos da lei que, na esfera do Executivo, cria as exceções, aparentemente perigosas. Melhor aguardar o julgamento definitivo da ação sem pôr em risco a ordem constitucional e a ordem urbanística.

*Por tais motivos, dou provimento ao agravo.**

Como se vê, à Municipalidade, através do Impetrado ou de qualquer outra autoridade, não restou nenhuma alternativa senão paralisar, de plano, todos os atos e procedimentos pendentes relativos à lei cujos efeitos foram suspensos pela liminar da referida **ADIN**.

Não o fazendo, incidiriam em crime de desobediência, tal como redigido no art. 330 do Código Penal.

Por isso, é difícil conceber eventual procedência desta ação sem a total subversão dos princípios da competência e da hierarquia dos órgãos jurisdicionais, o que fatalmente condenaria o julgado à nulidade.

De fato, é pouco provável a ocorrência de sentença proferida por juiz singular, em mandado de segurança individual, com provimento fundado em lei que teve sua execução suspensa por ordem liminar proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Por outro lado, mesmo que assim não fosse, ou seja, se não houvesse a ordem liminar de sustação da execução da lei nº 11.773/95, ainda assim o pedido seria juridicamente impossível, já que não é possível ao Poder Judiciário obrigar o Executivo à contratação de um compromisso, que é ato de vontade, com natureza tipicamente discricionária. Seria, essa, hipótese de evidente afronta ao princípio da independência e harmonia dos Poderes, estampado no art. 2º da Constituição Federal.

Dessa forma, ante a impossibilidade jurídica do pedido, que se evidencia por qualquer ângulo que se o examine, requerem a Vossa Excelência seja o presente processo declarado extinto, sem julgamento do mérito, na forma do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

DO MÉRITO

- I -

Como explanado na preliminar supra, o motivo da omissão reclamada pelo Impetrante, ou seja, a não conclusão da Operação Interligada por ele requerida junto ao Impetrado, se deu em obediência à medida liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade da lei municipal nº 11.773/95, disciplinadora desse negócio jurídico.

De acordo com a aludida liminar, ficarão sustados os efeitos da lei nº 11.773/95 até o julgamento da **ADIN** nº 45.352.0/7-01, considerando, dentre outros motivos, que "*há centenas de pedidos em andamento, com possibilidade de criação de direitos adquiridos.*"

Esse, aliás, é o caso da Impetrante. Embora embase o raciocínio todo da inicial no fato de estar já concluída a Operação Interligada por ela proposta, o fato é que não se tratava, ainda, de um ato jurídico perfeito, mas sim incompleto.

Por isso, longe de qualquer direito adquirido, a Impetrante detinha, até então, mera expectativa.

Com efeito, dispõe o **art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil**:

“Art. 6º -

§ 1º - *Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.*

§ 2º - *Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.*”

Ora, no caso presente, como exposto na inicial, a Impetrante obteve, até então, da Administração Municipal, somente a aprovação da sua proposta de Operação Interligada com base na lei ora suspensa.

E a aprovação da proposta constitui somente uma das etapas do procedimento dessa Operação. A aprovação, em si, não representa nenhum compromisso ou declaração de vontade da Administração suficiente para fazer gerar efeitos concretos da Operação a ser ainda complementada.

A reprodução de dispositivos da lei nº 11.773/95 permite a melhor compreensão do acima exposto:

“Art. 3º - *As propostas de Operação Interligada tramitarão no âmbito da Secretaria Municipal do Planejamento - SEMPLA, competindo à Comissão Normativa de Legislação Urbanística - CNLU a aprovação das modificações referidas no art. 1º desta lei e a do valor da contrapartida em Habitações de Interesse Social - HIS correspondente.*

§ 1º - A partir da publicação do despacho SEMPLA/CNLU referente à decisão sobre o valor final da contrapartida referida no caput deste artigo, o interessado poderá requerer e obter o alvará de aprovação do projeto respectivo, com a utilização dos novos parâmetros.

§ 2º - Em decorrência da publicação referida no parágrafo anterior, deverá ser firmado, entre o proprietário do imóvel e a Secretaria Municipal do Planejamento, o Termo de Compromisso, do qual constarão todos os direitos e obrigações referentes à aprovação da Operação Interligada, cabendo à SEMPLA, nessa ocasião, fornecer certidão relativa ao conteúdo do referido Termo de Compromisso.

§ 3º - A certidão mencionada no parágrafo anterior será considerada como documento hábil para que o proprietário do imóvel possa requerer e obter o alvará de execução das obras do projeto respectivo, com a utilização dos novos parâmetros autorizados."

Bem se vê que tendo logrado a aprovação da sua proposta para a Operação Interligada, a Impetrante somente galgou uma etapa prévia à consecução do procedimento.

E o procedimento em si apenas se conclui com a assinatura do Termo de Compromisso, que sela os direitos e deveres de ambas as partes. O Termo de Compromisso é o instrumento jurídico que obriga as partes, vinculando-as às obrigações pactuadas, tornando tais obrigações, a um só tempo, exequíveis e exigíveis.

Antes da assinatura do Termo de Compromisso há, para ambas as partes, apenas expectativa de direito.

É de se notar que até então a Impetrante dispõe somente da aprovação da sua proposta e do Alvará de Aprovação do projeto.

Não pode, ainda, dar início às obras. Para isso depende de um Alvará de Execução que, conforme o art. 3º, p. 3º acima reproduzido, poderia obter exclusivamente após a assinatura do Termo de Compromisso.

O Termo de Compromisso é ato-condição para a concessão do Alvará de Execução do projeto aprovado. O Termo de Compromisso é, portanto, o instrumento jurídico que confere, no dizer de **CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO**, "*perfeição, validade e eficácia*" à Operação Interligada para ambas as partes, o particular e a Administração.

Fatos supervenientes ao Alvará de Aprovação, por exemplo, a ordem judicial de sustação dos efeitos da lei que o embasa, como ocorreu *in casu*, podem vir a inviabilizar a efetiva exeqüibilidade do que até então vinha sendo acordado em etapas entre a Administração e o particular. Essa exeqüibilidade, insiste-se, somente ocorreria, para a Impetrante, através do Alvará de Execução.

Por isso não pode a Impetrante invocar qualquer direito adquirido pois esse pressupõe a possibilidade plena do seu exercício atual o que, no caso presente, ocorreria se e após a formalização do Termo de Compromisso referido.

Oportuno, embora não tecnicamente preciso, é o paralelo entre o caso em exame e o procedimento licitatório em que, mesmo obtendo a classificação da sua proposta e a adjudicação do objeto, o primeiro colocado no certame não tem direito adquirido a futuro e eventual contrato, mas mera expectativa de vir a formalizá-lo e nos termos da sua proposta vencedora.

Por isso se tem que a assinatura do Termo de Compromisso não é mera formalidade mas, como diz o próprio item 26. da petição inicial, condição sem a qual não pode, a Impetrante, dar continuidade ao projeto e obter o imprescindível Alvará de Execução das obras.

Isso mostra, por mais uma vez, que a Operação Interligada objeto deste *mandamus* era, ainda, um procedimento em andamento e por isso atingido pela ordem de paralisação proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.

- II -

No tocante aos Compromissos de Compra e Venda e respectivos Aditamentos firmados pela Impetrante e os vendedores dos lotes que

adquiriu no bairro do Brooklin, objeto da proposta de Operação Interligada, tem-se que esses não vinculam ou comprometem de forma alguma a Administração Municipal.

A Impetrante adquiriu os lotes antes da formalização de qualquer proposta à Administração. Tanto que soube da limitação de gabarito das construções verticais naquele local após a aquisição dos lotes, segundo afirmam a inicial e os aditamentos contratuais referidos, o que denota pouca cautela prévia a uma transação de tamanho porte.

Ademais, a leitura dos Compromissos de Compra e Venda acostados à inicial demonstra que a Impetrante se comprometeu a construir edifício, nos lotes, *“conforme proposta a ser aprovada perante a Prefeitura de São Paulo, efetivando, dita incorporação e construção, por sua conta, riscos e responsabilidade exclusivas”* (cláusula 1.3.).

A contraprestação, por sua vez, se daria na forma de dação em pagamento, a cada comprador, de um determinado número de unidades do futuro edifício, *“nos prazos e condições a serem definidos e apresentados através de memorial descritivo no momento oportuno”* (cláusula 2.1.1.).

Depois, nos Termos de Aditamento a cada um desses contratos, a Impetrante deliberou, por conta própria, fazer menção à Operação Interligada que propôs à Administração, como forma de evitar *“prejuízo”* aos então vendedores. Isso porque, acrescenta-se, se não aprovada a construção com gabarito superior a 8 (oito) pavimentos, o lucro do empreendimento seria diminuído ante a obrigação de ceder em pagamento um número proporcionalmente elevado de unidades aos vendedores.

Tal disposição contratual, de *per si*, já seria sugestiva da má-fé da Impetrante, não fosse, ainda, o fato de declarar, nas cláusulas 1.3.2. e 1.3.3. dos Aditamentos respectivos, que a Operação Interligada estava aprovada pela Municipalidade e já paga. Isso aos 23 de fevereiro de 1998, sendo que a própria petição inicial, no item 11., afirma e os documentos comprovam, que a reconsideração do despacho indeferitório da proposta da Impetrante foi publicado somente aos 13 de março desse mesmo ano. O indeferimento havia se dado aos 27 de setembro de 1997, pela falta do pagamento na data aprazada.

Oportuno, por fim, é destacar que eventual impossibilidade ou dificuldade no cumprimento do avençado, pela Impetrante com os vendedores dos lotes, devido à frustração da Operação Interligada até então em curso, é de única e exclusiva responsabilidade sua, já que a Municipalidade não participou de nenhuma tratativa com esses terceiros e em momento algum comprometeu-se ou autorizou à Impetrante comprometer-se, como fez, com base em meras expectativas.

Diante do exposto e provado, Impetrado e Municipalidade aguardam e requerem seja **DENEGADA** a segurança, com a condenação da Impetrante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Termos em que pedem deferimento.

São Paulo, 7 de julho de 1998.

FLÁVIO CHUERY
SECRETÁRIO MUNICIPAL DO PLANEJAMENTO

ANGÉLICA MARQUES DOS SANTOS
Procuradora do Município
OAB/SP 79.945

**Prêmio “Trabalho Relevante do Ano”
do Departamento Patrimonial**

PETIÇÃO INICIAL DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL, PROPOSTA PELO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. LEI PROMULGADA PELA CÂMARA MUNICIPAL, QUE OBRIGA A IMPLANTAÇÃO DE ESCOLAS MUNICIPAIS EM CONJUNTOS HABITACIONAIS: INCOMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

Liliana Maria Grego Forneris
Procuradora do Município



Excelentíssimo Senhor Doutor Desembargador Presidente
do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Celso Roberto Pitta do Nascimento, Prefeito do Município de São Paulo, no exercício da atribuição que lhe confere a constituição do Estado de São Paulo no artigo 90, inciso II, a Lei Orgânica do Município de São Paulo no artigo 70, inciso I, o Código de Processo Civil no artigo 12, inciso II e o Regimento Interno desse Colendo Tribunal no artigo 667, inciso II, por sua procuradora que esta assina, vem, com fundamento no

artigo 74, inciso VI da Constituição do Estado de São Paulo, propor a presente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

em face da LEI MUNICIPAL 12.639, de 06 de maio de 1998, promulgada pela CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, por ofensa à Constituição Paulista, com pedido de MEDIDA LIMINAR DE SUSPENSÃO PROVISÓRIA DA EFICÁCIA da referida lei até o julgamento final, pelas razões a seguir expostas.

1. A NORMA INCONSTITUCIONAL

1a. O Vereador José Silva Amorim apresentou o projeto de lei número 107/97, dispondo sobre a obrigatoriedade de implantação de Escolas Municipais de Educação Infantil nos conjuntos habitacionais resultantes do Projeto PROVER/CINGAPURA.

Aprovado pela Câmara Municipal, o projeto foi submetido ao Executivo, tendo sido inteiramente vetado em razão de sua manifesta inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público (doc.1).

O Poder Legislativo, entretanto, rejeitou o veto, promulgando a Lei 12.639 em 06 de maio de 1998, publicada no Diário Oficial do Município de 15.05.98 (doc.2), com a seguinte redação:

LEI 12.639 DE 06 DE MAIO DE 1998.
(Projeto de Lei 107/97)
(Vereador José Silva Amorim)

Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação de EMEIs nos conjuntos habitacionais resultantes do Projeto PROVER/Cingapura que especifica e dá outras providências.

Nelo Rodolfo, Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, faz saber que a Câmara Municipal de São Paulo, de acordo com o parágrafo 7º do artigo 42 da Lei Orgânica do Município de São Paulo, promulga a seguinte lei:

Art. 1º - Os conjuntos habitacionais resultantes do Projeto de Verticalização de Favela - PROVER/Cingapura cujos números de unidades habitacionais seja superior a 200 (duzentos), deverão ser dotados de uma Escola Municipal de Educação Infantil - EMEI.

Art. 2º - A Escola de Educação Infantil de que trata o artigo 1º desta lei deverá atender, preferencialmente, crianças moradoras do conjunto habitacional de origem.

Parágrafo único - Entende-se, para os fins do disposto nesta lei, como conjunto habitacional de origem aquele implantado em área específica, resultante do Projeto PROVER/Cingapura.

Art. 3º - O Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data de sua publicação.

Art. 4º - As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 5º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Câmara Municipal de São Paulo, 07 de maio de 1998.

O Presidente,

Nelo Rodolfo

Publicada na Diretoria Geral da Câmara Municipal de São Paulo, em 07 de maio de 1998.

O Diretor Geral,

Carlos Borromeu Tini

1b. Como se demonstrará em seguida, a lei é inteiramente contrária às normas expressas e também a princípios que integram a Constituição Paulista.

E, no dizer de Hans Kelsen:

A lei "inconstitucional"

A afirmação de que uma lei válida é "contrária à Constituição" (anti-constitucional), é uma "contradictio in adjecto"; pois uma lei somente

pode ser válida com fundamento na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível acerca dela qualquer afirmação jurídica.

(Kelsen, Hans, Teoria Pura do Direito, Armênio Amado - Editor, Sucessor - Coimbra, 5ª edição - 1979)

Diante da supremacia da Constituição, imperioso que haja, por parte do Poder Judiciário, rigoroso e eficaz controle da validade das normas perante o texto constitucional.

Assim, o próprio sistema jurídico prevê o mecanismo para eliminar normas incompatíveis com a lei suprema, o que fez a Constituição Paulista em seu artigo 90, cuja aplicação ora se requer.

1c. E a lei em causa é inválida não apenas por destoar especificamente de norma da Constituição Paulista, mas por contrariar vários princípios basilares que orientam e limitam a criação de normas infra-constitucionais.

Tais princípios encontram-se insculpidos na Constituição Federal e irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, a tal ponto que ainda que não expressos integram necessariamente as constituições estaduais. No dizer de José Afonso da Silva *"são o conjunto de limitações à capacidade organizatória dos Estados que se dividem em princípios sensíveis, estabelecidos e extensíveis."*

Entre tais princípios encontram-se aqueles atingidos pela edição da Lei 12.639, de 6 de maio de 1998, como o da igualdade, do direito à cidadania, da legalidade, da separação dos poderes e seus reflexos no processo legislativo (vício de iniciativa).

Ainda que não se admita a Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, ela aqui será invocada por via reflexa, na medida em que a lei é incompatível com disposições fundamentais *"que, por sua grande generalidade ocupam posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincu-*

lam, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam" (Carrazza, Roque Antônio, Curso de Direito Constitucional Tributário, 9ª edição, Malheiros Editora, São Paulo).

É justamente nesse sentido o entendimento mais recente do Plenário desse Egrégio Tribunal, ao admitir as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que versam sobre violação de normas da Constituição Estadual que reproduzem princípios constitucionais federais. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 15.922-0/2, em que foi relator o ilustre Desembargador Renan Lotufo, essa idéia se assenta diante da análise de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, onde o Ministro Moreira Alves declara:

"Isso implica dizer que as normas que a Constituição Federal, explícita ou implicitamente, impõe à observância do Estado devem ser transplantadas (normas de reprodução) para as Constituições Estaduais, ao passo que as outras podem, ou não, ser copiadas (normas de imitação) por estas. E é óbvio que esse transplante não se faria necessário se essas normas de reprodução fossem inócuas, por não serem sequer jurídicas. São elas eficazes também no ordenamento jurídico estadual, permitindo, obviamente, que aí atuem como normas dos Estados de aplicá-las e fazê-las respeitar."

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

2a. A Lei nº 12.639 de 06 de maio de 1998 determina que a escola ali referida deve atender preferencialmente aos moradores do Cingapura, contrariando frontalmente o princípio da igualdade, expresso no artigo 40 da Constituição Estadual.

Foi sem dúvida o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª edição, Malheiros Editores, SP) que encontrou o conteúdo exato da isonomia e de cujas lições, aplicadas a este caso concreto, se pode verificar a inconstitucionalidade da lei em causa.

A despeito do princípio isonômico que de forma geral veda à lei oferecer tratamento desigual às pessoas, a função da lei é justamente

discriminar, no sentido de reconhecer situações de fato diversas e daí estabelecer regimes jurídicos próprios.

A questão se põe então na legitimidade dos critérios de discriminação a serem eleitos pela norma a fim de definir as diversas situações.

Com tais luzes fica fácil verificar neste caso concreto a lesão ao princípio da igualdade. O elemento diferencial escolhido pela Lei nº 12.639/98 para criar a situação discrepante, qual seja, permitir o acesso preferencial ao serviço educacional, seria a residência da criança no conjunto habitacional.

Debalde se buscará a correlação lógica entre o fator de desigualdade - moradia no Cingapura - e o tratamento legal discriminatório - direito de freqüentar a escola.

Tampouco se poderá encontrar prestigiado algum valor ínsito no nosso sistema jurídico; nada ali está a justificar a conseqüência que a lei ora atacada atribui ao fato da criança residir no Cingapura.

É de se perguntar por que a outra criança, que eventualmente resida ao lado, em favela ainda não urbanizada, seria negado o direito de freqüentar a escola. Em tese, seria ela mais necessitada, em piores condições de vida.

2b. Então se vêem feridos os princípios básicos estabelecidos pela Constituição Federal e que obrigatoriamente integram também a Constituição do Estado (expressamente no artigo 4º); isto porque o artigo 29, incisos III e IV da Constituição da República Federativa do Brasil elege como objetivo fundamental do Estado Brasileiro a redução das desigualdades sociais (que se dá principalmente pelo acesso à educação) e a promoção do bem de todos, sem discriminação.

Tudo está a indicar que, se discriminação houver, terá de ser no sentido de elevar a uma melhor condição aqueles menos favorecidos, e a lei em causa faz justamente o contrário, ao privilegiar aqueles que já têm uma condição melhor propiciada pela habitação digna.

3. O DIREITO À CIDADANIA E A SEGREGAÇÃO SOCIAL DA LEI

3a. Do nosso sistema constitucional surgiu a cidadania não relacionada apenas com os direitos políticos, de participar do processo democrático. O conceito que se extrai, é sem dúvida muito mais amplo, abrangendo a dignidade da pessoa humana e sua efetiva integração à sociedade.

A dignidade individual da pessoa e a sua imprescindível integração com seus semelhantes, a partir do reconhecimento do mesmo valor no outro, encontra fundamento científico, a par de moral, nas reflexões de Kant:

"Age de tal sorte que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio... seres racionais estão submetidos à lei segundo a qual cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meio, mas sempre e simultaneamente como fins em si".

(Emmanuel Kant, Fundamentos de la Metaphisique des Moeur, Paris, Librairie Philosophique J. Urin, 1992, p. 104, trad. de Urebor Delbos, citado por José Afonso da Silva em Revista da Procuradoria Geral da República, 9, pág. 123, Ed. Revista dos Tribunais, SP)

Assim, a dignidade é atributo inerente ao ser humano, de modo que a Constituição vem apenas reconhecê-la e fornecer os meios para torná-la mais efetiva na vida em sociedade.

3b. É esse justamente o espírito do Projeto Cingapura. Objetiva-se dar solução habitacional em caráter definitivo à população que vive em habitação subnormal, outorgando-lhe de modo prático a dignidade e integração à comunidade.

Atente-se para o seguinte fato: a mudança da favela para uma habitação digna resulta justamente em retirar a família beneficiada pelo programa do estado de absoluta pobreza e marginalização. Abre-se-lhe a possibilidade de efetivamente compartilhar dos benefícios da sociedade, a fim de integrar-se com dignidade.

Dai se extrai que a Lei nº 12.639/98, após consolidada a nova situação, vem novamente pretender a segregação, vinculando uma "escola preferencial" para aquele núcleo.

Ora, mais que sabido que a escola é um importante fator de convivência e integração. A Lei nº 12.639/98 terá portanto como resultado justamente o contrário do que indicam os valores morais, os princípios constitucionais e pretende o projeto Cingapura. Na realidade a implementação da citada lei poderá gerar a segregação dos moradores do conjunto habitacional, ao invés de integrá-los à sociedade como um todo.

3c. Enfim, iníqua e inconstitucional a lei, por ferir o direito à cidadania plena.

Os vícios ora apontados mancham não apenas o artigo 2º da Lei; na realidade eles a contaminam por inteiro. Isto porque vê-se que o objetivo precípuo da construção das escolas seria dar atendimento preferencial aos moradores do conjunto habitacional; há inegável vinculação lógica entre a implantação da escola e atendimento preferencial, que se configura na finalidade do ato administrativo; uma vez que a finalidade é inconstitucional, como já demonstrado, o ato não pode se sustentar, pelo que o artigo 1º também resta inconstitucional.

4. VÍCIO DE INICIATIVA

4a. A Lei nº 12.639/98 foi elaborada em desacordo com as normas constitucionais, pois trata de matéria afeta à iniciativa exclusiva do Prefeito e o projeto foi apresentado por vereador.

Não há dúvida que a implantação de escola pública configura serviço público. E é de larga tradição no direito brasileiro que a organização dos serviços públicos caiba ao Poder Executivo.

Trata-se de dispositivo expresso da Lei Orgânica do Município de São Paulo, artigo 37, parágrafo 2º:

"São de iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre:

...

IV.- organização administrativa, serviços públicos e matéria orçamentária."

É evidente que tal disposição está apoiada no artigo 144 da Constituição do Estado, que restou lesado pela Lei.

Ainda que assim não fosse, a ofensa à Lei Orgânica representa violação ao princípio da legalidade expresso no artigo 111 da Constituição Estadual e da hierarquia das normas, que permeiam todo o ordenamento jurídico.

4b. Nem poderia deixar de ser assim, para que se atendam os princípios que norteiam a Administração Pública. A instalação de escolas não é decisão aleatória; deve ser precedida de estudos para identificar a demanda nas diversas regiões da cidade de modo a distribuí-las de forma adequada; esse é um trabalho necessariamente afeto ao Poder Executivo.

Veja-se o descalabro que pode causar a ingerência da Câmara Municipal com os efeitos da Lei nº 12.639/98. Sendo obrigatória a implantação da escola no conjunto habitacional, é bem possível que tenhamos duas escolas municipais a poucos metros uma da outra, que eventualmente já exista no local. Tal situação é incompatível com o planejamento administrativo, com o princípio da razoabilidade da Administração e com o mais elementar bom senso.

Aliás, a construção dessas escolas comprometerá a dotação orçamentária já prevista, inviabilizando a construção de escolas onde seriam realmente necessárias, ou exigirá dotação orçamentária própria, aí novamente pesando sobre a Lei o vício de iniciativa.

Diante dessas perplexidades, mesmo se admitindo a tendência atual à ampliação das atribuições do Poder Legislativo, é de se ver que a proposição de direito novo em sede de distribuição de serviços públicos deve ser de decisão exclusiva do Chefe do Executivo.

4c. A Câmara Municipal de São Paulo invadiu a competência do Prefeito, legislando sobre matéria intimamente relacionada com a função administrativa, pois previu uma situação concreta: onde implantar uma escola.

A propósito, já decidiu esse Egrégio Tribunal pela inconstitucionalidade de lei com esses argumentos:

"A atribuição primordial do Legislativo é editar normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta, ao passo que a missão do Executivo é a de praticar atos concretos de administração, de conformidade com a lei.

Portanto, não compete à Edilidade determinar ao Chefe do Executivo celebrar convênio com entidade ou empresa, a fim de atender determinado serviço público. Pois, assim fazendo, usurpa atribuição específica do Prefeito".

(Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 16.833-0/3 - SP, Loureiro, Lair da Silva – Ação Direta de Inconstitucionalidade - Jurisprudência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 1986/1995, Editora Saraiva - 1996 - pág. 285).

Assim, fica claro que a Lei é incompatível com a Constituição Estadual, artigo 5º, artigo 24, N. 1 a 3 e artigo 144.

Tem decidido reiteradamente o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo pela procedência de ações diretas de inconstitucionalidade fundadas na usurpação de competência para deflagrar o processo legislativo:

"Usurpada essa função administrativa, com inadmissível interferência no desempenho de encargo que cabe ao Prefeito, na partilha das competências, há que se identificar a mácula da inconstitucionalidade, que contamina de forma radical e fulminante o texto legislativo questionado nos autos".

(Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 13.882-0/4 - SP - Loureiro, Lair da Silva – Ação Direta de Inconstitucionalidade - Jurisprudência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 1986/1995, Editora Saraiva - 1996 - pág. 12).

"Terá ocorrido, portanto, invasão da órbita de competência do Executivo, imiscuindo-se o Legislativo em área tipicamente da função administrativa do Chefe do Executivo, prevendo situações concretas e impondo ao Prefeito a adoção de medidas específicas de execução, de sua exclusiva competência e atribuição, expedindo verdadeira ordem dirigida ao Prefeito".

(Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 21.334-0 - SP - Loureiro, Lair da Silva – Ação Direta de Inconstitucionalidade - Juris-

prudência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 1986/1995, Editora Saraiva - 1996 - pág. 16).

"A lei contendida despojou o Chefe do Executivo de prerrogativa inerente às suas funções governamentais, exercidas através de atos políticos. No rol dessas atribuições privativas figura a iniciativa de lei que o texto constitucional assegura, por similitude, ao Prefeito, como verdadeiro condutor dos negócios municipais, a exemplo do que ocorre com o Presidente da República, no plano federal, e com o Governador, no estadual".

(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 15.922-0 - SP - Loureiro, Lair da Silva – Ação Direta de Inconstitucionalidade - Jurisprudência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 1986/1995 - Editora Saraiva - 1996 - pág. 84)

"O Egrégio Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, consoante iterativa jurisprudência, tem reconhecido o vício decorrente de invasão da órbita da competência do Executivo, nas leis municipais que, apesar de vetadas, são promulgadas pela Edilidade local, concedendo gratuidade e desconto de tarifa nos transportes coletivos urbanos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 12.039-0, 12.584-0, 12.904-0, 12.905-0, 12.826-0, dentre outras)".

(Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 16.833-0/3 - SP - Loureiro, Lair da Silva – Ação Direta de Inconstitucionalidade - Jurisprudência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 1986/1995 - Editora Saraiva - 1996 - pág. 284)

5. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como conseqüência de ter sido proposta por vereador e não pelo Prefeito, a Lei nº 12.639 de 06 de maio 1998 é incompatível com o artigo 5º da Constituição Estadual, que reza:

"São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

De fato, ao determinar locais específicos para implantação de escolas, a lei em causa usurpou do Executivo a legítima competência para a prestação e organização dos serviços públicos, tumultuando o planejamento.

Ficaram assim rompidos o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes.

É neste sentido o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei nº 3.591/90, número 12.905-0/3-SP:

"O princípio da independência e a harmonia dos Poderes está expresso tanto na Constituição Federal (art. 2º), quanto na Constituição Estadual (art. 5º).

A Constituição do Estado de São Paulo traduz o aludido princípio não apenas no art. 5º, onde se apresenta de forma expressa, mas no alicerce e no espírito do ordenamento. Sua violação sempre motivou o acolhimento de pedidos de intervenção estadual no Município e de ações diretas de inconstitucionalidade (Ação direta nº 11.252-0, julgada em 16 de maio de 1990; Ação Direta nº 11.370, julgada em 1º de agosto de 1990).

Nesse sentido, têm sido reiterados os pronunciamentos deste Colendo Plenário: "Se as normas constitucionais estaduais afrontadas pela lei municipal são normas da Constituição da República, incorporadas pela Constituição do Estado, o que se pretende é a última ratio, é a nulidade da lei municipal em face da Constituição do Estado, em harmonia com o disposto no artigo 125, parágrafo segundo, da Constituição da República, que atribuiu aos Estados competência para instauração de representação de inconstitucionalidade das leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual" (Ação Direta nº 11.882-0, Relator o Desembargador Sabino Neto, julgado em 27 de fevereiro de 1991).

Ainda nesse teor, Representação de Inconstitucionalidade nº 11.250-0, Relator o Desembargador Carlos Ortiz, julgado em 28 de março de 1990 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 11.881-0, Relator o Desembargador Torres de Carvalho, julgado em 6 de março de 1991.

É exatamente o caso dos autos, visto que o princípio da independência dos Poderes, consagrado na Constituição Federal (art. 2º) e havido por vulnerado, está incorporado e permeia o conteúdo de inúmeras normas da Constituição Estadual (art. 5º)".

Nem poderia deixar de ser este o entendimento, uma vez que a divisão de poderes é a pedra de toque do Estado de Direito, até hoje a fórmula mais eficaz que se encontrou de proteger o cidadão contra os arbítrios trazidos pela concentração de Poder.

Aqui reside o fundamento das normas constitucionais que regulam a iniciativa dos projetos de lei. O que se colima é a coordenação do Executivo e Legislativo, de modo a garantir o equilíbrio, sem excesso de Poder para um ou outro. Assim, necessariamente, em determinadas matérias, o Executivo propõe, o Legislativo delibera.

6. DA MEDIDA LIMINAR

A singela leitura do texto da Lei nº 12.639 de 06 de maio de 1998 já faz saltar aos olhos os diversos vícios de inconstitucionalidade. Está caracterizado o "fumus boni iuris" a justificar a suspensão de sua eficácia, especialmente quando a lei, às escâncaras, pretende dar tratamento preferencial a determinadas pessoas sem nenhuma justificativa plausível.

Também o vício de iniciativa é verificável "prima facie": a Lei nº 12.639 de 06 de maio de 1998 é originária de projeto de vereador, quando a competência seria do Chefe do Executivo.

O perigo da demora se vê pelo fato de a Administração Pública estar sendo obrigada a cumprir norma que jamais poderá vir a integrar o sistema jurídico, pois com ele é incompatível. Ninguém pode ser compelido a praticar ato inconstitucional; ocorre que, enquanto não declarada a inconstitucionalidade, está a Administração Municipal à mercê dessa situação, daí configurado o perigo da demora.

A par das considerações de natureza técnica, apela-se ao bom senso dos julgadores. A execução da lei em causa implica em obras com gastos consideráveis, sem que a situação possa ser revertida ao "status quo ante". Sem contar o tumulto causado ao planejamento da distribuição geográfica dos estabelecimentos de ensino, com prejuízo para todos aqueles que se utilizam do sistema público.

Assim, presentes os pressupostos e verificada a relevância e urgência da medida, requer-se o deferimento de liminar para que se

suspenda a eficácia da Lei inconstitucional, até decisão final, com fulcro no artigo 688 do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

7. DO PEDIDO

Diante do exposto é a presente para requerer:

- a) o recebimento e regular processamento desta ação;
- b) a concessão, "initio litis", de medida liminar determinando a suspensão provisória da eficácia da Lei Municipal nº 12.639/98, até final julgamento da ação;
- c) sejam requisitadas as informações pertinentes junto à Presidência da Câmara Municipal de São Paulo;
- d) seja dada vista, oportunamente, à D.D. Procuradoria Geral de Justiça;
- e) seja, a final, declarada inconstitucional a Lei Municipal 12.639/98, comunicando-se à Câmara Municipal com vistas a adotar as providências atinentes à suspensão definitiva de sua execução, nos termos do artigo 90, parágrafo 3º, da Constituição Paulista e artigo 676 do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Protestando, por fim, pela juntada de documentos pertinentes à espécie e por outros meios de prova cabíveis, dá-se à presente o valor de R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais).

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 30 de novembro de 1998.

CELSO ROBERTO PITTA DO NASCIMENTO
Prefeito do Município de São Paulo

LILIANA MARIA CREGO FORNERIS
Procuradora do Município
OAB/SP nº 100.212

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento de Desapropriações

*RAZÕES DE APELAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO EM
AÇÃO EXPROPRIATÓRIA, PROPOSTA SEM CARÁTER DE URGÊNCIA.
INEXISTÊNCIA DE DEPÓSITO INICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE
EXTINÇÃO DA AÇÃO SOB ESSE FUNDAMENTO. VEDADA ANÁLISE DE
MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO AO PODER JUDICIÁRIO.*

Taís Angélica Marques Porto
Procuradora do Município

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito
da 9ª Vara da Fazenda Pública

Processo nº 1.306/97
Expropriados: Marília Enokibara e Outros

A Municipalidade de São Paulo, por sua procuradora infra-assinada, não se conformando, “data maxima venia”, com a r. sentença exarada às fls. 79/81, vem, muito respeitosamente, à presença de Vossa Excelência para interpor, com fulcro no artigo 513 e seguintes do Código de Processo

Civil, o presente Recurso de Apelação para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante as razões em anexo.

Requer, assim, processamento do presente recurso, na forma legal, com a oportuna remessa dos autos à Superior Instância, com as cautelas de estilo e independentemente de prévio preparo.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 22 de junho de 1998.

TAÍS ANGÉLICA MARQUES PORTO
Procuradora - Desap 12
OAB/SP 54.772

RAZÕES DA RECORRENTE

EGRÉGIO TRIBUNAL
COLENDAS CÂMARA
ÍNCLITOS JULGADORES

"Data maxima venia", a r. sentença de fls. 79/81 deverá ser reformada por esse Egrégio Tribunal, eis que, nos pontos abaixo especificados, distanciou-se da lei e da realidade dos fatos, pelos motivos que passaremos a expor:

I - DOS FATOS

O ilustre Juiz "a quo" julgou extinta a presente Ação de Desapropriação nos seguintes termos:

"(...) Ante o exposto, e considerando que não foi providenciado o Depósito da Oferta, Julgo Extinta a Presente Expropriatória, nos termos do artigo 267, inciso IV, do CPC. Oportunamente, feitas as comunicações de praxe, arquivem-se os autos."

Considerando os termos da r. sentença extintiva do feito e objetivando a adequada compreensão do deslinde da questão, houve por bem a

expropriante, ora apelante, elaborar abaixo breve e sucinto relato do andamento da ação, retrocedendo aos atos processuais anteriores, de maneira a restar comprovado que a decisão de fls. 79/81 não merece prosperar, por não se enquadrar a situação em foco na hipótese prevista no artigo 267, inciso IV, do C.P.C..

Senão, vejamos:

- A Municipalidade de São Paulo interpôs Ação de Desapropriação visando o imóvel situado à Rua da Moóca, nº 204, para a implantação do Melhoramento Público "Subsistema de Transporte Coletivo de Média Capacidade - Linha Sacomã", atingindo, inicialmente, a área correspondente a 16,78m².

- A ação foi proposta sem caráter de urgência constando da petição inicial a oferta de preço (R\$ 4.870,37), tendo sido instruída com 01 cópia autenticada do D.O.M. do dia 15/10/97, onde consta a publicação do Decreto nº 37.107, de 14/10/97, a Planta P. 27.155-C3, a descrição e as confrontações do imóvel expropriando.

- O MM. Juiz "a quo" no Despacho Inaugural nomeou Perito Judicial, que já apresentou o Laudo Prévio, fixando os seus honorários provisorios no valor mínimo da Tabela Oficial.

- Ficou também consignado no Despacho Inaugural que o pedido de Imissão na Posse seria apreciado após o depósito da quantia correspondente à avaliação prévia do imóvel expropriando.

- Em 16/02/98 foi publicado o seguinte Despacho (fls. 22/23):

"Vistos.

A ação expropriatória não exige apenas a satisfação de pressupostos formais e processuais.

Esta modalidade de demanda somente pode ter início após ter o Poder Público Expropriante, providenciado a devida reserva dos recursos necessários para fazer face às despesas. Os recursos devem ser de monta a satisfazer a oferta e sua complementação, vez que é a soma destes valores que cumpre o preceito constitucional que exige prévia e justa indenização.

Estabelece a Constituição que a Administração não pode dar início a qualquer programa ou projeto não previsto na Lei Orçamentária (artigo 167 e incisos da Constituição Federal), assim como não pode dar início a qualquer obra pública, com a desapropriação, sem antes dispor dos recursos necessários.

Portanto, proíbe a Carta Pública que a ação expropriatória tenha início sem que o Poder Expropriante disponha dos recursos financeiros.

No caso, a Municipalidade ingressou com demanda sem sequer depositar o valor da oferta, o que é de todo inadmissível.

Assim, providencie o depósito da oferta em 10 (dez) dias, sob pena de extinção da ação.

Manifeste-se, após a efetivação da oferta, sobre a certidão negativa do Oficial de Justiça.

Int."

- Tão logo cientificada do teor da r. decisão de fls. 22/23 a Municipalidade de São Paulo protocolou petição esclarecendo que a presente ação não contava com depósito inicial da oferta porque foi proposta sem o caráter de urgência, sendo que tão logo necessitasse o Poder Público ocupar o imóvel para a execução do melhoramento público previsto para o local, os depósitos necessários (inicial e complementar) seriam imediatamente efetuados.

- Ficou consignado, também, na petição de fls. 64/65, que o preceito constitucional da prévia e justa indenização está sendo preservado e resguardado pelo Poder Público Municipal, pois previamente à ocupação do imóvel a expropriante efetuará os depósitos consoante a exigência constitucional, tendo sido requerido o prosseguimento do feito em seus regulares termos, abrindo-se vista à expropriante para manifestação quanto à Certidão do Sr. Oficial de Justiça.

- Ocorre que, em virtude de razões de ordem técnica supervenientes e oriundas de exigências do projeto, houve alteração da Linha Expropriatória do Melhoramento Público ("Subsistema de Transporte Coletivo de Média Capacidade - Linha Sacomã") ensejando a adequação da ação expropriatória às modificações surgidas, tendo a expropriante apresentado

os "Novos Elementos da Ação", concordando, inobstante as alterações havidas, com o valor obtido no Laudo Provisório, por se mostrar adequado e compatível com terreno e benfeitorias atingidos.

- Posteriormente os autos foram à Conclusão, tendo sido proferida a r. sentença de fls. 79/81, que pretende a expropriante ver reformada.

II - DO DIREITO

DO ATENDIMENTO, POR PARTE DA EXPROPRIANTE, DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO ART. 13 DO DECRETO-LEI 3.365/41 NA ELABORAÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL

Diversamente do decidido na r. sentença de fls. 79/81, não se verifica, nos autos, a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Ao contrário, todos os requisitos e exigências processuais destinados à constituição e ao desenvolvimento do processo estão presentes e foram atendidos, na íntegra, pela expropriante.

A petição inicial foi elaborada com fulcro no disposto no artigo 282 do Código de Processo Civil e artigo 13 do Decreto-Lei nº 3.365/41, tendo sido instruída com todos os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Além dos requisitos discriminados nos sete incisos do artigo 282 do C.P.C., os quais estão presentes, a expropriante atentou, com rigor, ao disposto nos requisitos específicos do art. 13 do D.L. 3.365/41.

Declinou o preço ofertado a título de justa indenização e como não se tratava de desapropriação com caráter de urgência, não requereu a imissão prévia na posse.

Não requerida a imissão prévia, o que iria ocorrer no curso normal do processo, no momento oportuno, não efetuou o depósito da oferta inicial, já que não está obrigada a fazê-lo, ausente o caráter de urgência da presente desapropriação.

Oportuno salientar que no procedimento desapropriatório, dada a urgência ou não na execução do melhoramento público previsto para o local, o depósito da oferta inicial pode ocorrer em qualquer fase processual, dependendo do interesse público norteador do feito, ou seja, o momento da imissão na posse será ditado por razões de conveniência e oportunidade administrativas.

Desta feita, a alegação da urgência, ditada unicamente por razões de ordem administrativa, pode ser suscitada em qualquer fase processual, inclusive perante a Instância Superior.

Neste sentido, o ilustre jurista Kiyoshi Harada, in "Desapropriação - Doutrina e Prática", ensina que:

"no caso de constar pedido de imissão prévia na posse, deve acompanhar a respectiva guia de depósito do valor ofertado."

Desta forma, apenas na hipótese de alegação de urgência é que a guia de depósito da oferta deve acompanhar a inicial, ditando o art. 15 do Decreto-Lei nº 3.365/41:

"Se a expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do CPC, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens."

Preleciona José Cretella Júnior in "Comentários à Lei da Desapropriação" - Companhia Editora Forense, 3ª edição, página 303, que:

"Dois requisitos exige a lei para a imissão provisória: a alegação de urgência pelo poder público expropriante e o depósito da quantia arbitrada, de acordo com o que preceitua o artigo 685 do Código de Processo Civil. Ou seja: "Despachada a petição inicial, feitas as citações necessárias e, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contestado ou não o pedido, o Juiz procederá a uma instrução sumária, facultando às partes a produção de provas, dentro de um tríduo, e decidindo, em seguida, de acordo com o seu livre convencimento."

"Declarada a urgência de desapropriação, o desapropriante pode ser imitado na posse do imóvel, se fizer previamente o pagamento ou o depósito do máximo de indenização prevista em lei, mesmo que o interessado não concorde". (Ildefonso Mascarenhas da Silva, Desapropriação por Necessidade ou Utilidade Pública, 1947, pág. 400/401).

"A declaração de urgência, feita no Decreto Expropriatório ou no curso da ação expropriatória, servirá de termo inicial para a imissão na posse. (TASP, em RDA, 114:269)."

"O prazo de imissão prévia, nas desapropriações de urgência, se conta não do Decreto Expropriatório, mas da petição, em que, mediante requerimento, em juízo, o expropriante solicita os efeitos da urgência, declarada no decreto (TASP, em RT, 279:149, e RDA 114:270)."

Em suma, a expropriante cumpriu, com rigor, o disposto no art. 282 do C.P.C. e as exigências do art. 13 do D. L. 3.365/41, encontrando-se a petição inicial formalmente perfeita, com integral preenchimento das exigências estruturais.

Válida e regular a petição inicial, deu-se início à fase judicial expropriatória e o processo, que vinha se desenvolvendo formalmente em ordem, prematuramente foi extinto.

DA DISCRICIONARIEDADE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Celso Neves define a desapropriação como:

"ato jurídico complexo de direito público que implica na perda da propriedade, ditada por interesse ou necessidade da Administração, mediante indenização" (in Parecer, 1966, Revista dos Tribunais, 376:377).

A contundente definição acima traduz, com clareza, os traços característicos do instituto que se caracteriza como um ato de império subordinado a um rígido procedimento jurídico-formal.

Entretanto, o que inspira, dá vida e justifica o procedimento administrativo da desapropriação é a necessidade, utilidade ou interesse social, cujos critérios de julgamento são privativos do administrador público.

Segundo o saudoso jurista Hely Lopes Meirelles, in "Direito Administrativo Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, página 92:

"...O bem comum, identificado com o interesse social ou interesse coletivo, impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar. Se o administrador se desviar desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder ou de finalidade, que poderá ser reconhecido e declarado pela própria administração ou pelo Poder Judiciário. Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz." (grifos nossos)

Na ação em questão, não houve prática de qualquer ilegalidade pela Administração Pública ou, ainda, desvio de poder ou de finalidade, sendo prerrogativa unicamente da Administração Pública determinar o momento oportuno para a execução de determinada obra pública e, vislumbrando a ocasião oportuna, efetuar os depósitos necessários para fins de imissão na posse.

Preleciona, ainda, o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, na obra já citada, que:

"...no processo de desapropriação, o Poder Judiciário limitar-se-á ao exame extrínseco e formal do ato expropriatório e, se conforme à lei, dará prosseguimento à ação para admitir o depósito provisório dentro dos critérios legais, conceder a imissão na posse quando for o caso, e, a final, fixar a justa indenização e adjudicar o bem ao expropriante. Neste processo é vedado ao Juiz entrar em indagações sobre a utilidade, necessidade ou interesse social, declarado como fundamento da expropriação, ou decidir questões de domínio ou posse." (Hely Lopes Meirelles, in "Direito Administrativo Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, pág. 561 - grifos nossos).

DA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA

Diversamente do disposto na r. sentença de fls. 79/81 o melhoramento público em questão está incluído na lei orçamentária anual, conforme se verifica da cópia do Orçamento Anual, publicado no D.O.M. do dia 07/01/97, existindo dotação orçamentária para a execução do melhoramento público.

Salienta a expropriante, ora apelante, que a execução orçamentária compete exclusivamente ao Poder Executivo (artigos 69, X e 70, VI da Lei Orgânica do Município de São Paulo), sendo que a fiscalização da aplicação dos recursos compete institucionalmente ao Poder Legislativo (artigos 14, XII, XV e XVIII e 47 da Lei Orgânica do Município de São Paulo) e não ao Poder Judiciário.

Não compete, portanto, ao Poder Judiciário apreciar e decidir questões privativas do Poder Executivo, sob pena de macular a independência e harmonia entre os Poderes, ferindo o disposto no artigo 2º da Constituição Federal.

III - DO PEDIDO

Face ao exposto, aguarda a Municipalidade de São Paulo o provimento desta Apelação, a fim de ver reformada a r. sentença, determinando-se o prosseguimento da Ação Expropriatória em questão, com o regular processamento, como medida de

J U S T I Ç A !

São Paulo, 22 de junho de 1998.

TAÍS ANGÉLICA MARQUES PORTO
Procuradora - DESAP 12
OAB/SP 54.772

**Prêmio “Trabalho Relevante do Ano”
do Departamento de Procedimentos
Disciplinares**

*MANIFESTAÇÃO EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO, REJEITANDO
PEDIDO DE EXCLUSÃO DE PROVA CONSTANTE DOS AUTOS.
EXEGESE DO ART. 5º, INCISOS XII E XVI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
GRAVAÇÃO FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES NÃO
CARACTERIZA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E NÃO ESTÁ
DISCIPLINADA PELA LEI 9.296/96. SUSPEITA DE PRÁTICA DE CRIME
CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: INTERESSE SOCIAL
PREDOMINA SOBRE DIREITO À PRIVACIDADE.*

Marta Martins do Carmo Donato
Procuradora do Município

Processo Administrativo nº 1997-0.258.755-7
Interessado: Secretaria das Administrações Regionais
Assunto: Irregularidade – Inquérito Administrativo

PROCED 1
Sra. Procuradora Chefe

Ingressa o patrono do indiciado Miguel Marcos Barba com petição acostada às fls. 216/217, por meio da qual requer a exclusão do presente processo das fitas gravadas, suas transcrições e qualquer referência a

provas obtidas por meios ilícitos ou, em havendo licitude em sua obtenção, requer que constem do processo os elementos probatórios que assim a demonstrem.

Alega, em síntese, que:

1. as fitas gravadas correspondem a interceptação de comunicações telefônicas;
2. não há registro de quem seja o autor da prática nem da forma como as gravações foram obtidas; e
3. não há declaração a respeito de como tais elementos foram trazidos à autoridade municipal e de quem seria o responsável por sua inclusão no processo.

Aduz, assim, que referida gravação foi obtida por meios criminosos, em desrespeito ao art. 5º, incisos XII e LVI da Constituição Federal, de forma que a manutenção das fitas, consideradas meios ilícitos de prova, eis que obtidas por meio delituoso, e respectivas transcrições, no presente processo, macularia todo o procedimento do inquérito, inclusive futura decisão administrativa, tornando-o passível de nulidade.

Observe-se que a defesa contesta a validade das gravações que, em seu ponto de vista, constituem interceptações telefônicas.

Analisemos, pois, cada uma das objeções tecidas.

1. NÃO HÁ REGISTRO DE QUEM SEJA O AUTOR DA PRÁTICA NEM DA FORMA COMO AS GRAVAÇÕES FORAM OBTIDAS

A série de reportagens publicadas pelo jornal Folha da Tarde nos dias 11 e 12.12.97 tem como repórteres responsáveis Roberto Cosso, João Renato Brajal e Edson Monteiro, consoante se verifica da publicação encartada à fl. 10v.º, que indica, ao final, tais nomes, por extenso. As demais publicações consignam as iniciais de um daqueles repórteres, entre parênteses, no final dos textos.

Dessa forma, não pode a defesa afirmar que não há registro de quem seja o autor das gravações.

A notícia encartada à fl. 13, que menciona conversa mantida com o indiciado Kleber Perez, está assinada por Roberto Cosso. Tal conversa, **mantida por telefone**, foi transcrita pela Comissão Processante, encontrando-se o trecho a ela correspondente inserido às fls. 141/154. Verifica-se que, logo no início, existe a identificação do interlocutor de Kleber Perez que diz: "É Roberto da Folha da Tarde".

O diálogo com o indiciado Miguel Marcos Barba, mencionado na notícia encartada à fl. 23, não consta das fitas encaminhadas juntamente ao presente processo e a conversa com o indiciado Carlos Eduardo Basso não foi mantida ao telefone, de forma que, em ambos os casos, não se pode falar em INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, não se inserindo no objeto da presente análise.

As demais conversas não são desenvolvidas com os indiciados neste processo, mas com terceiros, como, por exemplo, os donos ou funcionários de empresas especializadas na colocação de placas (fl. 10), de imobiliárias (fl. 09), o vereador Alberto Hiar (fl. 15v.^o), o investigador Benedito Machado Neto (fl. 17) e seu filho Marcelo Machado (fl. 12v.^o), observando-se que as reportagens que as mencionam sempre contêm a indicação do jornalista responsável pela matéria, por meio de suas iniciais.

Assim sendo, não há que se falar em falta de identificação do autor das gravações.

A forma de obtenção da gravação é, muitas vezes, mencionada nas próprias reportagens. Por exemplo, a conversa com Carlos Eduardo Basso foi mantida em um bar, em frente à Vigilância Urbana, sendo que, de acordo com a matéria estampada à fl. 19 v.^o, "o repórter usava um gravador escondido na pochete".

Já a conversa com Marcelo Machado Filho foi gravada por telefone, conforme notícia de fl. 12 v.^o.

No tocante a Kleber Perez, ao ser ouvido em averiguação preliminar à fl. 28, declarou que o repórter Roberto de Souza Campos Russo (sic) telefonou a ele, de forma que a gravação da conversa só pode ter ocorrido por telefone.

2. AS FITAS GRAVADAS CORRESPONDEM A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Já verificamos, no item anterior, que nem todos os diálogos reproduzidos nas fitas gravadas ocorreram ao telefone.

Especificamente quanto às gravações realizadas pelos repórteres do jornal Folha da Tarde, não se pode considerá-las INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, posto que este não é o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria.

Nesse diapasão, trazemos à colação o ensinamento de Vicente Greco Filho, em "Interceptação Telefônica", Saraiva, SP, 1996, ao tecer considerações sobre a Lei 9.296, de 24.7.96:

"Ainda no capítulo das observações preliminares, é importante fazer uma distinção que nem sempre se apresenta, quer em julgamentos, quer em textos doutrinários, qual seja a diferença entre a gravação feita por um dos interlocutores da conversação telefônica, ou com autorização deste, e a interceptação. Esta, em sentido estrito, é a realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente gravação de sua conversa e no desconhecimento deles. Esta é que caracteriza o crime do art. 10 se realizada fora dos casos legais; a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro, chamada por alguns de gravação clandestina ou ambiental (não no sentido de meio ambiente, mas no ambiente), não é interceptação nem está disciplinada pela lei comentada e, também, inexistente tipo penal que a incrimine. Isso porque, do mesmo modo que no sigilo de correspondência, os seus titulares – o remetente e o destinatário – são ambos, o sigilo existe em face de terceiros e não entre eles, os quais estão liberados, se houver justa causa, para divulgação.

A lei não disciplina, também, a interceptação (realizada por terceiro), mas com o consentimento de um dos interlocutores.

Em nosso entender, aliás, ambas as situações (gravação clandestina ou ambiental e interceptação consentida por um dos interlocutores) são irregulamentáveis porque fora do âmbito do inciso XII

do art. 5.º da Constituição e sua licitude, bem como a prova dela decorrente, dependerá do confronto do direito à intimidade (se existente) com a justa causa para a gravação ou interceptação, com o estado de necessidade e a defesa do direito, nos moldes da disciplina da exibição da correspondência pelo destinatário (art. 153 do Código Penal e art. 233 do Código de Processo Penal)."

No mesmo diapasão, Ada Pellegrini Grinover, em "Liberdades Públicas e Processo Penal – As Interceptações Telefônicas", RT, SP 1982:

"Faz necessariamente parte da interceptação ato de terceiro; a doutrina já assentou a diferença entre a captação de comunicações telefônicas entre pessoas diversas do ouvinte e a gravação de uma conversa, por obra de um dos interlocutores, ainda que sem o conhecimento do outro; é que as interceptações indicam sempre a intervenção externa em comunicação entre outras pessoas, com a finalidade de tomar conhecimento de circunstâncias que, de outra forma, permaneceriam desconhecidas. Aquele que grava suas próprias conversas não é terceiro, com relação às mesmas, nem toma conhecimento de notícias que de outra forma desconheceria; limita-se a documentar fatos já conhecidos. A gravação de telefonemas próprios permanece, portanto, fora da disciplina das interceptações, embora possa configurar outra modalidade de violação à intimidade, a violação de segredo."

A jurisprudência também reconhece a diferença acima apontada, consoante exemplos mencionados na citada obra de Vicente Greco Filho:

*Tribunal de Justiça de São Paulo
(AI n. 171.084-1 – São José dos Campos – 1ª Câmara Civil – Relator: Euclides de Oliveira – 24.03.92)
Prova – Gravação de comunicação telefônica – Deferimento – Interpretação do Art. 5º, inciso XII da Constituição da República – Recurso provido nesse sentido. É admissível aceitar como prova a gravação feita através de fita magnética de conversação mantida com terceiro, quando não haja interceptação, cumprindo ao juiz apreciar o valor do documento, se necessário através de perícia aferitória de sua autenticidade.*

Prova – Comunicação telefônica – Interceptação – Secretária eletrônica – Admissibilidade, eis que obtida licitamente, embora sem o conhecimento de sua formação pela outra parte – Reputa-se inaceitável que, a pretexto da intransigente proteção ao direito à inviolabilidade das comunicações, se viole o igualmente constitucional direito de defesa. O que a Constituição veda é a interferência de terceiro no interior do diálogo, sem aceitação do comunicador ou receptor, aquilo que se denomina interceptação, dando azo à gravação clandestina. Todavia, a conversa regular entre duas pessoas que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão de pensamento, admite gravação por uma das partes.

Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

Prova – Escuta telefônica – violação à garantia constitucional do sigilo – Inocorrência – Inteligência do art. 5º, XII da Constituição da República – A garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas diz respeito à interceptação, mas não a escuta, que com aquela não pode ser confundida, podendo ser admitida como prova em processo judicial (RJTACrim. vol. 22, abril/junho/94, p. 178. Relator: José Santana).

No caso em apreço, as conversas foram mantidas entre um jornalista e um interlocutor. Cada jornalista identificado nas respectivas reportagens da Folha da Tarde manteve conversas, algumas telefônicas, com determinadas pessoas. O jornalista e o receptor são os titulares do direito do sigilo, sendo certo que a lei não veda que um deles grave a respectiva conversa e a divulgue, se houver justa causa. Assim sendo, não se pode falar em interceptação.

O problema da justa causa será abordado posteriormente.

3. NÃO HÁ DECLARAÇÃO A RESPEITO DE COMO TAIS ELEMENTOS FORAM TRAZIDOS À AUTORIDADE MUNICIPAL E DE QUEM SERIA O RESPONSÁVEL POR SUA INCLUSÃO NO PROCESSO

Malgrado tal circunstância não infirme a prova em questão e, portanto, não constitua justa causa para sua exclusão do processo, como

pretende a defesa, a alegação, de qualquer modo, também carece de fundamento.

Primeiramente, é mister lembrar que o processo administrativo é informado, dentre outros, pelo princípio do informalismo que, no dizer de Hely Lopes Meirelles, em "Direito Administrativo Brasileiro", RT, 12.^a ed., 1986, "dispensa ritos sacramentais e formas rígidas para o processo administrativo, principalmente para os atos a cargo do particular. Bastam as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental".

Ora, depreende-se da leitura dos textos encartados neste processo em cópias xerográficas, às fls. 05/23, que, para confecção da matéria, os jornalistas mantiveram contatos pessoais e telefônicos com empresas ligadas ao ramo imobiliário e de divulgação, bem como com funcionários de órgãos públicos municipais.

Esses contatos foram registrados por meio de gravações constantes de fitas cassete que, segundo se lê na matéria de fl. 05 v.^o, foram encaminhadas ao Secretário das Administrações Regionais, Alfredo Savelli. Este, segundo a mesma notícia "ouviu parte das gravações e prometeu apurar".

À fl. 18v.^o, encontra-se reportagem cujo título é "Prefeito manda comissão averiguar denúncias no prazo máximo de 5 dias", da qual destacamos os seguintes trechos: "A reportagem da FT ouviu ontem o Secretário das Administrações Regionais, Alfredo Mário Savelli, sobre as irregularidades e exibiu trechos das gravações que denunciaram a rede de corrupção ... Savelli se disse interessado em apurar e punir os funcionários culpados pelos atos ilegais relatados pela FT. 'Quero pegar tudo isso, documentar o máximo possível e levar até as últimas consequências' ... 'Não estou preocupado com vereador. Estou preocupado em averiguar com toda profundidade **essas gravações que você trouxe** para concluir em relação ao envolvimento dessas pessoas em irregularidades que andam ocorrendo" (grifamos).

A reportagem acima referida se encontra subscrita pelo jornalista Roberto Cosso, sendo crível que tal repórter tenha procurado o Secretário das Administrações Regionais a pretexto das investigações por ele promovidas, ocasião em que lhe entregou as fitas em questão.

Essa hipótese é confirmada por meio do despacho de fls. 80/81, do Secretário das Administrações Regionais, em que recebe o relatório da Comissão de Averiguação Preliminar e encaminha o processo ao Departamento de Procedimentos Disciplinares, mencionando, "in fine", que "acompanha envelope contendo 3 (três) fitas gravadas".

Assim sendo, a questão suscitada pela defesa fica dirimida, posto que se pode concluir que o jornalista Roberto Cosso entregou as fitas gravadas ao Secretário das Administrações Regionais e esta autoridade municipal é a responsável por sua inclusão neste processo.

Mister se faz esclarecer que as fitas gravadas também foram encaminhadas ao DECON, consoante indicado na reportagem de fl. 53 e confirmado pela Comissão Processante que tem promovido contínuas diligências no DIPO, a fim de verificar o andamento do Inquérito Policial n.º 92/97 – 2.ª DECON. Nessa instância, foram tais gravações submetidas a perícia técnica no Instituto de Criminalística, devendo o laudo respectivo passar a integrar o presente processo, a fim de que se possa concluir corretamente acerca de sua autenticidade.

No que se refere ao debate quanto à ilicitude do meio de prova em apreço, importante considerar os conceitos doutrinários sobre a prova proibida. Paulo Lúcio Nogueira, em "Curso Completo de Processo Penal", Saraiva, 1993, assim preleciona:

"Em primeiro lugar, cumpre distinguir o que seja prova ilegítima e prova ilícita, já que somente esta tem sido objeto de controvérsias. Prova ilegítima é aquela proibida por uma norma instrumental ou processual. Assim, a produção de prova ilegítima é proibida. Ex.: o art. 233 do processo penal dispõe que as cartas particulares interceptadas ou obtidas por meio criminoso não serão admitidas em juízo. Mas, as cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa do seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

Já a prova ilícita é a que resulta de proibição de direito material. A colheita da prova ilícita é proibida.

Como diz Camargo Aranha 'a violação de um direito material pode ser ampla, não se resumindo na oposição à lei; é possível ofender

os costumes (exteriorizar segredo obtido em confessionário), a boa-fé (usar gravador distarçado), a moral (recompensar parceiro para conseguir a prova de adultério), etc.”

Quanto à prova inserida neste processo, observa-se que nenhuma das gravações contidas nas fitas cassete pode ser considerada interceptação telefônica porque, ou não foram feitas em aparelho telefônico, ou, quando isso ocorreu, quem gravou a conversa foi um dos interlocutores e tal situação não se insere nas hipóteses previstas no art. 5.^º, inciso XII da Constituição Federal e na Lei 9.296, de 24.7.96, conforme se verificou acima. Sob tal aspecto a prova atacada não pode ser conceituada como ilícita.

No que tange à possibilidade de a violação ao direito à intimidade infirmar tal prova, bem como às gravações efetuadas fora do aparelho telefônico, temos que confrontar tal direito com a justa causa para a gravação, que, no presente, parece-nos inquestionável, haja vista a provável ocorrência de crime contra a Administração Pública que originou, inclusive, providências policiais.

Ainda sob esse ângulo, interessante lembrar que há três teorias a respeito da prova ilícita. Reproduzimos a lição de Paulo Lúcio Nogueira na obra já citada:

1º) Teoria da admissibilidade, para a qual somente as provas ilegítimas, que resultam de uma norma processual, é que estão vedadas e podem ser rejeitadas. Assim, os violadores de uma norma material respondem pela violação, mas a prova colhida tem validade. Como diz Ada Pellegrini Grinover ‘as provas colhidas, por exemplo, de uma violência arbitrária, devem ser admitidas, punindo-se apenas, penal ou disciplinarmente, o autor do ilícito’.

No mesmo sentido Camargo Aranha: ‘a conversa telefônica interceptada fica mantida como prova, processando-se o ofensor pela violação da lei adequada; a fotografia obtida mediante violação da intimidade vale como prova, punindo-se o violador; a gravação obtida sub-repticiamente permanece, embora se reconheça a má-fé do exibidor’.

2º) Teoria da inadmissibilidade ou da rejeição, que tem por base o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado e o de

que se a prova é ilícita ofende ao direito, não sendo, assim, admissível.

Esta teoria tem certas variações, que, em última análise não deixam de se insurgir contra a prova ilícita, que atenta contra os princípios do direito e da moral.

3º) Teoria da proporcionalidade, que procura buscar um certo equilíbrio entre os interesses sociais e o direito fundamental do indivíduo.

Tal teoria reconhece a ilicitude da prova, mas, tendo em vista o interesse social predominante, admite sua produção.

O ilustre Camargo Aranha propõe uma nova denominação para essa teoria, ou seja, do interesse predominante, o que não deixa de ser perfeitamente aceitável e válido.

A teoria da proporcionalidade é perfeitamente defensável, pois tendo em vista o interesse social ou público, deve este prevalecer sobre o particular ou privado, que de modo algum merece ser resguardado pela tutela legal, quando o particular fez mau uso do seu direito.

A regra é que todo cidadão merece o amparo ou proteção constitucional dos seus direitos fundamentais, mas, desde que faça mau uso desses direitos, deixa também de continuar merecendo proteção, principalmente quando se contrapõe ao interesse público.

.....
Assim, o dispositivo constitucional aprovado no sentido de que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º LVI) deve ser interpretado de acordo com a teoria da proporcionalidade, pois o que é inadmissível é deixar de colher determinada prova importante e de interesse social, ainda que em detrimento do direito individual."

Tal teoria tem sido aceita pela jurisprudência, consoante se verifica das seguintes decisões:

SONEGAÇÃO FISCAL – Prova – Art. 5º, LVI, da CF – Política criminal que deve proteger a sociedade e não o criminoso
VOTO – Não adianta reclamar contra a imoralidade do comportamento de toda uma nação se não houver vontade política de combatê-lo.

Existe vontade política também na interpretação e na aplicação da lei. Se a interpretação for benigna demais, complacente demais, as leis serão ineficazes para combater o crime.

Ao vingar a aplicação generalizada da nulidade por provas ilícitas, será simplesmente impossível flagrar um sonegador de tributos, já que é crime que costuma disfarçar-se e raramente é praticado em praça pública.

Se a autoridade foi violenta e invadiu o domicílio e obteve prova da materialidade do crime, há de se perquirir se a violência continua atualmente inutilizando a prova, como seria o caso de confissão obtida mediante tortura. Mas, surpreender o criminoso na prática do crime, apesar de ele se ocultar, para mim é ato digno de elogio e perspicácia da polícia. Do contrário, estaria a fazer a apologia do crime praticado às escondidas, censurando-o apenas quando cometido às escâncaras.

Não sou contrário à aplicação do art. 5º, inciso LVI da Constituição. Mas pugno pela sua aplicação sensata. Justiça não é inimiga da polícia nem seus objetivos estão divorciados dos objetivos desta. A política criminal deve ser orientada no sentido de proteger a sociedade e não o criminoso.

Só Deus sabe o que está se passando atrás das paredes de uma casa. Se houver fundadas suspeitas de que ali está sendo perpetrado um crime, a sociedade tem o direito de invadir a casa para se resguardar. O direito à privacidade não pode agasalhar nem proteger os criminosos. (HC 95.02.17100-4/RJ – 1ª T – rel. Des. Federal Chalu Barbosa – DJU 12.03.1996, in RT 728 – julho de 1996, p. 884/666).

Prova criminal – Interceptação telefônica – admissibilidade – Inviolabilidade do sigilo que não tem caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (due process of law), deve prevalecer o que atenda ao interesse maior, vale dizer ao interesse da sociedade (Ap. Crim. n. 185.901-3 – Indaiatuba – 3ª Câmara Criminal – Relator: Segurado Braz – 30.10.95 – v.u.).

Não há na Lei nº 8.989/79 ou no Decreto nº 35.912/96, que orientam o processo administrativo disciplinar no âmbito desta Municipalidade, qualquer vedação ao acolhimento da legislação penal, sua doutrina e jurisprudência, para subsidiar a resolução de questões nesta instância.

Ressalte-se, finalmente, que a idoneidade da prova em questão está atrelada ao laudo do Instituto de Criminalística solicitado na esfera policial, cuja cópia integrará o presente como prova emprestada.

Ademais, não serão as gravações questionadas as únicas provas produzidas neste processo. Outras serão determinadas durante a instrução e será o conjunto probatório integral que possibilitará um correto juízo de valor sobre a prova em apreço, cuja retirada, neste momento, seria precipitada e desnecessária.

Com essas considerações, elevamos o presente a Vossa Senhoria, sugerindo o encaminhamento dos autos à apreciação do Excelentíssimo Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos, para que, pela competência, melhor analise o pedido de fls. 216/218, acerca da retirada da prova dos autos.

São Paulo, 04.09.98.

MARTA MARTINS DO CARMO DONATO
Procuradora Presidente – PROCED 221
OAB/SP 66.679

*PARECER SOBRE A APLICABILIDADE DA NORMA MUNICIPAL
RELATIVA AOS LIMITES DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DO OBJETO DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL.
NATUREZA DA NORMA FEDERAL QUE REGE A MATÉRIA.*

Lucia de Toledo Piza Peluso
Procuradora do Município

EMENTA Nº 9515

ADITAMENTOS UNILATERAIS DE CONTRATOS. Parágrafo 2º do art. 81 da Lei Municipal 10.544/88. Legislação Federal (Art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93). Normas gerais e especiais. Competência constitucional. Análise doutrinária. Pronunciamento do TC de que as normas referentes aos limites de alteração contratual são específicas. Anteprojeto de lei federal sobre Licitações e Contratos. Sistematização de normas gerais e especiais. Conclusão pela apli-

cabilidade da lei municipal. A excepcionalidade do § 2º. Necessidade de comprovada justificação técnica. Observância dos princípios da razoabilidade e da obrigatoriedade de licitação, pela Administração Pública. Proposta de alteração legislativa e de orientação normativa.

INTERESSADO: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO
ASSUNTO : Contrato 065/SVP/96

Informação nº 2452/00 – PGM.AJC

ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA
Senhora Procuradora Assessora Chefe

A questão a ser analisada por esta Assessoria Jurídico-Consultiva, nos termos do despacho do Sr. Secretário dos Negócios Jurídicos, envolve a tese jurídica acerca da aplicabilidade ou não da norma municipal relativa ao aditamento unilateral do objeto do contrato, constante do art. 81, § 2º, da Lei 10.544/88, em face do disposto no art. 65 da Lei Federal 8.666/93, alterada pela Lei 8.883/94.

Importa ressaltar que, com base no pronunciamento do TCM, no processo TC 2633-95*23, relatado pelo Conselheiro Paulo Planet Buarque, em resposta à consulta formulada pelo Sr. Prefeito, e em considerações teórico-doutrinárias, foi adotado, no âmbito da Administração Municipal, o entendimento da subsistência da norma municipal em face da Lei Federal 8.666/93, em razão de sua conceituação como norma especial.

Para aferir da “estrita similaridade à hipótese sub examine e rigoroso atendimento dos requisitos e preceitos previstos na lei”, foi editada a Ordem Interna 8/97 - Pref.G, de 27 de maio de 1997, determinando que as alterações contratuais que implicassem acréscimos ou supressões dos respectivos objetos, deveriam restringir-se aos limites estabelecidos no § 1º, do art. 81, da Lei 10.544/88 e que as situações que caracterizassem a excepcionalidade do § 2º, do mesmo artigo, teriam seu uso restrito a situações especialíssimas e deveriam ser submetidas à análise técnico-jurídica da Procuradoria Geral do Município.

Foi, então, constituída pela Portaria 26/97 – SJ.G a Comissão Especial incumbida de verificar, caso a caso, a aplicabilidade excepcional da precitada norma. Em sua atuação, ressalta a Comissão que sempre se valeu dos informes técnicos dos órgãos competentes das Secretarias contratantes, dada a formação exclusivamente jurídica de seus membros.

A situação de incerteza jurídica, instaurada a partir das decisões judiciais condenatórias em ações de reparação por ato de improbidade administrativa, propostas pelo Ministério Público, objetivando a declaração de nulidade de Termos de Aditamento de Contratos de Limpeza Pública, e a divergência doutrinária sobre o tema motivaram o posicionamento da Comissão, no sentido de não poder assumir o risco de pronunciar-se com base no dispositivo permissivo excepcional da lei municipal, ante a possibilidade de o Poder Judiciário vir a considerar como norma geral o art. 65, § 2º, da Lei Federal 8.666/93. Propôs, então, a submissão dos casos à análise da Superior Administração, com “sugestão de que o pronunciamento final em situações concretas seja adotado pela Pasta interessada, único fórum com conhecimento técnico para avaliar a exceção eventualmente justificadora da aplicação do art. 81, § 2º, da Lei 10.544/88.”

Instada a nova análise, por determinação do Titular da Pasta, sobrevieram as manifestações divergentes dos membros da Comissão.

A posição majoritária, consubstanciada no pronunciamento dos Procuradores Nelson Luiz Nouvel Alessio, Sônia Maria Alves de Souza e Maria Clara de Moraes Vaz, ressalta (1) a circunstância de a Comissão ter se revelado como instância meramente cartorária, limitada à verificação dos aspectos formais do processo; (2) a insegurança jurídica de se continuar a adotar a orientação vigente, como forma de preservar a responsabilidade da autoridade signatária dos aditamentos; (3) a constatação de que, na prática, houve situação de propostas repetitivas de aditamentos para o mesmo contrato, caracterizando aumentos excessivos, até da ordem de 192,54%, o que leva à indagação: onde estará o limite?

O voto divergente da Procuradora Vera Lúcia S. R. de Barros, após reiterar os termos do ofício 316/99 e da Informação 1688/00 – PGM.AJC, com destaque para a proposta de que o pronunciamento final seja da Pasta interessada, opina pela subsistência dos fundamentos jurídicos que

embasaram os pronunciamentos em relação aos casos submetidos à análise da Comissão e, dessa forma, do ponto de vista jurídico-formal, conclui pela possibilidade de concretização do acréscimo no caso concreto.

O outro voto divergente, da Procuradora Maria Fernanda Raposo de M. T. Martins, enfatiza a oportunidade de revisão do entendimento firmado, ante as decisões judiciais e a posição de certos doutrinadores desfavoráveis à tese enfocada pela Administração Municipal, até para resguardo da responsabilidade da autoridade que irá assinar o Termo de Aditamento Contratual. Propugna, ante o quadro de incerteza, em atenção ao princípio da razoabilidade, que sejam conceituadas as “situações especialíssimas”, para que a Comissão possa se pronunciar sobre os casos futuros sem adentrar na função de pré-julgar questões que transcendem sua competência técnico-jurídica. Em conclusão, enquanto não enfrentadas as questões suscitadas, posiciona-se desfavoravelmente aos aditamentos, adotando-se, por cautela, o limite previsto no art. 65 da Lei Federal 8.666/93.

A questão nodal, como se vê, é, pois, definir qual a norma aplicável à *fattispecie* concreta, ou, em outras palavras, se a norma da lei federal que limita o aditamento contratual para acréscimo ou supressão do objeto é de natureza geral ou especial.

Importa frisar que, muito embora na inicial das ações propostas pelo Ministério Público tenha sido focado o tema, arguindo a generalidade da norma federal, da leitura das decisões judiciais verifica-se não ter sido apreciada especificamente a questão:

1) Autos 2112/99 – 13ª VFP – Não consta do relatório da sentença que tenha sido suscitada, nas defesas dos requeridos, a aplicação da norma municipal; os acréscimos quantitativos que excederam o limite de 25% do valor do contrato foram considerados ilegais, devendo responder pela reposição ao erário, solidariamente, os agentes públicos e as contratadas signatárias dos Termos de Aditamento que superaram o limite legal; os agentes públicos foram condenados à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos por 05 anos e ao pagamento de multa civil.

2) Autos 1071/99 – 8ª VFP – Segundo consta do relatório da sentença, a defesa apresentada por Alfredo Mario Savelli alegou que “a Lei 8.666/93 não se aplica em sua totalidade aos Estados e Municípios, sendo possível ser ultrapassado o limite de 25% nos contratos regulados pela Lei 8.666/93”; na parte da motivação, o julgador considerou não terem sido **justificados** os aditamentos para utilização, em dez ocasiões, da razão da exceção, fato esse considerado por si só suficiente para caracterizar a nulidade dos atos; a ampliação do objeto do contrato foi tida como burla ao princípio da concorrência (sic) e não decorreu de fato superveniente, necessário, imprescindível e urgente; todos os réus praticaram a conduta prevista no art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92, enquadrando-se nas penalidades do art. 12, inciso II, da mesma lei; os agentes públicos foram condenados à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos por 08 anos e ao pagamento de multa civil e as empresas contratadas ao pagamento da multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de 05 anos; condenação de todos os réus a, solidariamente, devolverem tudo o que foi pago a partir do 3º Aditamento.

3) Autos 2440/99 – 4ª VFP – Fundamenta a decisão na circunstância da inexistência de situação diferente ou excepcional que ensejou a inclusão de serviços que não foram objeto do edital, em afronta ao princípio da licitação (art. 37, XXI, CR); os aumentos violaram o disposto no art. 65 e §§ da Lei 8.666/93; os réus praticaram a conduta prevista no art. 10, incisos VIII e IX, da Lei 8.249/92 e estão sujeitos às sanções previstas no art. 12, II; ressarcimento, pelos réus, de tudo que exceder ao limite de 25%; os agentes públicos foram condenados à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por 05 anos e pagamento de multa civil; e as empresas ao pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, por 05 anos.

Infere-se, das decisões judiciais, que, muito embora as sentenças condenatórias referidas nos itens 1 e 3 tenham se embasado na ilegalidade dos aditamentos contratuais, por exceder o limite imposto pela legislação federal, não foi justificada a aplicação do art. 65, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93.

A matéria importa na verificação da atribuição constitucional de competência às esferas dos poderes políticos integrantes da Federação.

À União foi conferida a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 22, inciso XXVII), resguardada a competência suplementar dos Estados e Municípios para editar normas de caráter especial (art. 24, § 2º, c/c art. 30, II). A disciplina constitucional pôs fim à discussão doutrinária sobre ser possível ou não à União legislar sobre a matéria. Restrita, no entanto, às normas gerais.

Importa, pois, conceituar o que são normas gerais e normas especiais e definir qual a natureza da norma federal invocada.

Para esse mister, deve-se afastar de plano a concepção simplista de se considerar normas gerais as normas para licitações e contratos, instituídas pela Lei 8.666/93, tão só pelo enunciado de sua ementa ou por terem sido editadas pela União.

Essa solução, a par de fazer tábula rasa de conceitos jurídicos, é sobretudo ofensiva ao princípio constitucional do federalismo, estruturante do modelo estatal (arts. 1º e 18), e que se constitui em cláusula pétrea da Constituição (art. 60, § 4º, I). A Federação impõe respeito à autonomia dos Estados e Municípios, antes que a compõem, observada a esfera própria de competência de cada qual.

Não é pelo simples fato da norma emanar do Legislativo federal que deva ser considerada de observância obrigatória para as demais pessoas de direito público interno. Na estrutura federativa não há hierarquia de uma unidade da Federação sobre a outra, mas tão só maior abrangência de sua normatividade.

Dialeticamente, à atribuição de competência à União para legislar sobre normas gerais, há uma **auto-limitação** à atividade legiferante federal, em âmbito nacional, no que **não** se referir a princípios e diretrizes sobre licitação e contratos; e **limitativa** aos demais entes políticos em legislar sobre o assunto contrariando as normas gerais nacionais. As

normas só serão constitucionais se editadas de acordo com a distribuição de competências prevista na Constituição da República.

À evidência, a expressão "normas gerais" não se constitui em mera expressão tautológica, porque todas as normas são investidas de caráter de generalidade e abstração. A norma geral deve ser dotada de um grau maior de generalidade e abstração, sob pena de anular a distinção que deve existir entre essa categoria de norma e as normas em geral.

O tema é intrincado, cercado de controvérsias, ante a inexistência de um conceito normativo preciso sobre "normas gerais", o que dá ensejo a interpretações diversas.

Preleciona Alice Gonzalez Borges:

"São normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos." ("Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos", RDP 96/81)

Ou, em outras palavras suas:

"..., as normas gerais hão de ser as que instrumentalizam princípios constitucionais, quanto a aspectos cuja regulamentação seja *essencial* à atuação integral do preceito que as fundamenta; deverão ser regras que assegurem sua aplicação uniforme, na disciplina de situações homogêneas, apenas no *quantum satis* necessário à plena realização da norma fundamental." (Normas Gerais no Estatuto de Licitação e Contratos Administrativos, RT, SP, 1991, p. 42/43)

A contrario sensu,

"normas que detalhem, minudenciem todos os aspectos de uma questão, nada deixando à imaginação do legislador local para que crie direito, atendendo às suas peculiaridades, às exigências diversificadas pelos múltiplos interesses públicos a atender, no uso da sua competência constitucional, seguramente *não são* normas gerais." (idem, ibidem, p. 46)

O grau de dificuldade na obtenção de um consenso sobre a exata significação do que sejam “normas gerais” reflete-se mais intensamente na aferição da subsunção fática de determinada norma a um conceito fluido, impreciso, indeterminado.

Considerando a mesma taxinomia jurídica das normas federais, estaduais e municipais, a distinção entre norma geral e especial há de ser dada pelo exame de seu conteúdo.

Ante o delineamento teórico-conceitual, importa considerar, especificamente quanto à limitação da alteração unilateral dos contratos, prerrogativa do poder público, se se trata de norma geral ou especial.

Para o deslinde dessa questão, é mister, primeiramente, analisar o art. 65 da Lei Federal 8.666/93, em confronto com o art. 81 da Lei Municipal 10.544/88:

“Art. 65 – Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I. Unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

§ 1º - O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º - Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.”

“Art. 81 – Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados:

I. Unilateralmente, pela Administração, quando:

a) houver modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites fixados por esta lei;

c) forem necessárias alterações de quantidades e serviços extraordinários, sem modificação do objeto do contrato;

§ 1º - O contratado fica obrigado a aceitar, pelos mesmos preços e nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto do contrato, e, no caso particular de reforma de equipamento ou contratação, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os acréscimos.

§ 2º - O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos de quantidade e os serviços extraordinários, ditados por necessidade de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto do contrato, em percentuais superiores aos previstos no § 1º, devidamente justificados, mantido o objeto do contrato."

Não se pode olvidar que o anterior diploma licitatório, o D.L. 2.300/86, sob cuja égide foi editada a Lei Municipal 10.544/88, já previa as mesmas hipóteses de alteração unilateral do contrato, pela Administração, e os mesmos limites ora estatuidos, no art. 55, I e seu § 1º. E, na análise das normas gerais, concluiu a renomada autora Alice Gonzalez Borges que o art. 55 "caput" consubstancia "normas de teoria geral dos contratos, com resguardo do equilíbrio financeiro assegurado no art. 37, XXI, CF" e, em relação ao § 1º, que "as minúcias deste parágrafo, evidentemente, não são cogentes". (Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, ob. cit., p. 67 – grifos nossos)

Corroborando esse entendimento, no âmbito municipal alicerçam a orientação traçada as razões expendidas pela Dra. Nodette Mameri Peano, no Processo TC 72.003.841-94*03 (cópia anexada), quando se pronunciou no sentido de que são normas gerais:

"... as que enunciam ou desenvolvem os princípios constitucionais e próprias do procedimento licitatório, a igualdade dos concorrentes,

as modalidades de licitação, as fases do procedimento, a onerosidade das contratações administrativas, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente ajustado, a universalidade da licitação, a liberdade de competição, o regime jurídico dos contratos administrativos e a garantia dos direitos dos administrados."

De acordo com essas premissas conceituais, conclui que os limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei Federal 8.666/93, por se referirem a **detalhamento** de alteração contratual, não podem ser considerados normas gerais.

Igual posicionamento foi assumido pelo E. TCM, no julgamento do processo TC 463.97-96, em que foi efetuada consulta pelo Sr. Prefeito acerca da possibilidade de alteração contratual em percentual superior ao estabelecido na Lei Federal 8.666/93, enquadrando-se os acréscimos nas disposições da Lei Municipal 10.544/88. Por unanimidade, os Srs. Conselheiros decidiram pela não inserção do § 2º, do art. 65, da Lei Federal 8.666/93 no conceito de norma geral, sendo, pois, aplicável aos contratos administrativos a regra do § 2º do art. 81, da Lei Municipal nº 10.544/88.

Também no processo TC 2.633.95-23 foi adotada a mesma conclusão, sob a alegação de que

"... o estabelecimento de limites para alteração de um contrato vigente cuida de regra de gestão contratual, espécie típica do exercício da autonomia administrativa municipal. Afinal, se ao Município não for permitido definir as balizas para execução dos contratos que firma, o que restará de sua autonomia consagrada no texto da Constituição?"

Mais relevante, no entanto, é a sistematização das normas licitatórias apresentada pelo então Ministério da Administração e Reforma Administrativa, no Anteprojeto de Nova Lei de Licitações, publicado no DOU de 19.02.97, que, dirimindo a controvérsia jurídica, indica, no Título I, os Princípios e as Normas Gerais e, no Título II, as Normas e os Procedimentos da Administração Pública **Federal**.

Em que pese não ter sido dado seguimento ao procedimento legislativo, é de inequívoca importância a divulgação do texto, resultado de

estudos desenvolvidos por Grupo de Trabalho Intersecretarial, sob a coordenação da Casa Civil da Presidência da República, que retrata o conceito extraído por alto escalão técnico da Administração Federal, inclusive sobre o exercício da competência da União prevista no art. 22, inciso XXVII.

Nesse trabalho, a prerrogativa de modificação unilateral dos contratos, nos casos especificados em lei, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos da contratada, consta do Título I, no art. 14, I, portanto conceituada como norma geral. As hipóteses de alteração unilateral do contrato e os limites dessa alteração estão previstos no Título II, art. 110, § 1º, como norma aplicável somente à administração federal.

A distinção é clara. Exprime o que é de aplicação nacional – o princípio da prerrogativa do poder público no contrato administrativo – e o que é de aplicação na esfera administrativa federal – as hipóteses de alteração contratual e os limites a que deve se subordinar. Os conceitos doutrinários, impregnados de um certo grau de plasticidade, são, aí, sintetizados, de forma inequívoca e precisa.

Mesmo considerando a conclusão de ser a norma questionada de caráter especial, portanto não cogente para a Administração Municipal, é importante, para possibilitar uma visão mais abrangente da problemática da alteração unilateral dos contratos, referir a distinção apresentada pela doutrina quanto às hipóteses legais, constantes das alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 65 da Lei Federal 8.666/93, em face da natureza da modificação, qualitativa e quantitativa, respectivamente. A limitação imposta pelos §§ 1º e 2º é referente apenas à alteração quantitativa. É o que aponta Leon Frejda Szklarowsky:

“Essa modificação qualitativa, que difere da alteração quantitativa (alínea b do inciso I), não tem um limite prefixado e pode calçar-se em fatos imprevistos ou inevitáveis, como novidades tecnológicas ou imposições do Estado (fato do príncipe).

Atente-se, porém, que, sem embargo de a lei não fixar uma limitação incisiva, como o faz, na alínea b (inciso I, art. 65), o contratante deverá balizar, essa alteração, dentro dos limites razoáveis e im-

prescindíveis, de modo a atender o interesse público. Deve haver demonstração cabal de que a modificação é necessária, sem o que prejudicados estariam o projeto ou as especificações, porque em conflito com os objetivos pretendidos. A motivação é essencial.” (“As Alterações dos Contratos Administrativos na Lei 8.666/93”, Curso Avançado de Licitações e Contratos Públicos, Ed. Juarez de Oliveira, p. 199/200)

Comunga do mesmo entendimento Caio Tácito:

“As alterações qualitativas, precisamente porque são, de regra, imprevisíveis, senão mesmo inevitáveis, não têm limite pré-estabelecido, sujeitando-se a critérios de razoabilidade, de modo a não se desvirtuar a integridade do objeto do contrato.

Daí porque as alterações qualitativas exigem motivação expressa e vinculação objetiva a causas determinantes devidamente explicitadas.” (RDA 198/366)

Da mesma forma, Antonio Marcello da Silva traça a distinção dos institutos disciplinados nos incisos I e II, sendo que “o primeiro – alteração do projeto ou especificações – não se sujeita, absolutamente, aos limites previstos nos §§ 1º e 2º do referido art. 65” (RDA 198/64), mas não pode afetar o objeto do contrato na sua essência.

Feita a necessária distinção, também verificada na Lei Municipal 10.544/88, à mesma conclusão chega-se na interpretação do art. 81, §§ 1º e 2º.

O limite às alterações contratuais **quantitativas** deve ser observado. Somente situações **excepcionais, justificadas por necessidade de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto do contrato**, poderão se subsumir ao permissivo legal do § 2º.

Comentando o dispositivo da Lei Municipal, pronuncia-se Carlos Ari Sundfeld:

“Nesses termos, as hipóteses em que os aditamentos contratuais podem superar os percentuais de 25% e 50% são aquelas em

que, por dificuldades de ordem técnica não previstas e razoavelmente imprevisíveis – como no caso das sujeições imprevistas –, seria impossível, sem o acréscimo, realizar cabalmente o objeto do contrato.

Essas condições foram adequadamente captadas pelo legislador do Município de São Paulo que, ao editar a Lei 10.544, de 31.5.88, cuidando das licitações e contratos administrativos, estabeleceu, nos §§ 1º e 2º de seu art. 81:

.....
Conquanto o dispositivo possa ser criticado em alguns aspectos, não se lhe pode censurar a descrição do caso em que é cabível ultrapassar os limites previstos no § 1º. Muito adequadamente, exigiu-se que os acréscimos sejam *ditados por necessidade de ordem técnica e indispensável à concretização do objeto do contrato.* (RTDP – 2, p. 159)

Superada essa questão, deve ser enfrentada, pela relevância temática, a **excepcionalidade** de que devem se revestir as modificações contratuais. Excepcionalidade essa que deve ser cabalmente **justificada**, em decorrência de fatos supervenientes à contratação, em respeito aos princípios que regem a licitação, que não podem, sob nenhum aspecto, ser violados em decorrência de alterações abusivas e injustificadas.

Sendo a alteração unilateral dos contratos **prerrogativa** do poder público, em face da supremacia de que goza no regime jurídico dos contratos administrativos, constituindo-se na principal cláusula exorbitante, só pode ser invocada no estrito **interesse público**, nunca como forma de favorecer a contratada, sob pena de caracterizar o crime licitatório tipificado no art. 92, da Lei 8.666/93. A alteração contratual deve se circunscrever à moldura do razoável e do imprescindível à prossecução do interesse público objetivado na licitação.

Na interpretação do preceito legal deve ser, sempre, observado o binômio mutabilidade do contrato/inalterabilidade do objeto, e a superveniência do motivo justificador.

Fere a lógica do razoável a utilização dessa excepcionalidade como se fora habitual; alterações sucessivas e ilimitadas; alterações que denotem

imprevisão da Administração na definição do objeto licitado; alterações que desnaturam o objeto do contrato.

Poder-se-ia, a esse passo, suscitar o mesmo questionamento apresentado pelos membros da Comissão Especial, no voto majoritário: "qual o limite?"

A resposta há de ser dada pela observância do princípio da razoabilidade, conjugado com o da obrigatoriedade da licitação para a Administração Pública, como determina o inciso XXI, do art. 37, da Constituição da República. Se não houver limite imposto pela razoabilidade, frustrar-se-á o comando constitucional.

Embora não seja possível a fixação legal de limite quantitativo para as alterações qualitativas, justamente por decorrerem de situações imprevisíveis e inevitáveis, a observância aos invocados princípios da razoabilidade e da obrigatoriedade de licitação, agregados ao da moralidade administrativa, impõe extremo rigor na alteração contratual, que não pode tender ao infinito. Além da imutabilidade do objeto, há necessidade de rigorosa demonstração, pelos órgãos técnicos das respectivas Pastas, da ocorrência do fato superveniente imprevisível, do liame existente entre o fator técnico determinante e a alteração proposta, e a justificação da extensão do contrato, que demonstre a inviabilidade de nova contratação ou o prejuízo que nova contratação traria à Administração Pública. São razões de ordem técnica, exclusivamente, a serem analisadas caso a caso.

No plano jurídico, poderia ser sintetizado o entendimento aqui exposto, da seguinte forma:

1. A alteração unilateral dos contratos é prerrogativa da Administração Pública no regime dos contratos administrativos, que decorre da supremacia do interesse público sobre o particular, mantido, porém, o equilíbrio econômico-financeiro e o objeto do contrato.
2. Considerando os fundamentos doutrinários apresentados e, em especial, as decisões do TCM e a sistematização da matéria constante do Anteprojeto do Ministério da Administração e da Reforma Administrativa, publicado no DOU de 19.02.97, as normas que dis-

põem sobre os limites de alteração unilateral dos contratos são de natureza **especial**, em consequência, aplicável, no âmbito municipal, o art. 81, §§ 1º e 2º da Lei 10.544/88.

3. A alteração contratual **qualitativa** deve ser **ampliamente justificada**, com demonstração da ocorrência do fato superveniente determinante da modificação proposta, e justificação da inviabilidade de nova contratação ou o prejuízo que adviria ao poder público com nova contratação.

4. A excepcionalidade do § 2º impõe sua utilização em casos especialíssimos, devidamente comprovados, dentro do critério da **razoabilidade** e de forma a não frustrar o **princípio da obrigatoriedade da licitação** para a Administração Pública (art. 37, XXI, CR), mantido sempre o objeto do contrato.

5. Considerando os contornos jurídicos delineados da questão, em que a justificação e demonstração é de ordem absolutamente técnica, seria recomendável que ficassem adstritas à Pasta interessada, que dispõe dos elementos indispensáveis à sua completa e criteriosa apreciação e é quem detém a responsabilidade legal para assinar os respectivos Termos de Aditamento Contratual.

Seria conveniente, ante o quadro da realidade atual de questionamentos judiciais às alterações contratuais verificadas na Administração Municipal, e a insegurança gerada pelas decisões judiciais desfavoráveis, que fosse elaborada proposta de alteração legislativa, que fixasse os critérios limitativos a serem observados caso a caso: **manutenção do objeto do contrato; manutenção do local de execução; comprovação técnica da necessidade da alteração contratual por fato superveniente e imprevisível; comprovação da inviabilidade de nova contratação ou dos prejuízos que adviriam de nova contratação; fixação da possibilidade de uma única ampliação que ultrapasse o limite estabelecido no § 1º do art. 81.**

Por oportuno, de se consignar que foi consultado o PA 1995-0.074.003-6, do qual constam os estudos procedidos pela Comissão constituída pela Ordem Interna 16/95 – PGM.G, consubstanciados no Anteprojeto da Lei Sobre Licitações e Contratações Públicas, aprimorado por sugestões apresentadas durante os debates realizados no CEJUR, no

qual verificou-se que, na adequação da legislação municipal aos princípios e normas gerais de licitação, no tocante à questão aqui enfocada, foi mantida, de modo geral, a mesma disciplina.

Esse processo foi mantido custodiado para aguardar a tramitação do referido anteprojeto de lei federal sobre licitação, o que, de fato, não ocorreu. Por essa razão, seria conveniente que fosse dado seguimento à proposta ali contida, com a alteração ora sugerida, o que, a par de propiciar amplos debates legislativos, consolidaria a legislação sobre a matéria, no âmbito municipal, e atualizaria a lei municipal, dando maior segurança ao administrador municipal.

Nada impede, porém, que a proposta de alteração legislativa específica seja apresentada em apartado, para imprimir maior urgência em sua tramitação.

Enquanto não verificada a alteração legislativa, poder-se-á adotar a proposta, como orientação normativa sobre os critérios a serem observados na aplicação do artigo 81, § 2º, da Lei 10.544/88.

Delimitada conceitualmente a questão jurídica, se acolhido este pronunciamento, a análise da subsunção fática ao permissivo legal excepcional deverá ser procedida caso a caso, mediante análise da Pasta interessada, que detém a capacidade técnica e a competência legal para aferir da necessidade da alteração contratual.

Acompanham os volumes 1º a 44º.

São Paulo, 03/07/2000

LUCIA DE TOLEDO PIZA PELUSO
Procuradora Municipal - PGM/AJC
OAB 56.936

PARECER SOBRE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ENTRE COOPERATIVA DO PAS-PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E HOSPITAL PRIVADO, NÃO SUBMETIDO AO ÓRGÃO GESTOR. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRA-JUDICIAL PELA ENTIDADE PRIVADA. CONSTRIÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO. SIMULAÇÃO. NECESSIDADE DE INVALIDAÇÃO JUDICIAL DO NEGÓCIO, AJUSTADO PARA LESAR O PODER PÚBLICO.

Antonio Miguel Aith Neto
Procurador do Município

EMENTA Nº 8863

PAS. Módulo de atendimento da Saúde, Ipiranga e Sapopemba. Contrato de prestação de serviços celebrado, em 1996, entre o Hospital da Saúde S/A e a COOPERPAS-3, gerenciadora do módulo. Negócio simulado, encobrendo a sublocação de imóvel por valor muitas vezes superior ao aluguel pago pelo Hospital da Saúde. Contrato não submetido ao Conselho de Gestão do Módulo de Atendimento. Ajuizamento de execução por título extrajudicial pelo Hospital da Saúde, com base nesse contrato, no valor

R\$1.593.198,03. Extinção do convênio que vinculava a Prefeitura à COOPERPAS-3. Determinação de penhora dos repasses a serem efetuados pela Prefeitura à cooperativa que atualmente gerencia o Módulo. Construção de dinheiro público. Simulação. Necessidade de a Municipalidade invalidar judicialmente o contrato de prestação de serviços ajustado com o intuito de auferir vantagem indevida do poder público. Conveniência de se obter medida liminar suspendendo os efeitos desse contrato. Embargos de terceiro a serem opostos pela Municipalidade, se necessário for. Encaminhamento do processo administrativo a SJ para obter autorização para o pronto ajuizamento dessas medidas judiciais.

INTERESSADO : SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

ASSUNTO : Execução de título extrajudicial nº 1335/98, movida pelo Hospital da Saúde S/A contra a COOPERPAS-3 perante a 1ª Vara Cível do Ipiranga. Encaminhamento a SMS para instrução do expediente e resposta a quesitos elaborados, com vistas à propositura de ação judicial pela Municipalidade. Necessidade de adoção de medidas judiciais, visando suspender os efeitos do contrato que aparelha a referida execução e, ao final, invalidá-lo.

Informação nº 2859/99 - PGM.AJC

ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA
Senhora Procuradora Assessora Chefe

1 - Os elementos constantes deste procedimento administrativo revelam fatos de extrema gravidade, merecedores de pronta refutação judicial. Dada a urgência da situação, manifestamo-nos a seguir com aconselhada brevidade, sugerindo ao final as medidas cuja adoção nos parece oportuna.

2 - O Hospital da Saúde S/A promove, em face da Cooperativa dos Profissionais da Saúde - COOPERPAS-3, e relativamente aos meses de

maio a outubro de 1998, a execução judicial de pretensão “*contrato de prestação de serviços e outras avenças*”, por ambas celebrado em 1.996. O valor pretendido somava, em dezembro de 1998, R\$ 1.593.198,03 (um milhão, quinhentos e noventa e três mil, cento e noventa e oito reais e três centavos).

No processo judicial, que sem maiores incidentes tramita perante a 1.^a Vara Cível do Foro Regional do Ipiranga (proc. n.^o 1.334/98), foi deferido o pedido do exequente de penhora dos “*créditos*” que a Cooperativa executada teria com a Prefeitura – em virtude de convênio que a vincularia ao PAS –, bem como o pedido de depósito de tais valores à ordem do Juízo (fls. 165).

3 - Em resposta a essa determinação (fls. 126), foi elaborada minuta de ofício a ser encaminhado pelo Exmo. Secretário da Saúde, na qual é salientada a impossibilidade jurídica de a Prefeitura cumprir a ordem judicial, tal como proferida.

Apesar de as razões levadas pelo ofício não terem ainda sido apreciadas pelo Juízo da 1.^a Vara Cível do Ipiranga, e em que pese a participação do Ministério Público no processo (fls. 143/166 e 170/172), é fato que a Municipalidade deverá adotar medida judicial adequada com vistas à invalidação do contrato de que se origina o pretensão crédito do Hospital da Saúde S/A – mormente porque ele aparelha pelo menos duas outras execuções por título extrajudicial ajuizadas contra a COOPERPAS-3 (*v.g.*, fls. 112/118).

Ao que parece, não se iniciou o prazo de dez dias para a Cooperativa interpor embargos à execução.

É o relatório.

4 - Depreende-se do que consta neste expediente que o contrato de prestação de serviços em questão foi elaborado com o nítido propósito de lesar o erário municipal. Inúmeras circunstâncias assim o indicam.

5 - A Cooperativa dos Profissionais da Saúde - COOPERPAS-3 e a Prefeitura firmaram em maio de 1996 um convênio – nos termos da Lei

Municipal nº 11.866/95, que instituiu o PAS –, objetivando aperfeiçoar a prestação dos serviços de saúde no Módulo de Atendimento que englobava os bairros da Saúde, Ipiranga e Sapopemba (fls. 274/294).

Pelo convênio, a Prefeitura obrigava-se, em suma, a fornecer instalações e equipamentos necessários às atividades do Módulo, e a transferir recursos financeiros necessários à implementação do PAS; esses recursos seriam manejados pela Cooperativa, sob a fiscalização da Secretaria Municipal da Saúde, incumbida de exigir dela, mensalmente, prestação de contas (cláusula 7ª; fls. 276).

À COOPERPAS-3 incumbia, também em resumo, prestar os serviços de natureza preventiva e de assistência médica, ambulatorial e hospitalar, à população residente naquele Módulo, zelando pelos bens municipais alocados para essa finalidade, e submetendo-se ao controle e fiscalização da Prefeitura, exercidos por intermédio da Secretaria Municipal da Saúde.

6 - Dos termos mesmos do convênio, da Lei Municipal nº 11.866/95 e de seu Decreto regulamentar nº 35.664/96, verifica-se que à Prefeitura, e não à Cooperativa, cumpria destinar as instalações necessárias à prestação dos serviços vinculados ao PAS.

Os bens imóveis dever-lhe-iam ser cedidos tão-só em permissão de uso, como previsto na cláusula 2ª, I, “a” e II, “c”, do termo de convênio (fls. 274/275), redigida como preceituado pelos artigos 4º, III, e 7º, I, da Lei Municipal 11.666/95 e art. 5.º e parágrafos do Decreto regulamentar nº 35.664/95.

7 - Pois bem. Unidos da clara intenção de auferir ganho fácil à custa dos cofres municipais, a COOPERPAS-3 e o Hospital da Saúde S/A – locatário do imóvel situado na Av. Jabaquara, 1314/1320 – elaboraram o dispendioso “*contrato de prestação de serviços e outras avenças*”, cujo desígnio era o de ocultar a efetiva **sublocação do prédio**, a ser bancada pelo dinheiro público.

E assim fizeram para não só contornar a limitação legal, imposta pela legislação de regência do PAS, como também para burlar a proibição,

inserta no contrato de locação, que vedava ao Hospital da Saúde sublocar o imóvel recebido do Espólio de Mathias Antunes (fls. 174, item 3).

Como veremos, entretanto, a real intenção das partes não pôde ser reprimida por seus maneios semânticos.

8 - O objeto do contrato ora impugnado – no qual a Cooperativa é designada como “*contratante*” e o Hospital como “*contratada*” – foi descrito do seguinte modo no “*caput*” de sua cláusula primeira (fls. 21):

“CLÁUSULA PRIMEIRA - A CONTRATADA se obriga, pelo presente, a colocar à disposição da CONTRATANTE 250 (duzentos e cinquenta) leitos de acordo com a atual distribuição nas diversas alas de internação, incluindo 12 (doze) leitos de UTI, centro cirúrgico com 04 (quatro) salas, central de esterilização, sala de recuperação pós-anestésica, área para instalação de laboratórios de análise clínica, área para rádio-diagnóstico (de acordo com a vistoria efetuada pela Secretaria Municipal da Saúde que passa a fazer parte integrante do presente como Anexo I), tudo devidamente equipado e mobiliado (conforme relação anexa dos bens de propriedade da CONTRATADA que serão colocados à disposição da CONTRATANTE, destinados à consecução dos fins deste contrato e que passa a fazer parte integrante deste instrumento como Anexo II), bem como a prestar os serviços hospitalares de recepção e informação, comunicação (telefone e alto-falante), manutenção e gastroterapia.”

9 - Ora, apenas à custa de muita boa vontade hermenêutica poder-se-ia vislumbrar os serviços pelos quais o Hospital da Saúde S/A, afinal, viria a merecer tão expressiva remuneração.

A descrição das salas, leitos e dependências que compõem o hospital ajudam a tornar explícita a mera natureza locatícia do ajuste; os serviços secundários de recepção, informação, etc. são o véu que as partes inutilmente fizeram correr sobre o negócio para ocultar sua verdadeira vocação.

Conforme informado por SMS, o Hospital da Saúde nunca manteve no local pessoal suficiente para prestar, de modo idôneo, qualquer

modalidade de prestação de serviço, ainda que acessório (fls. 323, item 2). E, ainda, os bens pertencentes ao “prestador de serviços” (*sic*) correspondem a menos do que dez por cento do necessário para o regular funcionamento do hospital.

10 - O contrato, outrossim, contém disposições típicas da locação. Ali, são carreados à COOPERPAS-3 os encargos decorrentes de qualquer reforma no prédio ou adaptação dos leitos hospitalares (cláusula 1ª, § 1º); é ela também obrigada a entregar o imóvel, no final do contrato, no estado em que se encontrava na assinatura do instrumento (cláusula 1ª, § 1º); a manter e conservar os equipamentos colocados à sua disposição no estado do recebimento (cláusula 7ª, “g”, e parágrafo único); etc..

Por outro lado, as tênues obrigações assumidas pelo Hospital da Saúde na cláusula sexta do contrato nada revelam que contrarie a evidência da sublocação avençada.

11 - Tal simulação, é bom que se alerte, não configurou mera e inocente irregularidade formal do contrato. Por meio do simulacro, as partes pretendiam, em verdade, justificar a fixação dos pretensos “serviços” contratados pela COOPERPAS-3 num valor **multíssimo superior** ao dos aluguéis pagos pelo Hospital da Saúde ao seu locador, o Espólio de Mathias Antunes.

Pelos supostos “serviços” prestados pelo Hospital, pactuou-se em 1996 uma *“remuneração mista composta de (a) um valor fixo, correspondente R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e (b) um valor variável, apurado mediante a apresentação, pela CONTRATADA a CONTRATANTE de demonstrativo (...) das despesas efetuadas pela CONTRATADA no período de apuração, relativas aos serviços e materiais utilizados pela CONTRATADA por solicitação da CONTRATANTE, bem como às despesas de consumo de gases medicinais, luz, água e telefone”* (cláusula terceira).

A remuneração do Hospital da Saúde podia alcançar, conforme planilha por ele elaborada, cerca de R\$ 200.000,00 por mês (fls. 4).

12 - O Espólio de Mathias Antunes, por sua vez, recebia desse mesmo Hospital da Saúde, pela locação desse mesmo prédio, o singelo aluguel de **R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais)**, corrigível pelo IPC/

FGV, a partir de 1º de junho de 1.997. Esse aluguel, mais consentâneo com a realidade, foi fixado nos autos de ação revisional que tramitou perante a 2.ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, sob o nº 722/97 (fls. 174).

13 - Por óbvio, a conta do complacente ajuste pactuado entre a COOPERPAS-3 e o Hospital da Saúde passou a ser exclusivamente suportada pela Prefeitura, a quem competia repassar os recursos financeiros necessários à execução do convênio.

E, ao que parece, muito embora tenha a Prefeitura efetivado regular e mensalmente o repasse destinado ao pagamento desse contrato irregular, a Cooperativa por vários meses deixou, também aparentemente, de remunerar os "serviços" prestados pelo Hospital da Saúde (fls. 171, item 9), ensejando as execuções judiciais em curso.

Importante ressaltar que a Prefeitura hoje tenta alugar esse mesmo imóvel diretamente de seus proprietários, sem o intermédio do Hospital da Saúde, havendo a concreta possibilidade de o aluguel ser fixado em **R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais)**, conforme informações da Secretária Municipal da Saúde (fls. 324, item 5).

14 - Do que acima se expôs, podemos concluir que a COOPERPAS-3 e o Hospital da Saúde realizaram conscientemente negócio jurídico simulado, com explícita e maliciosa intenção de lesar a Municipalidade.

Não se pode descartar, inclusive, a possibilidade de a Cooperativa ter contribuído para o livre desenrolar dos processos de execução movidos em juízo por seu pretense credor, com o fito de obter por vias transversas o que a Prefeitura não mais lhe daria espontaneamente – até porque o convênio que a vinculava à COOPERPAS-3 foi extinto em 03/09 p. p. pela Portaria 1823/99-SMS-G (fls. 319).

15 - Todos os elementos até agora colhidos indicam enfaticamente a existência da simulação. As partes, que jamais submeteram o contrato simulado ao Conselho de Gestão do Módulo, como era de rigor (art. 17 do "Regulamento de Serviços"⁽¹⁾ e fls. 323, item 1), agiram de modo

⁽¹⁾ "Art. 17º - Todos os serviços, não exercidos diretamente pelos cooperados, serão fornecidos ao Módulo de Atendimento pela COOPERPAS-3, e obtidos, com a autorização do Conselho de Gestão, mediante contrato, ajustes, convênios ou acordos, que serão administrados pela COOPERPAS-3."

consciente para extrair do erário larga vantagem indevida, sabendo não tratar o contrato de *"prestação de serviços"*.

"Consiste a simulação em celebrar-se um ato, que tem aparência de normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente não devia produzir. Como em todo negócio jurídico, há aqui uma declaração de vontade, mas enganosa. E difere a simulação dos defeitos até agora estudados: do erro se distingue em que o agente tem a consciência da distorção entre a vontade declarada e o resultado; do dolo difere, porque não se usam maquinações com o fito de levar o agente a realizar o que normalmente não faria, porém o agente procede na forma como o faz porque quer; da coação é diferente, em que inexistente qualquer processo de intimidação para compelir o agente a emitir a declaração de vontade." (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 18ª ed., Ed. Forense)

16 - A afrontosa transparência do motivo pelo qual as partes realizaram o negócio – qual seja, o de obter da Municipalidade importância mensal mais de cinco vezes superior ao valor do aluguel do imóvel – estabeleceu inabalável presunção de ter sido ele simulado; a essa presunção primeira, devem somar-se as muitas outras particulares circunstâncias que envolveram a celebração e os termos do contrato:

"Raras vezes se pode obter uma prova direta da simulação, porque aqueles que efetuam contratos simulados, em regra, ocultam cuidadosamente o seu propósito procurando as trevas, como já diziam os velhos praxistas. Para este fim os simuladores, não só não manifestam publicamente a sua vontade de simular, como se esforçam por tornar verossímil o que há de aparente e fictício no ato que praticam.

Por isso, na grande maioria dos casos, é extremamente difícil a prova da simulação e só pode fazer-se por presunções judiciais. Há quase sempre que recorrer para a demonstrar a um conjunto de fatos conhecidos, tais como: as condições pessoais ou patrimoniais dos outorgantes, as relações em que eles se encontram entre si, os fatos que precedem a realização do ato jurídico, as circunstâncias em que foi celebrado, o seu próprio conteúdo e finalmente os fatos posteriores à celebração mas com ele relacionados.

Destes fatos, que se conhecem, se deduzirá a simulação que se pretende demonstrar. (...)

Como ponto de partida para se fazer a prova da simulação é, antes de mais nada, necessário determinar a *causa simulandi*, o motivo determinante, o interesse que leva as partes a simular e que mostra portanto a razão de ser da simulação. Já assim ensinavam os juristas do antigo direito e esta regra prática que eles nos deixaram, é, como ensina Ferrara, perfeitamente aceitável no direito moderno. (...)

A prova por presunções de que um ato é simulado, tem, portanto, de assentar nessa base: a demonstração da *causa simulandi*, a qual, como já dizia Pêgas, deve ser certa e indubitável e provar-se conclusivamente.” (JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, A simulação em Direito Civil, Ed. Lejus, 1999, página 442/443, grifamos)

17 - Muito embora o ato jurídico simulado padeça, normalmente, de anulabilidade, cremos que há na hipótese aspectos geradores da nulidade do ajuste: **(a)** a sublocação, encoberta pelo contrato aparente, é vedada por Lei (arts. 4º, III, e 7º, I, da Lei Municipal 11.666/95; art. 5º e parágrafos do Decreto nº 35.664/95), e pelos termos do convênio celebrado com a Prefeitura, incidindo assim o disposto nos artigos 82, 145, II, e 146 do Código Civil; **(b)** os fins pretendidos pelos partícipes da simulação, apropriar-se de dinheiro público, são flagrantemente ilícitos – senão criminosos –, tendo inclusive merecido a investigação do Ministério Público; **(c)** são nulos, e não simplesmente anuláveis, os atos lesivos ao patrimônio do Município em casos de ilegalidade do objeto e de inexistência de motivos, nos termos do artigo 2º, “c” e “d”, da Lei Federal nº 4.717/65⁽²⁾, norma de direito material; se o cidadão poderia ingressar com ação popular objetivando por isso invalidar o ato, com muito mais propriedade poderá a Municipalidade fazê-lo para defender seu patrimônio.

Em virtude da gravidade do vício que macula o contrato, não é demasia, com o auxílio doutrinário, tachá-lo de nulo:

⁽²⁾ “Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; (...). Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: (...) c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; (...).”

“Quer isso dizer que sempre e em todos os casos onde o negócio fiduciário ou *in fraudem legis* for praticado com os característicos da simulação, esta deve prevalecer? A questão é de grande importância no Direito brasileiro sobretudo pelo caráter de anulabilidade de que se reveste a simulação e ainda pelo lapso prescricional que é de 4 anos (art. 178, § 9º, inc. V, letra 'b'). (...)

É tal o ponto nodal da questão: a violação de uma norma imperativa, cogente e de ordem pública. Se o negócio fiduciário, se a interposição de uma pessoa, foi um expediente procurado para vulnerar uma norma cogente, de tal sorte que o ato dissimulado, o ato verdadeiramente pretendido constitui uma nulidade de ordem pública, (...), é lógico o afastamento radical da simulação propriamente dita. **Apresenta-se, então, um ato eivado de nulidade absoluta, fraude à lei, negócio fiduciário contrário à ordem pública,** figuras que absorvem e dominam a da simulação, que não passa de um meio para atingir um fim principal.

Conseqüentemente, toda vez que a simulação atue como um meio fraudatório à lei, visando à vulneração de uma norma cogente, deve desaparecer para dar lugar à preponderância da fraude à lei, pela violação da norma de ordem pública.” (M.M. DE SERPA LOPES, Curso de Direito Civil, Freitas Bastos Editora, 8ª ed., 1996, vol. 1, página 461, grifamos)

18 - Ainda que cataloguemos o negócio simulado como ato simplesmente anulável, entretanto, poderá a Municipalidade de São Paulo, lesada pelo “*superfaturamento*” do aluguel do prédio, também demandar a sua invalidação com fundamento nessa sua anulabilidade, conforme o artigo 105 do Código Civil, uma vez que não se consumou o prazo prescricional de quatro anos para o exercício da ação (art. 178, § 9º, inc. V, letra “b”, do Código Civil).

19 - Em qualquer hipótese, ajuizada a ação para invalidar o contrato, convém, tendo em vista o fundado receio de dano irreparável, seja requerida *inaudita altera parte* **medida liminar que suspenda os efeitos do contrato em questão, relativamente à Municipalidade** – nos termos do art. 273 do CPC ou em ação cautelar –, a fim de que se afaste de modo eficaz a perene ameaça de constrição de dinheiro público, brandida pelo Hospital da Saúde nas várias execuções que, fundada nesse contrato, move contra a COOPERPAS-3.

20 - Nesse passo, se mantida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional do Ipiranga a determinação de penhora do "crédito" que teria a COOPERPAS-3 com a Prefeitura, será também necessário que a Municipalidade interponha embargos de terceiro com vistas ao afastamento da constrição, medida que provocará a suspensão do feito e a redistribuição do processo a uma das varas da Fazenda Pública.

Nesses embargos, poderiam ser utilizados, sem a exclusão de outros, os argumentos já alinhados na anexa minuta de ofício encaminhada por esta Procuradoria Geral ao Sr. Secretário Municipal da Saúde para subsidiá-lo na resposta ao MM. Juízo da 1ª Vara Cível do Ipiranga.

É de se ponderar que o magistrado que vier a apreciar esses eventuais embargos poderá até mesmo, acolhendo-os, extinguir o processo de execução, nos termos do artigo 129 do CPC, na hipótese não improvável de ele se convencer, pelas circunstâncias da causa, de que exequente e executado se servem do processo "para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei".

Como já asseverou o E. Superior Tribunal de Justiça, "em se tratando de utilização do processo para a prática de ato simulado ou fim proibido por lei, é dever do juiz, seu condutor e maior fiscal, pronunciar a nulidade" (REsp nº 62.145-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 29/9/97, grifamos).

O E. Tribunal de Justiça também não admite a utilização do processo pelas partes para a ilegítima consagração de fins incompatíveis com a ordem jurídica:

"O art. 129 do CPC, segundo abalizada doutrina, viola à conjuração do objetivo anormal do processo, ainda que sem propósitos ilícitos. Em geral, obvia o intuito de suplantiar certas vedações legais protetoras de direitos indisponíveis, mediante jogo fraudulento, sem, todavia, atentar para a livre convenção dos demandantes; leva em conta evidências seguras e concretas de simulação entre as partes, acertada em detrimento de terceiros ou de disposição de lei – CC arts. 102 e 103. O escopo do processo simulado é proeminentemente o de alcançar por caminhos indiretos resultados proibidos pelo Direito." (TJSP, AP 218.053-1; JTJSP 172/163; do voto do Des. Toledo César)

21 - Diante do exposto, cremos deva o presente ser alçado à Secretaria dos Negócios Jurídicos para obter autorização, em caráter de urgência, para o ajuizamento de ação, pelo rito ordinário, objetivando invalidar o "contrato de prestação de serviços e outras avenças" celebrado, em maio de 1.996, pelo Hospital da Saúde S/A e a Cooperativa dos Profissionais da Saúde - COOPERPAS-3, e ressarcir o erário dos prejuízos a ele impostos pelo negócio simulado; por serem litisconsortes necessárias (art. 47 do CPC), deverão estas entidades figurar obrigatoriamente no pólo passivo da demanda (a COOPERPAS-3, somente se ainda não tiver sido formalmente incorporada pela COOPERPAS/MED-1, que nesse caso a sucederá processualmente - fls. 303/308).

Deverá ainda ser autorizada a formulação de pedido de medida liminar que suspenda "*inaudita altera parte*" os efeitos do contrato em questão relativamente à Municipalidade – pedido esse a ser deduzido em sede de ação cautelar ou, nos termos do artigo 273 do CPC, como antecipação de tutela.

Por fim, será oportuno obter desde já autorização para que a Municipalidade venha a interpor embargos de terceiros, se necessário for, nos vários processos de execução movidos pelo Hospital da Saúde S/A contra a Cooperativa dos Profissionais da Saúde - COOPERPAS-3, com base nesse questionado "*contrato de prestação de serviços e outras avenças*".

Dadas as repercussões de ordem penal, que dos fatos poderão decorrer, creio ser conveniente, uma vez autorizado o ajuizamento das medidas necessárias à proteção do erário, o encaminhamento de cópia integral do presente à Corregedoria Administrativa, para melhor investigação das circunstâncias que conduziram a Prefeitura a esse estado de coisas.

São Paulo, 28/09/1999

ANTONIO MIGUEL AITH NETO
Procurador Assessor - AJC
OAB 88.619
PGM

*PARECER SOBRE A APLICABILIDADE DA NORMA MUNICIPAL
RELATIVA AOS LIMITES DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DO OBJETO DOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL.
NATUREZA DA NORMA FEDERAL QUE REGE A MATÉRIA.*

Lucia de Toledo Piza Peluso
Procuradora do Município

EMENTA Nº 9515

ADITAMENTOS UNILATERAIS DE CONTRATOS. Parágrafo 2º do art. 81 da Lei Municipal 10.544/88. Legislação Federal (Art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93). Normas gerais e especiais. Competência constitucional. Análise doutrinária. Pronunciamento do TC de que as normas referentes aos limites de alteração contratual são específicas. Anteprojeto de lei federal sobre Licitações e Contratos. Sistematização de normas gerais e especiais. Conclusão pela apli-

cabilidade da lei municipal. A excepcionalidade do § 2º. Necessidade de comprovada justificação técnica. Observância dos princípios da razoabilidade e da obrigatoriedade de licitação, pela Administração Pública. Proposta de alteração legislativa e de orientação normativa.

INTERESSADO: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO
ASSUNTO : Contrato 065/SVP/96

Informação nº 2452/00 – PGM.AJC

ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA
Senhora Procuradora Assessora Chefe

A questão a ser analisada por esta Assessoria Jurídico-Consultiva, nos termos do despacho do Sr. Secretário dos Negócios Jurídicos, envolve a tese jurídica acerca da aplicabilidade ou não da norma municipal relativa ao aditamento unilateral do objeto do contrato, constante do art. 81, § 2º, da Lei 10.544/88, em face do disposto no art. 65 da Lei Federal 8.666/93, alterada pela Lei 8.883/94.

Importa ressaltar que, com base no pronunciamento do TCM, no processo TC 2633-95*23, relatado pelo Conselheiro Paulo Planet Buarque, em resposta à consulta formulada pelo Sr. Prefeito, e em considerações teórico-doutrinárias, foi adotado, no âmbito da Administração Municipal, o entendimento da subsistência da norma municipal em face da Lei Federal 8.666/93, em razão de sua conceituação como norma especial.

Para aferir da “estrita similaridade à hipótese sub examine e rigoroso atendimento dos requisitos e preceitos previstos na lei”, foi editada a Ordem Interna 8/97 - Pref.G, de 27 de maio de 1997, determinando que as alterações contratuais que implicassem acréscimos ou supressões dos respectivos objetos, deveriam restringir-se aos limites estabelecidos no § 1º, do art. 81, da Lei 10.544/88 e que as situações que caracterizassem a excepcionalidade do § 2º, do mesmo artigo, teriam seu uso restrito a situações especialíssimas e deveriam ser submetidas à análise técnico-jurídica da Procuradoria Geral do Município.

Foi, então, constituída pela Portaria 26/97 – SJ.G a Comissão Especial incumbida de verificar, caso a caso, a aplicabilidade excepcional da precitada norma. Em sua atuação, ressalta a Comissão que sempre se valeu dos informes técnicos dos órgãos competentes das Secretarias contratantes, dada a formação exclusivamente jurídica de seus membros.

A situação de incerteza jurídica, instaurada a partir das decisões judiciais condenatórias em ações de reparação por ato de improbidade administrativa, propostas pelo Ministério Público, objetivando a declaração de nulidade de Termos de Aditamento de Contratos de Limpeza Pública, e a divergência doutrinária sobre o tema motivaram o posicionamento da Comissão, no sentido de não poder assumir o risco de pronunciar-se com base no dispositivo permissivo excepcional da lei municipal, ante a possibilidade de o Poder Judiciário vir a considerar como norma geral o art. 65, § 2º, da Lei Federal 8.666/93. Propôs, então, a submissão dos casos à análise da Superior Administração, com “sugestão de que o pronunciamento final em situações concretas seja adotado pela Pasta interessada, único fórum com conhecimento técnico para avaliar a exceção eventualmente justificadora da aplicação do art. 81, § 2º, da Lei 10.544/88.”

Instada a nova análise, por determinação do Titular da Pasta, sobrevieram as manifestações divergentes dos membros da Comissão.

A posição majoritária, consubstanciada no pronunciamento dos Procuradores Nelson Luiz Nouvel Alessio, Sônia Maria Alves de Souza e Maria Clara de Moraes Vaz, ressalta (1) a circunstância de a Comissão ter se revelado como instância meramente cartorária, limitada à verificação dos aspectos formais do processo; (2) a insegurança jurídica de se continuar a adotar a orientação vigente, como forma de preservar a responsabilidade da autoridade signatária dos aditamentos; (3) a constatação de que, na prática, houve situação de propostas repetitivas de aditamentos para o mesmo contrato, caracterizando aumentos excessivos, até da ordem de 192,54%, o que leva à indagação: onde estará o limite?

O voto divergente da Procuradora Vera Lúcia S. R. de Barros, após reiterar os termos do ofício 316/99 e da Informação 1688/00 – PGM.AJC, com destaque para a proposta de que o pronunciamento final seja da Pasta interessada, opina pela subsistência dos fundamentos jurídicos que

embasaram os pronunciamentos em relação aos casos submetidos à análise da Comissão e, dessa forma, do ponto de vista jurídico-formal, conclui pela possibilidade de concretização do acréscimo no caso concreto.

O outro voto divergente, da Procuradora Maria Fernanda Raposo de M. T. Martins, enfatiza a oportunidade de revisão do entendimento firmado, ante as decisões judiciais e a posição de certos doutrinadores desfavoráveis à tese enfocada pela Administração Municipal, até para resguardo da responsabilidade da autoridade que irá assinar o Termo de Aditamento Contratual. Propugna, ante o quadro de incerteza, em atenção ao princípio da razoabilidade, que sejam conceituadas as “situações especialíssimas”, para que a Comissão possa se pronunciar sobre os casos futuros sem adentrar na função de pré-julgar questões que transcendem sua competência técnico-jurídica. Em conclusão, enquanto não enfrentadas as questões suscitadas, posiciona-se desfavoravelmente aos aditamentos, adotando-se, por cautela, o limite previsto no art. 65 da Lei Federal 8.666/93.

A questão nodal, como se vê, é, pois, definir qual a norma aplicável à *fattispecie* concreta, ou, em outras palavras, se a norma da lei federal que limita o aditamento contratual para acréscimo ou supressão do objeto é de natureza geral ou especial.

Importa frisar que, muito embora na inicial das ações propostas pelo Ministério Público tenha sido focado o tema, argüindo a generalidade da norma federal, da leitura das decisões judiciais verifica-se não ter sido apreciada especificamente a questão:

1) Autos 2112/99 – 13ª VFP – Não consta do relatório da sentença que tenha sido suscitada, nas defesas dos requeridos, a aplicação da norma municipal; os acréscimos quantitativos que excederam o limite de 25% do valor do contrato foram considerados ilegais, devendo responder pela reposição ao erário, solidariamente, os agentes públicos e as contratadas signatárias dos Termos de Aditamento que superaram o limite legal; os agentes públicos foram condenados à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos por 05 anos e ao pagamento de multa civil.

2) Autos 1071/99 – 8ª VFP – Segundo consta do relatório da sentença, a defesa apresentada por Alfredo Mario Savelli alegou que “a Lei 8.666/93 não se aplica em sua totalidade aos Estados e Municípios, sendo possível ser ultrapassado o limite de 25% nos contratos regulados pela Lei 8.666/93”; na parte da motivação, o julgador considerou não terem sido **justificados** os aditamentos para utilização, em dez ocasiões, da razão da exceção, fato esse considerado por si só suficiente para caracterizar a nulidade dos atos; a ampliação do objeto do contrato foi tida como burla ao princípio da concorrência (sic) e não decorreu de fato superveniente, necessário, imprescindível e urgente; todos os réus praticaram a conduta prevista no art. 10, inciso VIII, da Lei 8.429/92, enquadrando-se nas penalidades do art. 12, inciso II, da mesma lei; os agentes públicos foram condenados à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos por 08 anos e ao pagamento de multa civil e as empresas contratadas ao pagamento da multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de 05 anos; condenação de todos os réus a, solidariamente, devolverem tudo o que foi pago a partir do 3º Aditamento.

3) Autos 2440/99 – 4ª VFP – Fundamenta a decisão na circunstância da inexistência de situação diferente ou excepcional que ensejou a inclusão de serviços que não foram objeto do edital, em afronta ao princípio da licitação (art. 37, XXI, CR); os aumentos violaram o disposto no art. 65 e §§ da Lei 8.666/93; os réus praticaram a conduta prevista no art. 10, incisos VIII e IX, da Lei 8.249/92 e estão sujeitos às sanções previstas no art. 12, II; ressarcimento, pelos réus, de tudo que exceder ao limite de 25%; os agentes públicos foram condenados à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por 05 anos e pagamento de multa civil; e as empresas ao pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, por 05 anos.

Infere-se, das decisões judiciais, que, muito embora as sentenças condenatórias referidas nos itens 1 e 3 tenham se embasado na ilegalidade dos aditamentos contratuais, por exceder o limite imposto pela legislação federal, não foi justificada a aplicação do art. 65, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93.

A matéria importa na verificação da atribuição constitucional de competência às esferas dos poderes políticos integrantes da Federação.

À União foi conferida a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 22, inciso XXVII), resguardada a competência suplementar dos Estados e Municípios para editar normas de caráter especial (art. 24, § 2º, c/c art. 30, II). A disciplina constitucional pôs fim à discussão doutrinária sobre ser possível ou não à União legislar sobre a matéria. Restrita, no entanto, às normas gerais.

Importa, pois, conceituar o que são normas gerais e normas especiais e definir qual a natureza da norma federal invocada.

Para esse mister, deve-se afastar de plano a concepção simplista de se considerar normas gerais as normas para licitações e contratos, instituídas pela Lei 8.666/93, tão só pelo enunciado de sua ementa ou por terem sido editadas pela União.

Essa solução, a par de fazer tábula rasa de conceitos jurídicos, é sobretudo ofensiva ao princípio constitucional do federalismo, estruturante do modelo estatal (arts. 1º e 18), e que se constitui em cláusula pétrea da Constituição (art. 60, § 4º, I). A Federação impõe respeito à autonomia dos Estados e Municípios, antes que a compõem, observada a esfera própria de competência de cada qual.

Não é pelo simples fato da norma emanar do Legislativo federal que deva ser considerada de observância obrigatória para as demais pessoas de direito público interno. Na estrutura federativa não há hierarquia de uma unidade da Federação sobre a outra, mas tão só maior abrangência de sua normatividade.

Dialeticamente, à atribuição de competência à União para legislar sobre normas gerais, há uma **auto-limitação** à atividade legiferante federal, em âmbito nacional, no que **não** se referir a princípios e diretrizes sobre licitação e contratos; e **limitativa** aos demais entes políticos em legislar sobre o assunto contrariando as normas gerais nacionais. As

normas só serão constitucionais se editadas de acordo com a distribuição de competências prevista na Constituição da República.

À evidência, a expressão "normas gerais" não se constitui em mera expressão tautológica, porque todas as normas são investidas de caráter de generalidade e abstração. A norma geral deve ser dotada de um grau maior de generalidade e abstração, sob pena de anular a distinção que deve existir entre essa categoria de norma e as normas em geral.

O tema é intrincado, cercado de controvérsias, ante a inexistência de um conceito normativo preciso sobre "normas gerais", o que dá ensejo a interpretações diversas.

Preleciona Alice Gonzalez Borges:

"São normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos." ("Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos", RDP 96/81)

Ou, em outras palavras suas:

"..., as normas gerais hão de ser as que instrumentalizam princípios constitucionais, quanto a aspectos cuja regulamentação seja *essencial* à atuação integral do preceito que as fundamenta; deverão ser regras que assegurem sua aplicação uniforme, na disciplina de situações homogêneas, apenas no *quantum satis* necessário à plena realização da norma fundamental." (Normas Gerais no Estatuto de Licitação e Contratos Administrativos, RT, SP, 1991, p. 42/43)

A contrario sensu,

"normas que detalhem, minudenciem todos os aspectos de uma questão, nada deixando à imaginação do legislador local para que crie direito, atendendo às suas peculiaridades, às exigências diversificadas pelos múltiplos interesses públicos a atender, no uso da sua competência constitucional, seguramente *não são* normas gerais." (idem, ibidem, p. 46)

O grau de dificuldade na obtenção de um consenso sobre a exata significação do que sejam “normas gerais” reflete-se mais intensamente na aferição da subsunção fática de determinada norma a um conceito fluido, impreciso, indeterminado.

Considerando a mesma taxinomia jurídica das normas federais, estaduais e municipais, a distinção entre norma geral e especial há de ser dada pelo exame de seu **conteúdo**.

Ante o delineamento teórico-conceitual, importa considerar, especificamente quanto à limitação da alteração unilateral dos contratos, prerrogativa do poder público, se se trata de norma geral ou especial.

Para o deslinde dessa questão, é mister, primeiramente, analisar o art. 65 da Lei Federal 8.666/93, em confronto com o art. 81 da Lei Municipal 10.544/88:

“Art. 65 – Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I. Unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

§ 1º - O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º - Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.”

“Art. 81 – Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados:

I. Unilateralmente, pela Administração, quando:

a) houver modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites fixados por esta lei;

c) forem necessárias alterações de quantidades e serviços extraordinários, sem modificação do objeto do contrato;

§ 1º - O contratado fica obrigado a aceitar, pelos mesmos preços e nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto do contrato, e, no caso particular de reforma de equipamento ou contratação, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os acréscimos.

§ 2º - O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos de quantidade e os serviços extraordinários, ditados por necessidade de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto do contrato, em percentuais superiores aos previstos no § 1º, devidamente justificados, mantido o objeto do contrato."

Não se pode olvidar que o anterior diploma licitatório, o D.L. 2.300/86, sob cuja égide foi editada a Lei Municipal 10.544/88, já previa as mesmas hipóteses de alteração unilateral do contrato, pela Administração, e os mesmos limites ora estatuidos, no art. 55, I e seu § 1º. E, na análise das normas gerais, concluiu a renomada autora Alice Gonzalez Borges que o art. 55 "caput" consubstancia "normas de teoria geral dos contratos, com resguardo do equilíbrio financeiro assegurado no art. 37, XXI, CF" e, em relação ao § 1º, que "as minúcias deste parágrafo, evidentemente, não são cogentes". (Normas Gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, ob. cit., p. 67 – grifos nossos)

Corroborando esse entendimento, no âmbito municipal alicerçam a orientação traçada as razões expendidas pela Dra. Nodette Mameri Peano, no Processo TC 72.003.841-94*03 (cópia anexada), quando se pronunciou no sentido de que são normas gerais:

"... as que enunciam ou desenvolvem os princípios constitucionais e próprias do procedimento licitatório, a igualdade dos concorrentes,

as modalidades de licitação, as fases do procedimento, a onerosidade das contratações administrativas, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente ajustado, a universalidade da licitação, a liberdade de competição, o regime jurídico dos contratos administrativos e a garantia dos direitos dos administrados."

De acordo com essas premissas conceituais, conclui que os limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei Federal 8.666/93, por se referirem a **detalhamento** de alteração contratual, não podem ser considerados normas gerais.

Igual posicionamento foi assumido pelo E. TCM, no julgamento do processo TC 463.97-96, em que foi efetuada consulta pelo Sr. Prefeito acerca da possibilidade de alteração contratual em percentual superior ao estabelecido na Lei Federal 8.666/93, enquadrando-se os acréscimos nas disposições da Lei Municipal 10.544/88. Por unanimidade, os Srs. Conselheiros decidiram pela não inserção do § 2º, do art. 65, da Lei Federal 8.666/93 no conceito de norma geral, sendo, pois, aplicável aos contratos administrativos a regra do § 2º do art. 81, da Lei Municipal nº 10.544/88.

Também no processo TC 2.633.95-23 foi adotada a mesma conclusão, sob a alegação de que

"... o estabelecimento de limites para alteração de um contrato vigente cuida de regra de gestão contratual, espécie típica do exercício da autonomia administrativa municipal. Afinal, se ao Município não for permitido definir as balizas para execução dos contratos que firma, o que restará de sua autonomia consagrada no texto da Constituição?"

Mais relevante, no entanto, é a sistematização das normas licitatórias apresentada pelo então Ministério da Administração e Reforma Administrativa, no Anteprojeto de Nova Lei de Licitações, publicado no DOU de 19.02.97, que, dirimindo a controvérsia jurídica, indica, no Título I, os Princípios e as Normas Gerais e, no Título II, as Normas e os Procedimentos da Administração Pública **Federal**.

Em que pese não ter sido dado seguimento ao procedimento legislativo, é de inequívoca importância a divulgação do texto, resultado de

estudos desenvolvidos por Grupo de Trabalho Intersecretarial, sob a coordenação da Casa Civil da Presidência da República, que retrata o conceito extraído por alto escalão técnico da Administração Federal, inclusive sobre o exercício da competência da União prevista no art. 22, inciso XXVII.

Nesse trabalho, a prerrogativa de modificação unilateral dos contratos, nos casos especificados em lei, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos da contratada, consta do Título I, no art. 14, I, portanto conceituada como norma geral. As hipóteses de alteração unilateral do contrato e os limites dessa alteração estão previstos no Título II, art. 110, § 1º, como norma aplicável somente à administração federal.

A distinção é clara. Exprime o que é de aplicação nacional – o princípio da prerrogativa do poder público no contrato administrativo – e o que é de aplicação na esfera administrativa federal – as hipóteses de alteração contratual e os limites a que deve se subordinar. Os conceitos doutrinários, impregnados de um certo grau de plasticidade, são, aí, sintetizados, de forma inequívoca e precisa.

Mesmo considerando a conclusão de ser a norma questionada de caráter especial, portanto não cogente para a Administração Municipal, é importante, para possibilitar uma visão mais abrangente da problemática da alteração unilateral dos contratos, referir a distinção apresentada pela doutrina quanto às hipóteses legais, constantes das alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 65 da Lei Federal 8.666/93, em face da natureza da modificação, qualitativa e quantitativa, respectivamente. A limitação imposta pelos §§ 1º e 2º é referente apenas à alteração quantitativa. É o que aponta Leon Frejda Szklarowsky:

“Essa modificação qualitativa, que difere da alteração quantitativa (alínea b do inciso I), não tem um limite prefixado e pode calçar-se em fatos imprevistos ou inevitáveis, como novidades tecnológicas ou imposições do Estado (fato do príncipe).

Atente-se, porém, que, sem embargo de a lei não fixar uma limitação incisiva, como o faz, na alínea b (inciso I, art. 65), o contratante deverá balizar, essa alteração, dentro dos limites razoáveis e im-

prescindíveis, de modo a atender o interesse público. Deve haver demonstração cabal de que a modificação é necessária, sem o que prejudicados estariam o projeto ou as especificações, porque em conflito com os objetivos pretendidos. A motivação é essencial.” (“As Alterações dos Contratos Administrativos na Lei 8.666/93”, Curso Avançado de Licitações e Contratos Públicos, Ed. Juarez de Oliveira, p. 199/200)

Comunga do mesmo entendimento Caio Tácito:

“As alterações qualitativas, precisamente porque são, de regra, imprevisíveis, senão mesmo inevitáveis, não têm limite pré-estabelecido, sujeitando-se a critérios de razoabilidade, de modo a não se desvirtuar a integridade do objeto do contrato.

Daí porque as alterações qualitativas exigem motivação expressa e vinculação objetiva a causas determinantes devidamente explicitadas.” (RDA 198/366)

Da mesma forma, Antonio Marcello da Silva traça a distinção dos institutos disciplinados nos incisos I e II, sendo que “o primeiro – alteração do projeto ou especificações – não se sujeita, absolutamente, aos limites previstos nos §§ 1º e 2º do referido art. 65” (RDA 198/64), mas não pode afetar o objeto do contrato na sua essência.

Feita a necessária distinção, também verificada na Lei Municipal 10.544/88, à mesma conclusão chega-se na interpretação do art. 81, §§ 1º e 2º.

O limite às alterações contratuais **quantitativas** deve ser observado. Somente situações **excepcionais, justificadas por necessidade de ordem técnica e indispensáveis à concretização do objeto do contrato**, poderão se subsumir ao permissivo legal do § 2º.

Comentando o dispositivo da Lei Municipal, pronuncia-se Carlos Ari Sundfeld:

“Nesses termos, as hipóteses em que os aditamentos contratuais podem superar os percentuais de 25% e 50% são aquelas em

que, por dificuldades de ordem técnica não previstas e razoavelmente imprevisíveis – como no caso das sujeições imprevistas –, seria impossível, sem o acréscimo, realizar cabalmente o objeto do contrato.

Essas condições foram adequadamente captadas pelo legislador do Município de São Paulo que, ao editar a Lei 10.544, de 31.5.88, cuidando das licitações e contratos administrativos, estabeleceu, nos §§ 1º e 2º de seu art. 81:

.....
Conquanto o dispositivo possa ser criticado em alguns aspectos, não se lhe pode censurar a descrição do caso em que é cabível ultrapassar os limites previstos no § 1º. Muito adequadamente, exigiu-se que os acréscimos sejam *ditados por necessidade de ordem técnica e indispensável à concretização do objeto do contrato.* (RTDP – 2, p. 159)

Superada essa questão, deve ser enfrentada, pela relevância temática, a **excepcionalidade** de que devem se revestir as modificações contratuais. Excepcionalidade essa que deve ser cabalmente **justificada**, em decorrência de fatos supervenientes à contratação, em respeito aos princípios que regem a licitação, que não podem, sob nenhum aspecto, ser violados em decorrência de alterações abusivas e injustificadas.

Sendo a alteração unilateral dos contratos **prerrogativa** do poder público, em face da supremacia de que goza no regime jurídico dos contratos administrativos, constituindo-se na principal cláusula exorbitante, só pode ser invocada no estrito **interesse público**, nunca como forma de favorecer a contratada, sob pena de caracterizar o crime licitatório tipificado no art. 92, da Lei 8.666/93. A alteração contratual deve se circunscrever à moldura do razoável e do imprescindível à prossecução do interesse público objetivado na licitação.

Na interpretação do preceito legal deve ser, sempre, observado o binômio mutabilidade do contrato/inalterabilidade do objeto, e a superveniência do motivo justificador.

Fere a lógica do razoável a utilização dessa excepcionalidade como se fora habitual; alterações sucessivas e ilimitadas; alterações que denotem

imprevisão da Administração na definição do objeto licitado; alterações que desnaturam o objeto do contrato.

Poder-se-ia, a esse passo, suscitar o mesmo questionamento apresentado pelos membros da Comissão Especial, no voto majoritário: "qual o limite?"

A resposta há de ser dada pela observância do princípio da razoabilidade, conjugado com o da obrigatoriedade da licitação para a Administração Pública, como determina o inciso XXI, do art. 37, da Constituição da República. Se não houver limite imposto pela razoabilidade, frustrar-se-á o comando constitucional.

Embora não seja possível a fixação legal de limite quantitativo para as alterações qualitativas, justamente por decorrerem de situações imprevisíveis e inevitáveis, a observância aos invocados princípios da razoabilidade e da obrigatoriedade de licitação, agregados ao da moralidade administrativa, impõe extremo rigor na alteração contratual, que não pode tender ao infinito. Além da imutabilidade do objeto, há necessidade de rigorosa demonstração, pelos órgãos técnicos das respectivas Pastas, da ocorrência do fato superveniente imprevisível, do liame existente entre o fator técnico determinante e a alteração proposta, e a justificação da extensão do contrato, que demonstre a inviabilidade de nova contratação ou o prejuízo que nova contratação traria à Administração Pública. São razões de ordem técnica, exclusivamente, a serem analisadas caso a caso.

No plano jurídico, poderia ser sintetizado o entendimento aqui exposto, da seguinte forma:

1. A alteração unilateral dos contratos é prerrogativa da Administração Pública no regime dos contratos administrativos, que decorre da supremacia do interesse público sobre o particular, mantido, porém, o equilíbrio econômico-financeiro e o objeto do contrato.
2. Considerando os fundamentos doutrinários apresentados e, em especial, as decisões do TCM e a sistematização da matéria constante do Anteprojeto do Ministério da Administração e da Reforma Administrativa, publicado no DOU de 19.02.97, as normas que dis-

põem sobre os limites de alteração unilateral dos contratos são de natureza **especial**, em consequência, aplicável, no âmbito municipal, o art. 81, §§ 1º e 2º da Lei 10.544/88.

3. A alteração contratual **qualitativa** deve ser **ampliamente justificada**, com demonstração da ocorrência do fato superveniente determinante da modificação proposta, e justificação da inviabilidade de nova contratação ou o prejuízo que adviria ao poder público com nova contratação.

4. A excepcionalidade do § 2º impõe sua utilização em casos especialíssimos, devidamente comprovados, dentro do critério da **razoabilidade** e de forma a não frustrar o **princípio da obrigatoriedade da licitação** para a Administração Pública (art. 37, XXI, CR), mantido sempre o objeto do contrato.

5. Considerando os contornos jurídicos delineados da questão, em que a justificação e demonstração é de ordem absolutamente técnica, seria recomendável que ficassem adstritas à Pasta interessada, que dispõe dos elementos indispensáveis à sua completa e criteriosa apreciação e é quem detém a responsabilidade legal para assinar os respectivos Termos de Aditamento Contratual.

Seria conveniente, ante o quadro da realidade atual de questionamentos judiciais às alterações contratuais verificadas na Administração Municipal, e a insegurança gerada pelas decisões judiciais desfavoráveis, que fosse elaborada proposta de alteração legislativa, que fixasse os critérios limitativos a serem observados caso a caso: **manutenção do objeto do contrato; manutenção do local de execução; comprovação técnica da necessidade da alteração contratual por fato superveniente e imprevisível; comprovação da inviabilidade de nova contratação ou dos prejuízos que adviriam de nova contratação; fixação da possibilidade de uma única ampliação que ultrapasse o limite estabelecido no § 1º do art. 81.**

Por oportuno, de se consignar que foi consultado o PA 1995-0.074.003-6, do qual constam os estudos procedidos pela Comissão constituída pela Ordem Interna 16/95 – PGM.G, consubstanciados no Anteprojeto da Lei Sobre Licitações e Contratações Públicas, aprimorado por sugestões apresentadas durante os debates realizados no CEJUR, no

qual verificou-se que, na adequação da legislação municipal aos princípios e normas gerais de licitação, no tocante à questão aqui enfocada, foi mantida, de modo geral, a mesma disciplina.

Esse processo foi mantido custodiado para aguardar a tramitação do referido anteprojeto de lei federal sobre licitação, o que, de fato, não ocorreu. Por essa razão, seria conveniente que fosse dado seguimento à proposta ali contida, com a alteração ora sugerida, o que, a par de propiciar amplos debates legislativos, consolidaria a legislação sobre a matéria, no âmbito municipal, e atualizaria a lei municipal, dando maior segurança ao administrador municipal.

Nada impede, porém, que a proposta de alteração legislativa específica seja apresentada em apartado, para imprimir maior urgência em sua tramitação.

Enquanto não verificada a alteração legislativa, poder-se-á adotar a proposta, como orientação normativa sobre os critérios a serem observados na aplicação do artigo 81, § 2º, da Lei 10.544/88.

Delimitada conceitualmente a questão jurídica, se acolhido este pronunciamento, a análise da subsunção fática ao permissivo legal excepcional deverá ser procedida caso a caso, mediante análise da Pasta interessada, que detém a capacidade técnica e a competência legal para aferir da necessidade da alteração contratual.

Acompanham os volumes 1º a 44º.

São Paulo, 03/07/2000

LUCIA DE TOLEDO PIZA PELUSO
Procuradora Municipal - PGM/AJC
OAB 56.936

PARECER SOBRE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ENTRE COOPERATIVA DO PAS-PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E HOSPITAL PRIVADO, NÃO SUBMETIDO AO ÓRGÃO GESTOR. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRA-JUDICIAL PELA ENTIDADE PRIVADA. CONSTRIÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO. SIMULAÇÃO. NECESSIDADE DE INVALIDAÇÃO JUDICIAL DO NEGÓCIO, AJUSTADO PARA LESAR O PODER PÚBLICO.

Antonio Miguel Aith Neto
Procurador do Município

EMENTA Nº 8863

PAS. Módulo de atendimento da Saúde, Ipiranga e Sapopemba. Contrato de prestação de serviços celebrado, em 1996, entre o Hospital da Saúde S/A e a COOPERPAS-3, gerenciadora do módulo. Negócio simulado, encobrindo a sublocação de imóvel por valor muitas vezes superior ao aluguel pago pelo Hospital da Saúde. Contrato não submetido ao Conselho de Gestão do Módulo de Atendimento. Ajuizamento de execução por título extrajudicial pelo Hospital da Saúde, com base nesse contrato, no valor

R\$1.593.198,03. Extinção do convênio que vinculava a Prefeitura à COOPERPAS-3. Determinação de penhora dos repasses a serem efetuados pela Prefeitura à cooperativa que atualmente gerencia o Módulo. Construção de dinheiro público. Simulação. Necessidade de a Municipalidade invalidar judicialmente o contrato de prestação de serviços ajustado com o intuito de auferir vantagem indevida do poder público. Conveniência de se obter medida liminar suspendendo os efeitos desse contrato. Embargos de terceiro a serem opostos pela Municipalidade, se necessário for. Encaminhamento do processo administrativo a SJ para obter autorização para o pronto ajuizamento dessas medidas judiciais.

INTERESSADO : SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

ASSUNTO : Execução de título extrajudicial nº 1335/98, movida pelo Hospital da Saúde S/A contra a COOPERPAS-3 perante a 1ª Vara Cível do Ipiranga. Encaminhamento a SMS para instrução do expediente e resposta a quesitos elaborados, com vistas à propositura de ação judicial pela Municipalidade. Necessidade de adoção de medidas judiciais, visando suspender os efeitos do contrato que aparelha a referida execução e, ao final, invalidá-lo.

Informação nº 2859/99 - PGM.AJC

ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA
Senhora Procuradora Assessora Chefe

1 - Os elementos constantes deste procedimento administrativo revelam fatos de extrema gravidade, merecedores de pronta refutação judicial. Dada a urgência da situação, manifestamo-nos a seguir com aconselhada brevidade, sugerindo ao final as medidas cuja adoção nos parece oportuna.

2 - O Hospital da Saúde S/A promove, em face da Cooperativa dos Profissionais da Saúde - COOPERPAS-3, e relativamente aos meses de

maio a outubro de 1998, a execução judicial de pretensão “*contrato de prestação de serviços e outras avenças*”, por ambas celebrado em 1.996. O valor pretendido somava, em dezembro de 1998, R\$ 1.593.198,03 (um milhão, quinhentos e noventa e três mil, cento e noventa e oito reais e três centavos).

No processo judicial, que sem maiores incidentes tramita perante a 1.^a Vara Cível do Foro Regional do Ipiranga (proc. n.^o 1.334/98), foi deferido o pedido do exequente de penhora dos “*créditos*” que a Cooperativa executada teria com a Prefeitura – em virtude de convênio que a vincularia ao PAS –, bem como o pedido de depósito de tais valores à ordem do Juízo (fls. 165).

3 - Em resposta a essa determinação (fls. 126), foi elaborada minuta de ofício a ser encaminhado pelo Exmo. Secretário da Saúde, na qual é salientada a impossibilidade jurídica de a Prefeitura cumprir a ordem judicial, tal como proferida.

Apesar de as razões levadas pelo ofício não terem ainda sido apreciadas pelo Juízo da 1.^a Vara Cível do Ipiranga, e em que pese a participação do Ministério Público no processo (fls. 143/166 e 170/172), é fato que a Municipalidade deverá adotar medida judicial adequada com vistas à invalidação do contrato de que se origina o pretensão crédito do Hospital da Saúde S/A – mormente porque ele aparelha pelo menos duas outras execuções por título extrajudicial ajuizadas contra a COOPERPAS-3 (*v.g.*, fls. 112/118).

Ao que parece, não se iniciou o prazo de dez dias para a Cooperativa interpor embargos à execução.

É o relatório.

4 - Depreende-se do que consta neste expediente que o contrato de prestação de serviços em questão foi elaborado com o nítido propósito de lesar o erário municipal. Inúmeras circunstâncias assim o indicam.

5 - A Cooperativa dos Profissionais da Saúde - COOPERPAS-3 e a Prefeitura firmaram em maio de 1996 um convênio – nos termos da Lei

Municipal nº 11.866/95, que instituiu o PAS –, objetivando aperfeiçoar a prestação dos serviços de saúde no Módulo de Atendimento que englobava os bairros da Saúde, Ipiranga e Sapopemba (fls. 274/294).

Pelo convênio, a Prefeitura obrigava-se, em suma, a fornecer instalações e equipamentos necessários às atividades do Módulo, e a transferir recursos financeiros necessários à implementação do PAS; esses recursos seriam manejados pela Cooperativa, sob a fiscalização da Secretaria Municipal da Saúde, incumbida de exigir dela, mensalmente, prestação de contas (cláusula 7ª; fls. 276).

À COOPERPAS-3 incumbia, também em resumo, prestar os serviços de natureza preventiva e de assistência médica, ambulatorial e hospitalar, à população residente naquele Módulo, zelando pelos bens municipais alocados para essa finalidade, e submetendo-se ao controle e fiscalização da Prefeitura, exercidos por intermédio da Secretaria Municipal da Saúde.

6 - Dos termos mesmos do convênio, da Lei Municipal nº 11.866/95 e de seu Decreto regulamentar nº 35.664/96, verifica-se que à Prefeitura, e não à Cooperativa, cumpria destinar as instalações necessárias à prestação dos serviços vinculados ao PAS.

Os bens imóveis dever-lhe-iam ser cedidos tão-só em permissão de uso, como previsto na cláusula 2ª, I, “a” e II, “c”, do termo de convênio (fls. 274/275), redigida como preceituado pelos artigos 4º, III, e 7º, I, da Lei Municipal 11.666/95 e art. 5.º e parágrafos do Decreto regulamentar nº 35.664/95.

7 - Pois bem. Unidos da clara intenção de auferir ganho fácil à custa dos cofres municipais, a COOPERPAS-3 e o Hospital da Saúde S/A – locatário do imóvel situado na Av. Jabaquara, 1314/1320 – elaboraram o dispendioso “*contrato de prestação de serviços e outras avenças*”, cujo desígnio era o de ocultar a efetiva **sublocação do prédio**, a ser bancada pelo dinheiro público.

E assim fizeram para não só contornar a limitação legal, imposta pela legislação de regência do PAS, como também para burlar a proibição,

inserta no contrato de locação, que vedava ao Hospital da Saúde sublocar o imóvel recebido do Espólio de Mathias Antunes (fls. 174, item 3).

Como veremos, entretanto, a real intenção das partes não pôde ser reprimida por seus maneios semânticos.

8 - O objeto do contrato ora impugnado – no qual a Cooperativa é designada como “*contratante*” e o Hospital como “*contratada*” – foi descrito do seguinte modo no “*caput*” de sua cláusula primeira (fls. 21):

“CLÁUSULA PRIMEIRA - A CONTRATADA se obriga, pelo presente, a colocar à disposição da CONTRATANTE 250 (duzentos e cinquenta) leitos de acordo com a atual distribuição nas diversas alas de internação, incluindo 12 (doze) leitos de UTI, centro cirúrgico com 04 (quatro) salas, central de esterilização, sala de recuperação pós-anestésica, área para instalação de laboratórios de análise clínica, área para rádio-diagnóstico (de acordo com a vistoria efetuada pela Secretaria Municipal da Saúde que passa a fazer parte integrante do presente como Anexo I), tudo devidamente equipado e mobiliado (conforme relação anexa dos bens de propriedade da CONTRATADA que serão colocados à disposição da CONTRATANTE, destinados à consecução dos fins deste contrato e que passa a fazer parte integrante deste instrumento como Anexo II), bem como a prestar os serviços hospitalares de recepção e informação, comunicação (telefone e alto-falante), manutenção e gastroterapia.”

9 - Ora, apenas à custa de muita boa vontade hermenêutica poder-se-ia vislumbrar os serviços pelos quais o Hospital da Saúde S/A, afinal, viria a merecer tão expressiva remuneração.

A descrição das salas, leitos e dependências que compõem o hospital ajudam a tornar explícita a mera natureza locatícia do ajuste; os serviços secundários de recepção, informação, etc. são o véu que as partes inutilmente fizeram correr sobre o negócio para ocultar sua verdadeira vocação.

Conforme informado por SMS, o Hospital da Saúde nunca manteve no local pessoal suficiente para prestar, de modo idôneo, qualquer

modalidade de prestação de serviço, ainda que acessório (fls. 323, item 2). E, ainda, os bens pertencentes ao “prestador de serviços” (*sic*) correspondem a menos do que dez por cento do necessário para o regular funcionamento do hospital.

10 - O contrato, outrossim, contém disposições típicas da locação. Ali, são carreados à COOPERPAS-3 os encargos decorrentes de qualquer reforma no prédio ou adaptação dos leitos hospitalares (cláusula 1ª, § 1º); é ela também obrigada a entregar o imóvel, no final do contrato, no estado em que se encontrava na assinatura do instrumento (cláusula 1ª, § 1º); a manter e conservar os equipamentos colocados à sua disposição no estado do recebimento (cláusula 7ª, “g”, e parágrafo único); etc..

Por outro lado, as tênues obrigações assumidas pelo Hospital da Saúde na cláusula sexta do contrato nada revelam que contrarie a evidência da sublocação avençada.

11 - Tal simulação, é bom que se alerte, não configurou mera e inocente irregularidade formal do contrato. Por meio do simulacro, as partes pretendiam, em verdade, justificar a fixação dos pretensos “serviços” contratados pela COOPERPAS-3 num valor **multíssimo superior** ao dos aluguéis pagos pelo Hospital da Saúde ao seu locador, o Espólio de Mathias Antunes.

Pelos supostos “serviços” prestados pelo Hospital, pactuou-se em 1996 uma *“remuneração mista composta de (a) um valor fixo, correspondente R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e (b) um valor variável, apurado mediante a apresentação, pela CONTRATADA a CONTRATANTE de demonstrativo (...) das despesas efetuadas pela CONTRATADA no período de apuração, relativas aos serviços e materiais utilizados pela CONTRATADA por solicitação da CONTRATANTE, bem como às despesas de consumo de gases medicinais, luz, água e telefone”* (cláusula terceira).

A remuneração do Hospital da Saúde podia alcançar, conforme planilha por ele elaborada, cerca de R\$ 200.000,00 por mês (fls. 4).

12 - O Espólio de Mathias Antunes, por sua vez, recebia desse mesmo Hospital da Saúde, pela locação desse mesmo prédio, o singelo aluguel de **R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais)**, corrigível pelo IPC/

FGV, a partir de 1º de junho de 1.997. Esse aluguel, mais consentâneo com a realidade, foi fixado nos autos de ação revisional que tramitou perante a 2.ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, sob o nº 722/97 (fls. 174).

13 - Por óbvio, a conta do complacente ajuste pactuado entre a COOPERPAS-3 e o Hospital da Saúde passou a ser exclusivamente suportada pela Prefeitura, a quem competia repassar os recursos financeiros necessários à execução do convênio.

E, ao que parece, muito embora tenha a Prefeitura efetivado regular e mensalmente o repasse destinado ao pagamento desse contrato irregular, a Cooperativa por vários meses deixou, também aparentemente, de remunerar os "serviços" prestados pelo Hospital da Saúde (fls. 171, item 9), ensejando as execuções judiciais em curso.

Importante ressaltar que a Prefeitura hoje tenta alugar esse mesmo imóvel diretamente de seus proprietários, sem o intermédio do Hospital da Saúde, havendo a concreta possibilidade de o aluguel ser fixado em R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), conforme informações da Secretária Municipal da Saúde (fls. 324, item 5).

14 - Do que acima se expôs, podemos concluir que a COOPERPAS-3 e o Hospital da Saúde realizaram conscientemente negócio jurídico simulado, com explícita e maliciosa intenção de lesar a Municipalidade.

Não se pode descartar, inclusive, a possibilidade de a Cooperativa ter contribuído para o livre desenrolar dos processos de execução movidos em juízo por seu pretense credor, com o fito de obter por vias transversas o que a Prefeitura não mais lhe daria espontaneamente – até porque o convênio que a vinculava à COOPERPAS-3 foi extinto em 03/09 p. p. pela Portaria 1823/99-SMS-G (fls. 319).

15 - Todos os elementos até agora colhidos indicam enfaticamente a existência da simulação. As partes, que jamais submeteram o contrato simulado ao Conselho de Gestão do Módulo, como era de rigor (art. 17 do "Regulamento de Serviços"⁽¹⁾ e fls. 323, item 1), agiram de modo

⁽¹⁾ "Art. 17º - Todos os serviços, não exercidos diretamente pelos cooperados, serão fornecidos ao Módulo de Atendimento pela COOPERPAS-3, e obtidos, com a autorização do Conselho de Gestão, mediante contrato, ajustes, convênios ou acordos, que serão administrados pela COOPERPAS-3."

consciente para extrair do erário larga vantagem indevida, sabendo não tratar o contrato de *"prestação de serviços"*.

"Consiste a simulação em celebrar-se um ato, que tem aparência de normal, mas que, na verdade, não visa ao efeito que juridicamente não devia produzir. Como em todo negócio jurídico, há aqui uma declaração de vontade, mas enganosa. E difere a simulação dos defeitos até agora estudados: do erro se distingue em que o agente tem a consciência da distorção entre a vontade declarada e o resultado; do dolo difere, porque não se usam maquinações com o fito de levar o agente a realizar o que normalmente não faria, porém o agente procede na forma como o faz porque quer; da coação é diferente, em que inexistente qualquer processo de intimidação para compelir o agente a emitir a declaração de vontade." (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Instituições de Direito Civil, 18ª ed., Ed. Forense)

16 - A afrontosa transparência do motivo pelo qual as partes realizaram o negócio – qual seja, o de obter da Municipalidade importância mensal mais de cinco vezes superior ao valor do aluguel do imóvel – estabeleceu inabalável presunção de ter sido ele simulado; a essa presunção primeira, devem somar-se as muitas outras particulares circunstâncias que envolveram a celebração e os termos do contrato:

"Raras vezes se pode obter uma prova direta da simulação, porque aqueles que efetuam contratos simulados, em regra, ocultam cuidadosamente o seu propósito procurando as trevas, como já diziam os velhos praxistas. Para este fim os simuladores, não só não manifestam publicamente a sua vontade de simular, como se esforçam por tornar verossímil o que há de aparente e fictício no ato que praticam.

Por isso, na grande maioria dos casos, é extremamente difícil a prova da simulação e só pode fazer-se por presunções judiciais. Há quase sempre que recorrer para a demonstrar a um conjunto de fatos conhecidos, tais como: as condições pessoais ou patrimoniais dos outorgantes, as relações em que eles se encontram entre si, os fatos que precedem a realização do ato jurídico, as circunstâncias em que foi celebrado, o seu próprio conteúdo e finalmente os fatos posteriores à celebração mas com ele relacionados.

Destes fatos, que se conhecem, se deduzirá a simulação que se pretende demonstrar. (...)

Como ponto de partida para se fazer a prova da simulação é, antes de mais nada, necessário determinar a *causa simulandi*, o motivo determinante, o interesse que leva as partes a simular e que mostra portanto a razão de ser da simulação. Já assim ensinavam os juristas do antigo direito e esta regra prática que eles nos deixaram, é, como ensina Ferrara, perfeitamente aceitável no direito moderno. (...)

A prova por presunções de que um ato é simulado, tem, portanto, de assentar nessa base: a demonstração da *causa simulandi*, a qual, como já dizia Pêgas, deve ser certa e indubitável e provar-se conclusivamente." (JOSÉ BELEZA DOS SANTOS, A simulação em Direito Civil, Ed. Lejus, 1999, página 442/443, grifamos)

17 - Muito embora o ato jurídico simulado padeça, normalmente, de anulabilidade, cremos que há na hipótese aspectos geradores da nulidade do ajuste: **(a)** a sublocação, encoberta pelo contrato aparente, é vedada por Lei (arts. 4º, III, e 7º, I, da Lei Municipal 11.666/95; art. 5º e parágrafos do Decreto nº 35.664/95), e pelos termos do convênio celebrado com a Prefeitura, incidindo assim o disposto nos artigos 82, 145, II, e 146 do Código Civil; **(b)** os fins pretendidos pelos partícipes da simulação, apropriar-se de dinheiro público, são flagrantemente ilícitos – senão criminosos –, tendo inclusive merecido a investigação do Ministério Público; **(c)** são nulos, e não simplesmente anuláveis, os atos lesivos ao patrimônio do Município em casos de ilegalidade do objeto e de inexistência de motivos, nos termos do artigo 2º, "c" e "d", da Lei Federal nº 4.717/65⁽²⁾, norma de direito material; se o cidadão poderia ingressar com ação popular objetivando por isso invalidar o ato, com muito mais propriedade poderá a Municipalidade fazê-lo para defender seu patrimônio.

Em virtude da gravidade do vício que macula o contrato, não é demasia, com o auxílio doutrinário, tachá-lo de nulo:

⁽²⁾ "Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; (...). Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: (...) c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; (...).

“Quer isso dizer que sempre e em todos os casos onde o negócio fiduciário ou *in fraudem legis* for praticado com os característicos da simulação, esta deve prevalecer? A questão é de grande importância no Direito brasileiro sobretudo pelo caráter de anulabilidade de que se reveste a simulação e ainda pelo lapso prescricional que é de 4 anos (art. 178, § 9º, inc. V, letra 'b'). (...)

É tal o ponto nodal da questão: a violação de uma norma imperativa, cogente e de ordem pública. Se o negócio fiduciário, se a interposição de uma pessoa, foi um expediente procurado para vulnerar uma norma cogente, de tal sorte que o ato dissimulado, o ato verdadeiramente pretendido constitui uma nulidade de ordem pública, (...), é lógico o afastamento radical da simulação propriamente dita. **Apresenta-se, então, um ato eivado de nulidade absoluta, fraude à lei, negócio fiduciário contrário à ordem pública,** figuras que absorvem e dominam a da simulação, que não passa de um meio para atingir um fim principal.

Conseqüentemente, toda vez que a simulação atue como um meio fraudatório à lei, visando à vulneração de uma norma cogente, deve desaparecer para dar lugar à preponderância da fraude à lei, pela violação da norma de ordem pública.” (M.M. DE SERPA LOPES, Curso de Direito Civil, Freitas Bastos Editora, 8ª ed., 1996, vol. 1, página 461, grifamos)

18 - Ainda que cataloguemos o negócio simulado como ato simplesmente anulável, entretanto, poderá a Municipalidade de São Paulo, lesada pelo “*superfaturamento*” do aluguel do prédio, também demandar a sua invalidação com fundamento nessa sua anulabilidade, conforme o artigo 105 do Código Civil, uma vez que não se consumou o prazo prescricional de quatro anos para o exercício da ação (art. 178, § 9º, inc. V, letra “b”, do Código Civil).

19 - Em qualquer hipótese, ajuizada a ação para invalidar o contrato, convém, tendo em vista o fundado receio de dano irreparável, seja requerida *inaudita altera parte* **medida liminar que suspenda os efeitos do contrato em questão, relativamente à Municipalidade** – nos termos do art. 273 do CPC ou em ação cautelar –, a fim de que se afaste de modo eficaz a perene ameaça de constrição de dinheiro público, brandida pelo Hospital da Saúde nas várias execuções que, fundada nesse contrato, move contra a COOPERPAS-3.

20 - Nesse passo, se mantida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional do Ipiranga a determinação de penhora do "crédito" que teria a COOPERPAS-3 com a Prefeitura, será também necessário que a Municipalidade interponha embargos de terceiro com vistas ao afastamento da constrição, medida que provocará a suspensão do feito e a redistribuição do processo a uma das varas da Fazenda Pública.

Nesses embargos, poderiam ser utilizados, sem a exclusão de outros, os argumentos já alinhados na anexa minuta de ofício encaminhada por esta Procuradoria Geral ao Sr. Secretário Municipal da Saúde para subsidiá-lo na resposta ao MM. Juízo da 1ª Vara Cível do Ipiranga.

É de se ponderar que o magistrado que vier a apreciar esses eventuais embargos poderá até mesmo, acolhendo-os, extinguir o processo de execução, nos termos do artigo 129 do CPC, na hipótese não improvável de ele se convencer, pelas circunstâncias da causa, de que exequente e executado se servem do processo "para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei".

Como já asseverou o E. Superior Tribunal de Justiça, "em se tratando de utilização do processo para a prática de ato simulado ou fim proibido por lei, é dever do juiz, seu condutor e maior fiscal, pronunciar a nulidade" (REsp nº 62.145-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 29/9/97, grifamos).

O E. Tribunal de Justiça também não admite a utilização do processo pelas partes para a ilegítima consagração de fins incompatíveis com a ordem jurídica:

"O art. 129 do CPC, segundo abalizada doutrina, viola à conjuração do objetivo anormal do processo, ainda que sem propósitos ilícitos. Em geral, obvia o intuito de suplantar certas vedações legais protetoras de direitos indisponíveis, mediante jogo fraudulento, sem, todavia, atentar para a livre convenção dos demandantes; leva em conta evidências seguras e concretas de simulação entre as partes, acertada em detrimento de terceiros ou de disposição de lei – CC arts. 102 e 103. O escopo do processo simulado é proeminentemente o de alcançar por caminhos indiretos resultados proibidos pelo Direito." (TJSP, AP 218.053-1; JTJSP 172/163; do voto do Des. Toledo César)

21 - Diante do exposto, cremos deva o presente ser alçado à Secretaria dos Negócios Jurídicos para obter autorização, em caráter de urgência, para o ajuizamento de ação, pelo rito ordinário, objetivando invalidar o "contrato de prestação de serviços e outras avenças" celebrado, em maio de 1.996, pelo Hospital da Saúde S/A e a Cooperativa dos Profissionais da Saúde - COOPERPAS-3, e ressarcir o erário dos prejuízos a ele impostos pelo negócio simulado; por serem litisconsortes necessárias (art. 47 do CPC), deverão estas entidades figurar obrigatoriamente no pólo passivo da demanda (a COOPERPAS-3, somente se ainda não tiver sido formalmente incorporada pela COOPERPAS/MED-1, que nesse caso a sucederá processualmente - fls. 303/308).

Deverá ainda ser autorizada a formulação de pedido de medida liminar que suspenda "*inaudita altera parte*" os efeitos do contrato em questão relativamente à Municipalidade – pedido esse a ser deduzido em sede de ação cautelar ou, nos termos do artigo 273 do CPC, como antecipação de tutela.

Por fim, será oportuno obter desde já autorização para que a Municipalidade venha a interpor embargos de terceiros, se necessário for, nos vários processos de execução movidos pelo Hospital da Saúde S/A contra a Cooperativa dos Profissionais da Saúde - COOPERPAS-3, com base nesse questionado "*contrato de prestação de serviços e outras avenças*".

Dadas as repercussões de ordem penal, que dos fatos poderão decorrer, creio ser conveniente, uma vez autorizado o ajuizamento das medidas necessárias à proteção do erário, o encaminhamento de cópia integral do presente à Corregedoria Administrativa, para melhor investigação das circunstâncias que conduziram a Prefeitura a esse estado de coisas.

São Paulo, 28/09/1999

ANTONIO MIGUEL AITH NETO
Procurador Assessor - AJC
OAB 88.619
PGM

AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL.
INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL.
PRELIMINAR ACOLHIDA. RECURSO PROVIDO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL n° 127.869-5/0-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é recorrente o JUÍZO "EX OFFICIO", sendo apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e apelado MINISTÉRIO PÚBLICO:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS CONSTANTES DO

ACÓRDÃO. V.U.", de conformidade com o relatório e voto do Relator, que integram este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOARES LIMA (Presidente, sem voto), VIANA SANTOS e CLÍMACO DE GODOY.

São Paulo, 31 de Agosto de 2000.

BRENNO MARCONDES
Relator

VOTO Nº 11.618

APELAÇÃO N. 127.869.5/0-00 - SÃO PAULO
APELANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO

Ação Civil Pública – Declaração de Inconstitucionalidade de lei municipal - Procedência – Reexame necessário e apelo da Municipalidade – Inadequação da via processual – Preliminar acolhida – Recursos providos.

Apelação contra a sentença de fls. 584/590 que julgou procedente a ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra a Prefeitura Municipal de São Paulo, para "declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 12.543, de 30.12.97, determinando à Municipalidade que promova o remanejamento de recursos entre as suas Secretarias de Governo, de molde a obter a disponibilização imediata ou informando como irá fazê-lo, trazendo à fiscalização, durante o exercício financeiro de 1998, a importância indicada na inicial e destinada à Secretaria de Educação ou outras verbas que estejam alocadas, além do que for apurado pelo Tribunal de Contas quanto ao anterior exercício de 1997"; estabelecida "a cominação de R\$ 20.000,00 pelo descumprimento da decisão (cf. artigo 13 da Lei n. 7.347/85), a contar do quinto dia posterior à intimação pessoal do representante legal do Município, arcando a ré com a verba honorária advocatícia de 15% sobre o valor dado à causa (cf. artigo 20, parágrafo 4º do Código de Processo Civil)", anotado o reexame necessário.

Da sentença a Municipalidade de São Paulo opôs embargos declaratórios, que foram rejeitados (fls. 596v).

Inconformada, apela a Municipalidade de São Paulo, aduzindo preliminarmente a falta de interesse processual pela inadequação da ação, pedindo a extinção do feito com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. No mérito, afirma que a Lei Municipal nº 12.543/97 não contraria a Constituição Federal; que o art. 208 da Lei Orgânica Municipal é inconstitucional, pois contraria o art. 165 da Constituição Federal; que há possibilidade de compensações, em exercícios futuros, da receita orçamentária vinculada; que é impossível o controle judicial de atos administrativos, imposição de despesas e antecipação de julgamentos do Tribunal de Contas do Município e, finalmente, que a ação perdeu o objeto, uma vez que a matéria já foi superada e que o exercício financeiro de 1998 já se findou.

O recurso foi recebido e respondido (fls. 605; 606/660), manifestando-se o Ministério Público em Segunda Instância pela manutenção da sentença (fls. 665/682).

Às fls. 684 a Municipalidade pede a juntada dos documentos, manifestando-se o Ministério Público às fls. 704/707.

Relatados.

A preliminar de falta de interesse processual por inadequação da demanda deve ser acolhida.

O Dr. Promotor de Justiça da Infância e Juventude da Capital propôs a presente ação civil pública contra Celso Roberto Pitta do Nascimento, Prefeito Municipal de São Paulo pretendendo a declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 12.543, de 30 de dezembro de 1997, com a condenação do agente político na obrigação de fazer, consistente no remanejamento de verbas orçamentárias entre as Secretarias Municipais, aduzindo que, com a Lei 12.543/97 o Município se viu autorizado a aplicar no ensino fundamental e educação infantil valor inferior a 30% dos recursos orçamentários, segundo prescreve o art. 208 da Lei Orgânica do Município.

No entanto, como leciona Hely Lopes Meirelles:

"A ação civil pública não é forma pararela de declaração de inconstitucionalidade. Acresce que, em várias oportunidades, a ação civil

pública tem sido utilizada pelos juizes singulares como verdadeiro substituto da ação direta de inconstitucionalidade, com a diferença de ser a competência para seu julgamento do STF, como manda a Constituição Federal.

Ora, conhecemos no direito brasileiro os controles abstrato e concreto. O abstrato é da competência exclusiva do STF e o concreto só se aplica em casos específicos ou de modo incidental. Como a decisão da ação civil pública tem efeitos erga omnes, não pode ensejar o controle da constitucionalidade da lei por via disfarçada, com usurpação da competência do STF.

Essa impossibilidade decorre da inviabilidade das duas consequências alternativas:

a) ou a inconstitucionalidade é declarada localmente, tão-somente na área de competência do juiz e, aplicando-se erga omnes, cria um Direito Substantivo estadual diferente do nacional e viola a Constituição, que estabelece a unidade do Direito Substantivo, havendo até a possibilidade de se criar um Direito específico aplicável em determinada localidade, e não em todo o Estado, quando a área de jurisdição do juiz federal é inferior à do Estado, situação que ocorre no Estado do Paraná;

b) ou a inconstitucionalidade é declarada, pelo magistrado de primeira instância, para ter efeitos no plano nacional e há usurpação, pelo juiz, da função do STF.

O caráter excepcional do controle de constitucionalidade in abstracto foi salientado, no STF, pelo Min. Moreira Alves, que, a respeito, afirmou: "O controle de constitucionalidade in abstracto (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o incidente tantum) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos na própria Constituição, como consectário, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado".

O mesmo Magistrado teve, ainda, o ensejo de esclarecer, em recente trabalho doutrinário, que: "Por fim, a Constituição de 1988 – ao contrário da Constituição de 1967 e da EC 1/69, que silenciaram

sobre preceito semelhante existente na EC 16/65 – declarou, no parágrafo 2º do art. 125, que “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição de 1967 e da EC 1/69 – podem adotar, na defesa das Constituições estaduais, o controle de constitucionalidade das normas estaduais e municipais em abstrato. E, na Recl. 337, julgada em 23.8.90, o STF manteve sua jurisprudência anterior, no sentido de que não cabe aos Tribunais de Justiça dos Estados processar e julgar ação direta em que se argüi a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, pois em caso contrário, tendo os acórdãos nessas ações eficácia erga omnes, a eles estaria vinculada a Suprema Corte, que, assim, não poderia exercer seu papel de guardião da CF no controle difuso de constitucionalidade da lei municipal declarada inconstitucional em ação dessa natureza”.⁽¹⁾

No mesmo sentido do entendimento do eminente Hely Lopes Meirelles, o E. STJ já se manifestou a respeito da matéria:

“Não pode a ação civil pública ser utilizada como meio de se declarar inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental” (STJ - 1ª Turma, Resp 134.979-GO-Edcl, rel. Min. Garcia Vieira, j. 7.11.97, rejeitaram os embargos, v.u., DJU 15.12.97, p. 66.266). Mesmo porque: “Admitida a ação civil pública para impedir a cobrança de tributo taxado de inconstitucional, possibilitaria a prolação de sentenças contraditórias com efeitos ‘erga omnes’, o que é absurdo” (STJ - 1ª Turma, Resp 90.406-MG, rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.3.98, não conheceram, v.u., DJU 4.5.98, p. 78).⁽²⁾

Ante o exposto, acolho a preliminar e julgo o processo extinto com base no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, invertida a sucumbência.

BRENNO MARCONDES
Relator

⁽¹⁾ in Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, Hely Lopes Meirelles, 21ª ed., Malheiros, 1999, p. 195/197.

⁽²⁾ in Código de Processo Civil e Legislação Processual, Theotonio Negrão, 30ª ed., p. 913.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL.
PROGRAMA DE GARANTIA DE RENDA FAMILIAR MÍNIMA.
EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DE INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO EM
FACE DE INTERESSE PÚBLICO RELEVANTE. PEDIDO DE
DESISTÊNCIA ACOLHIDO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI nº 052.649-0/7-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é requerente o PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, sendo requerido o PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, julgar prejudicado o julgamento, de

conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores DIRCEU DE MELLO (Presidente), YUSSEF CAHALI, NEY ALMADA, MARCIO BONILHA, NIGRO CONCEIÇÃO, NELSON SCHIESARI, OETTERER GUEDES, LUIS DE MACEDO, CUBA DOS SANTOS, JOSÉ OSÓRIO, VISEU JÚNIOR, GENTIL LEITE, ALVARO LAZZARINI, DANTE BUSANA, JOSÉ CARDINALE, DENSER DE SÁ, MOHAMED AMARO, LUIZ TÂMBARA, FRANCIULLI NETTO, FONSECA TAVARES, PAULO SHINTATE, FLAVIO PINHEIRO e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 05 de maio de 1999.

DIRCEU DE MELLO
Presidente

DJALMA LOFRANO
Relator

ÓRGÃO ESPECIAL
VOTO 15.738

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 52.649.0/7
Requerente: Prefeito do Município de São Paulo
Requerido: Presidente da Câmara Municipal de São Paulo

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Homologação de desistência, pelo relator, em razão de interesse público relevante – Inaplicabilidade, excepcionalmente, do § 1º do artigo 669 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, considerando a relatividade dos princípios. Prejudicado o julgamento.

VISTOS.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito do Município de São Paulo, visando à suspensão dos efeitos da Lei nº 12.651, de 06 de maio de 1998, que institui o Programa de Garantia de

Renda Familiar Mínima Municipal, com a determinação de que a Prefeitura complemente, mensalmente, o rendimento das famílias, residentes e domiciliadas no Município, que percebam renda familiar bruta inferior a três (03) salários mínimos, desde que todos os seus filhos e/ou dependentes, com idade de 0 a 14 anos, tenham frequência mínima em escolas públicas ou creches. A lei estabeleceu ainda o meio de fiscalização e a necessidade de dotação orçamentária. Em suma, alega o prefeito que a inconstitucionalidade está fundada na incompatibilidade da lei com os artigos 5º, 144 e 146 da CE.

Liminar (fls. 18/19).

Informações da Câmara Municipal de São Paulo a fls. 27/45. Em preliminar diz que o pedido é juridicamente impossível. No mérito, defende a constitucionalidade da lei.

A Procuradoria Geral do Estado, citada na forma do R.I.T.J.S.P., noticiou a inexistência de interesse na defesa da constitucionalidade.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do pedido (fls. 109/116).

Este o relatório.

O Prefeito Municipal, antes do julgamento desta ADIN, por petição escrita, apresentou manifestação noticiando a desistência da ação.

Não se desconhece a regra insculpida no § 1º do artigo 669 do R.I.T.J.S.P. Vale dizer: "**proposta a representação, não mais se admitirá a sua desistência**".

A razão de ser da impossibilidade de se permitir a desistência da ação encontra eco na natureza do processo de controle normativo abstrato.

É inegável que a representação de constitucionalidade tem natureza, verdadeiramente, de ação. Mas não se trata de qualquer ação. Instaura-se, com o pedido de declaração de inconstitucionalidade, um "**processo objetivo**". Como outro processo normal, o que se tem é de fato a prestação

da tutela jurisdicional (constitucional concentrada). Contudo, como sabiamente ensinou Clèmerson Merlin Clève, este processo não pode, em hipótese alguma, ser tido como um meio para a composição de uma lide. *"É que, sendo 'objetivo', inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida. A idéia de Carnelutti segundo a qual 'o processo é continente de que a lide é conteúdo' não se aplica ao processo através do qual atua a jurisdição constitucional concentrada. Em vista disso, os legitimados ativos da ação direta não buscam, com a provocação do órgão exercente da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade)".*⁽¹⁾ E continua o mestre: *"Cuidando-se de processo objetivo, na ação direta de inconstitucionalidade não há lide, nem partes (salvo num sentido formal), posto inexistirem interesses concretos em jogo. Por isso, as garantias processuais previstas pela Constituição, não se aplicam, em princípio, à ação direta de inconstitucionalidade".*⁽²⁾

Não é outro o pensamento de Gilmar Ferreira Mendes: *"O que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processo objetivo (...), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição (...). Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (...), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, (...) no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido. 'A admissibilidade de controle de normas - ensina Söhn - está vinculada, tão-somente, a uma 'necessidade pública de controle'".*⁽³⁾

Assim, por se tratar de processo objetivo visando ao controle normativo abstrato, aplica-se à espécie o chamado **princípio da indisponibilidade da ação**. Tal afirmação é amplamente respaldada, inclusive pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (artigo 169, § 1º), porquanto o exercício da jurisdição constitucional concentrada do Poder Judiciário não pode ficar condicionado - o que implicaria na sua frustração

⁽¹⁾ A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 1ª ed, São Paulo, RT, 1995, p. 113.

⁽²⁾ A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 1ª ed, São Paulo, RT, 1995, p. 114.

⁽³⁾ Controle de Constitucionalidade, Aspectos jurídicos e políticos, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 251.

- "por razões que, invocadas pelo autor, nem sempre se identificam com a necessidade, imposta pelo Interesse público, de ver excluídas do ordenamento as normas eivadas de inconstitucionalidade".⁽⁴⁾

É nesse caminho a lição do jurista português VITALINO CANAS⁽⁵⁾:
"Nos outros processos de fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade o processo não está ao dispor de nenhum sujeito processual, incluindo, aliás, o próprio Tribunal Constitucional que não lhe pode pôr razões de inconveniência ou de inoportunidade da fiscalização (...). O Tribunal deve prosseguir e emitir a decisão que considerar melhor para tutelar o interesse da comunidade. A proibição da desistência (...) adapta-se na perfeição ao seu carácter objetivo".

O autor português, demonstrando profundo conhecimento do tema, fez citar, para reforço da sua idéia, doutrinadores alemães (Hans Lechner e Hartmut Sohn), dando azo à posição da jurisprudência, na mesma toca-da, do Tribunal Constitucional da República Federal Alemã, a saber: "Perante a ausência de um preceito que resolvesse inequivocamente a questão se poderia haver desistência nos processos de fiscalização abstracta, o TC federal alemão perfilhou a posição negativa. Na sua decisão de 30.07.1952 (BvverfGE, 1, p. 396 et. Seq., especialmente p. 414) firmou a jurisprudência de que a partir do momento em que o requerente deu início ao processo ele deixa de ter qualquer poder de disposição sobre o seu prosseguimento, o qual deve ser decidido unicamente na perspectiva do interesse público".

Não destoam o Supremo Tribunal Federal a respeito: "**O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, impede a desistência da ação direta já ajuizada**" (RTJ 135/905). Nesse sentido é também a doutrina pátria mais autorizada: Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 35); Clèmerson Merlin Clève (A fiscalização abstracta de constitucionalidade no direito brasileiro, São Paulo, RT, 1995, p. 115).

Muito bem.

⁽⁴⁾ STF, ADIN 892-7/RS, Sessão plenária, j. 27.10.1994, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 07.11.1997, RT 750/170.

⁽⁵⁾ Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1986, item 35, p. 130.

O caso presente, porém, no meu sentir, **excepciona o princípio da indisponibilidade** acima referido.

A lei que se pretende reconhecer a inconstitucionalidade diz respeito à instituição do Programa de Garantia de Renda Familiar Mínima Municipal, com a determinação de que a Prefeitura complemente, mensalmente, o rendimento das famílias, residentes e domiciliadas no Município, que percebam renda familiar bruta inferior a três (03) salários mínimos.

Recentemente, a imprensa passou a noticiar o interesse do **Poder Executivo** em implantar o **Programa de Renda Mínima**. Basta ver a reportagem realizada pela Folha de São Paulo dando conta que a Prefeitura irá destinar R\$ 106.000.000,00 para o programa de complementação de renda (cf. Editorial: COTIDIANO, p. 3-4, Edição: São Paulo, 2.04.1999).

Conforme constou da reportagem, a Prefeitura **complementará** a renda de famílias residentes na cidade há pelo menos 4 anos, com renda familiar inferior a três salários mínimos e com crianças de até 14 anos matriculadas em creches ou escolas. E continua: esses são os termos da proposta assinada em 1º.04.1999 pelo secretário municipal do Trabalho, Emprego e Requalificação Profissional, Fernando Salgado, o senador Eduardo Suplicy (criador da idéia da renda mínima no Brasil) e o vereador Arselino Tatto (autor do lei que implanta o benefício na cidade). Os passos finais para a implantação do programa devem ser dados na semana que vem. O prefeito Celso Pitta deve "tirar" a ação direta de inconstitucionalidade que ingressou no ano passado contra essa mesma lei e publicar a proposta assinada ontem, que regulamenta a lei. **Segundo estudo de 1996 do Sead (Sistema Estadual de Análise de Dados)**, havia na cidade 245 mil famílias na faixa de renda atingida pelo benefício, um total de mais de 800 mil pessoas. O gasto previsto pela proposta, de 1% das receitas da prefeitura, comporta pouco menos que esse total. Ou seja, se todas as famílias cumprirem os demais requisitos, vai sobrar gente fora da cobertura. Na avaliação do secretário, o programa vigorará em dois meses. Além de complementar renda e incentivar os pais a matricular as crianças até 14 anos, o projeto ainda incentiva os integrantes da família a trabalhar. Isso porque as famílias com alguma renda terão seu rendimento complementado a patamares

superiores àqueles das famílias sem renda. Pela proposta, famílias sem renda receberão um salário mínimo. Já as que têm renda receberão o suficiente para que a renda chegue a 1,35 salário mínimo (grifos nossos).

Em outra reportagem, também da Folha de São Paulo, o conceituado jornal fez constar as palavras do Prefeito Celso Pitta sobre o vício que impedira a aplicação da lei, esclarecendo que o Convênio que estava para ser firmado (hoje já existente) iria permitir a adaptação da lei, afastando-se o interesse à declaração da inconstitucionalidade, a saber: "**Se essas adaptações forem possíveis, a prefeitura pode retirar a solicitação de inconstitucionalidade e tornar prática essa lei**" (cf. Editorial: COTIDIANO, p. 3-2, Edição: São Paulo, 31.03.1999).

Ora, é inegável o **fim social** buscado pela lei. Pela crise que o país está vivendo - forte nível de desemprego, miséria e baixo poder aquisitivo - impõe-se a aplicação da **relatividade dos princípios** para, em prol do interesse público maior ligado à sobrevivência de parte menos favorecida da nossa sociedade, permitir que se desista da ação direta de inconstitucionalidade.

Posto isso, diante da **homologação de fls. 128**, tendo em vista o **interesse público** que motivou a atuação, nesse particular, do requerente, afastando-se, **excepcionalmente**, a regra do § 1º do artigo 669 do R.I.T.J.S.P., reconhece-se prejudicado o julgamento da ação declaratória.

DJALMA LOFRANO
Relator

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL
POR VÍCIO DE INICIATIVA. VETO DO PREFEITO REJEITADO.
PROMULGAÇÃO PELO PRESIDENTE DA CÂMARA. INVASÃO DE
COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PREFEITO. PROCEDÊNCIA.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI nº 055.297-0/1-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que é requerente o PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, sendo requerido o PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, julgar procedente a ação, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores MÁRCIO BONILHA (Presidente), NIGRO CONCEIÇÃO, OETTERER GUEDES, LUIS DE MACEDO, JOSÉ OSÓRIO, HERMES PINOTTI, GENTIL LEITE, ALVARO LAZZARINI, JOSÉ CARDINALE, DENSER DE SÁ, MOHAMED AMARO, LUIZ TÂMBARA, FONSECA TAVARES, BORELLI MACHADO, FLÁVIO PINHEIRO, GILDO DOS SANTOS, FORTES BARBOSA, ANGELO GALLUCCI, VALLIM BELLOCCHI, SINÉSIO DE SOUZA e JARBAS MAZZONI.

São Paulo, 19 de abril de 2000.

MÁRCIO BONILHA
Presidente

PAULO SHINTATE
Relator

Voto 13.352 – ÓRGÃO ESPECIAL

Voto do Desembargador Relator Paulo Shintate

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 55.297.0/1 - São Paulo

Requerente - PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Requerido - PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Ementa: ADIN. Lei nº 12.654 de 06/05/98 de São Paulo. Criação de áreas de interesse social para urbanização específica e outras providências. Início do processo legislativo por membro da edilidade. Transformação em lei mediante rejeição de veto do Prefeito e promulgação pelo Presidente da Câmara Municipal. Lei que invade a competência privativa do Prefeito. Ação procedente com a declaração da inconstitucionalidade da lei impugnada.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Prefeito do Município de São Paulo, Celso Roberto Pitta do Nascimento, contra a Câmara Municipal de São Paulo, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da lei nº 12.654, de 06/05/98, do Município de São Paulo que “dispõe sobre a criação de áreas de interesse social para a urbanização específica e dá outras providências”, alegando em resumo:

Citada lei que veio a lume mediante processo legislativo de iniciativa de Vereador, aprovação pela Câmara, rejeição de veto total do Prefeito e promulgação pelo Presidente da edilidade padece do vício da inconstitu-

cionalidade por invadir a área de competência exclusiva do Prefeito, por regular matéria de organização administrativa e de serviços públicos, ofendendo o princípio básico da independência e harmonia entre os Poderes, estabelecido no artigo 5º da Constituição Bandeirante e a que cabe aos Municípios observar na forma do artigo 144 da Carta Paulista.

O Presidente da Câmara Municipal de São Paulo prestou informações, sustentando a legitimidade da norma legal impugnada. A douta Procuradoria Geral do Estado declarou ausência do interesse do Estado no deslinde da causa. A douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado opinou pela procedência da ação. É o relatório.

2. Julga-se procedente a ação e declara-se a inconstitucionalidade da lei nº 12.654 de 06/05/98 do Município de São Paulo, rejeitada a preliminar de carência.

É que a inconstitucionalidade de textos normativos municipais em face da Constituição Estadual pode ser declarada em ação direta de inconstitucionalidade (artigo 125, § 2º, da Constituição Federal e artigo 90 da Constituição do Estado de São Paulo).

A lei municipal taxada de inconstitucional surgiu de projeto de iniciativa de Vereador (fls. 27), vetado integralmente pelo Prefeito (fls. 22-25), com a rejeição do veto e promulgação da lei pelo Presidente da edilidade (fls. 27).

Trata citada lei de matéria referente à instituição na zona urbana e à expansão no Município, de áreas de interesse social para urbanização específica consoante se vê dos artigos da lei impugnada.

Essa matéria tem relação direta com a atividade administrativa do Executivo e a prestação de serviços. A edição das normas regulamentadoras correspondentes estão reservadas à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

Como bem acentuou o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado, em certos casos, porém, a Constituição reserva ao Prefeito, exclusividade de iniciativa de processo legislativo.

A regra da reserva tem como fundamento pôr na dependência do titular da iniciativa a regulamentação dos interesses vinculados a certas

matérias. É, pois, imperativa no que tange a subordinar a formulação da lei à vontade exclusiva do titular da iniciativa.

Entre as atribuições tipicamente administrativas do Prefeito podem ser mencionadas a administração do patrimônio do Município, aí compreendidos não só seus bens corpóreos como os incorpóreos suscetíveis de valor econômico ou espiritual e a decretação de desapropriações, na lição de Hely Lopes Meirelles.

A lei impugnada insere-se no âmbito das atribuições político-administrativas do Prefeito, quer porque impõe a regularização jurídica e urbanística de assentamentos habitacionais da população de baixa renda situados em áreas dominiais e bens de uso comum do povo, sob administração do Chefe do Executivo, quer porque a urbanização de áreas particulares pressupõe, necessariamente desapropriação, como bem mencionado no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado.

Como bem afirma a douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer, a administração de bens públicos e a desapropriação de bens particulares, que é meio de execução de obras e serviços públicos, assim como a definição da política habitacional a ser implantada no Município, são atividades tipicamente administrativas, da responsabilidade exclusiva do Prefeito, a quem compete, por razões óbvias, o exame da conveniência e oportunidade da apresentação de projetos de lei que versem sobre tais matérias, não podendo nesse campo sofrer nenhum tipo de ingerência.

Assim, o texto normativo municipal impugnado afrontou a disposição do artigo 5º da Constituição Estadual, que estabelece a independência e a harmonia entre os poderes, aplicável aos Municípios por força do artigo 144 da Constituição bandeirante.

A falta da defesa da constitucionalidade do diploma legal pela douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado é irrelevante, embora indeclinável a sua citação, para que, se for o caso, proceda a defesa.

À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente a representação e declaro a inconstitucionalidade da lei nº 12.654/98 do Município de São Paulo, oficiando-se à Câmara Municipal de São Paulo solicitando providências para a suspensão dos efeitos da citada lei. Custas na forma da lei.

PAULO SHINTATE
Relator

I.S.S. INTERMEDIÇÕES EM BOLSAS DE MERCADORIAS E
FUTUROS. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL DA
MUNICIPALIDADE PROVIDO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE
INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA.
IMPROCEDÊNCIA.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 61.228-SP (95/0008143-1)

RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS

RECORRENTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

**RECORRIDOS: SILEX CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES
MOBILIÁRIOS LTDA. e Outros**

**ADVOGADOS: VERA LÚCIA PINTO ALVES ZANETI e Outros
ROBERTO QUIROGA MOSQUERA e Outros**

EMENTA

ISS - INTERMEDIÇÕES - OPERAÇÕES DE CÂMBIO, TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - DECRETO-LEI Nº 406/68, ART. 8º - DECRETO-LEI Nº 834/69 - LEI COMPLEMENTAR Nº 56/87 - PRECEDENTES STF.

- A intermediação obrigatória de sociedades corretoras habilitadas, autorizadas pelo governo federal, para a concretização dos negócios jurídicos realizados nas bolsas de mercadorias e futuros, é tributada pelo ISS, por isso que se caracteriza como atividade profissional por elas prestada ao comprador.

- Invertidos os ônus da sucumbência, para condenar a recorrida ao pagamento dos honorários de advogado, no percentual de 15%.

- Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Ari Pargendler, Antônio de Pádua Ribeiro e Hélio Mosimann.

Brasília-DF, 13 de junho de 1996.

MINISTRO HÉLIO MOSIMANN, Presidente

MINISTRO PEÇANHA MARTINS, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS:

Recurso especial manifestado pelo Município de São Paulo, fincado nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão proferido pela Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil que, por unanimidade negou provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário da ora recorrente, dando provimento ao apelo da Co-autora Cambial S/A Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários nos autos da ação

declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária proposta contra o Município de São Paulo por Sílex Corretora de Câmbio e Valores Imobiliários Ltda. e Outros.

Sustenta o v. acórdão recorrido que a Cambial Corretora, como sociedade corretora de títulos e valores mobiliários, operando em Bolsas de Futuro e de Mercadorias, não está obrigada ao pagamento do ISS sobre a corretagem e as comissões que percebe em virtude das operações que realiza.

Alega o recorrente negativa de vigência aos Decretos-leis 406/68, (art. 8º), 834/69 e Lei Complementar nº 56/87. Aponta decisão do STF (RE 88.684-6-ES) como divergente do acórdão recorrido.

Interposto também recurso extraordinário para o STF.

Contra-razões foram oferecidas, sustentando que não havendo a aproximação entre as partes contratantes, não existe intermediação ou corretagem, não sendo possível a tributação pelo ISS.

O Tribunal de origem não admitiu os recursos.

Contra o despacho denegatório de recurso especial foi manifestado o cabível agravo de instrumento, a que dei provimento para melhor exame do apelo especial.

Dispensei o parecer da Subprocuradoria-Geral da República, nos termos do RISTJ.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (RELATOR):

Afasto a preliminar de não conhecimento do recurso. É que tenho por demonstrada a infringência aos dispositivos de lei federal invocados e, não obstante não serem idênticas as situações fáticas abordadas nos acórdãos ditos divergentes, tenho por dissidentes as soluções jurídicas

adotadas pelo acórdão recorrido e o paradigma do STF, da lavra do Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, cuja ementa foi transcrita e declara:

“ISS. Intermediações. Operações de câmbio. É devido ISS por sociedade corretora de câmbio, com base no item 58 da lista de serviços (na redação dada pelo Decreto-lei 834/69) a que se refere o art. 8º do Decreto-lei nº 406/68, uma vez que a atividade profissional, por ela prestada ao comprador do câmbio (e que é o fato gerador do ISS) não se confunde com a operação de câmbio, que se realiza entre partes contratantes (e cujo fato gerador é o previsto no art. 63, II, do CTN), embora com a intermediação obrigatória de firma individual ou sociedade corretora devidamente autorizada pelo Banco Central do Brasil.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 88.684-6-ES, 2ª Turma, em 06.04.79, v.v. Rel. Min. Moreira Alves, DJU 01.06.79).

Não obstante tratar-se de operação de câmbio, penso que se presta à demonstração da divergência com a hipótese tratada na presente ação, qual seja, a intermediação das sociedades corretoras nas negociações de efeitos e contratos na Bolsa de Futuros e de Mercadorias. O eminentíssimo Min. Moreira Alves, promoveu com exatidão, na própria ementa, a diferença entre a operação de câmbio e a intermediação prestada pelas sociedades corretoras.

É sabido de todos que, nas Bolsas de Valores, quaisquer que sejam as operações e os efeitos negociados só poderão ser encaminhados e realizados através de sociedades corretoras nelas inscritas. Trata-se de intermediação obrigatória, irrecusável e inafastável. Constitui, pois, serviço de que se não pode prescindir nos negócios travados nas respectivas bolsas, sejam de que efeito ou natureza forem.

O v. acórdão recorrido enquadrou as atividades das sociedades corretoras, operadores na Bolsa de Mercadorias e Futuros no item 46 da Lei Complementar nº 56/87, aplicando, porém, o benefício da não incidência do ISS por se tratar de serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central. Argumenta a Recorrente que tal benefício configura “pura e simples isenção tributária, concedida pelo legislador

complementar. Na época, a Lei Complementar nº 56, que é de 1987, podia fazê-lo, por expressa permissão do art. 19, § 2º, da Constituição Federal de 1967”, o que é hoje absolutamente proibido, na forma do art. 151, inciso III, da Constituição Federal/88, razão por que não teria sido recepcionada a exceção de incidência tributária.

Aduz, ainda, que a tese do acórdão não encontra amparo fático e legal, por isso que “os contratos firmados em bolsas de futuro e de mercadorias, fazem parte do mercado mobiliário concretizando-se as suas prestações em **bens móveis**”, realizadas mediante intervenção de empresa corretora no pregão da bolsa, serviços que estariam enquadrados no item 50 da Lista de serviços anexa à Lei Complementar 56/87, item 49 da Lei Municipal 10.423/87.

Enfatiza as diferenças entre as Bolsas de Valores e de Mercadorias e Futuros assinalando que nestas se realizam negociações com mercadorias (commodities) e naquelas com títulos e valores mobiliários (ações, debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito consoante os arts. 10, IX, alínea “d”, da Lei 4.995/64 e 2º da Lei 6.385/76) e transcreve opinião de Luiz Foubes em “Princípios básicos para aplicar nos mercados futuros”, editado pela Bolsa Mercantil e Futuros, registrada no item 4, e que vale mais uma vez transcrito:

“Um contrato de futuros é um compromisso legalmente exigível de entregar ou receber uma determinada quantidade ou qualidade de um “commodity” a um preço combinado no recinto de negociações de uma bolsa de futuros, no momento em que o contrato for executado.

O vendedor tem a obrigação de entregar a mercadoria em algum momento durante um específico mês de entrega futura”.

Nas contra-razões, os Recorridos asseveram que as atividades por ela desenvolvidas “encontram-se insertas na competência tributária da União, na medida em que apresentam caráter tipicamente financeiro”. Argumentam que “nas operações desenvolvidas pelos Recorridos nas bolsas de mercadorias e de futuros não existe qualquer aproximação das partes compradora e vendedora dos ativos financeiros e “commodities”

negociados, razão pela qual não há qualquer intermediação por elas promovida, que pudesse vir a caracterizar uma prestação de serviços". Transcreve, em abono da assertiva, ementa de aresto prolatado pelo JTACSP, nestes termos:

"Imposto - Serviço de qualquer natureza - Vendas a vista e a termo - Alegação de corretagem na referida operação. Inocorrência por inexistir aproximação das partes realizada pessoalmente pela apelada - Imposto indevido - Recurso não provido" (Apelação 319.756-JTACSP. Lex 89/145 e 146)". (fls. 539).

Não obstante as bem alinhadas razões desenvolvidas pelas Recorridas, tenho por inafastável a intermediação para a concretização de negócios nas bolsas de mercadorias e futuros. É que somente se realizam tais negócios com a intermediação de sociedades corretoras habilitadas, pouco importando se conheçam ou não as partes ou o modo como se concretizam.

Mas, de que natureza são os negócios realizados? Envolvem que classes de bens? Além de mercadorias, negociam-se direitos, todos considerados móveis, para os efeitos legais. Aliás, são as próprias recorridas que o afirmam: "os objetos de negociação nas referidas bolsas são os contratos, verdadeiros títulos e valores mobiliários. Não se negociam os próprios bens, mas somente os contratos por eles representados, pois não interessa aos investidores a liquidação física dos mesmos... - os objetos de negociação na BM&F são os ativos financeiros e outros "commodities", dentre eles o ouro, considerado por disposição legal como ativo financeiro (Lei 7.766/89, art. 4º), o índice Bovespa, que é uma carteira de ações, definido pelo Decreto-lei 2.286/86 como valor mobiliário" (fls. 542).

Trata-se, pois, de negócios jurídicos cujos objetos são os ativos financeiros e outros, commodities, em suma, direitos.

Os negócios jurídicos realizados na Bolsa de Mercadorias e Futuros têm por objeto direitos, caracterizados em "títulos e valores mobiliários, como proclamado pelas próprias Recorridas, e que traduzem, sem dúvida, operações de natureza financeira, em si mesmas consideradas. Para que se concretizem, contudo, se faz imprescindível a intermediação de pessoas jurídicas autorizadas pelo Governo Federal. E não há confundir o negócio jurídico concretizado nas bolsas com a intermediação que o viabiliza,

prestação de serviço típico, definida no item 50 da Lista de Serviços, com redação determinada pela Lei Complementar 56, de 15.12.87, "in verbis":

"Agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis e imóveis não abrangidos nos itens 45, 46, 47 e 48".

A situação jurídica da Cambial S/A, até 24.11.89, data do registro na Junta Comercial da Ata da Assembléia que aprova sua transformação em Banco Cambial é, pois, idêntica à dos demais Recorridos. Corretora de câmbio, títulos e valores mobiliários até aquela data, submete-se, também, ao ISS, valendo dizer que atualmente ela própria reconhece serem suas atividades tributadas pelo ISS (petição de fls. 283).

Quanto à fixação da verba honorária, reputada elevada relativamente à porcentagem e destoante da regra do § 4º do art. 20 do CPC, sendo a Recorrente vitoriosa na lide, fica prejudicado o recurso nesta parte.

Conheço, pois, do recurso pelas letras "a" e "c" e lhe dou provimento, condenando a Recorrida ao pagamento de honorários de advogado à base de 15%.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEGUNDA TURMA

Nº. Registro:95/0008143-1

RESP 61228/SP

Pauta: 14/03/1996

Julgado:18/03/1996

Relator: Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Hélio Mosimann

Subprocurador Geral da República:

Exmo. Sr. Dr. Moacir Guimarães Morais Fº

Secretario (a): Edina M. S. de Oliveira

AUTUAÇÃO

Recte: Município de São Paulo

Advogado: Vera Lucia Pinto Alves Zaneti e Outros

Recdo: Silex Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários Ltda e Outros

Advogado: Roberto Quiroga Mosquera e Outros

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, o Dr. Roberto Quiroga Mosquera, pelas recorridas.

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia SEGUNDA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, preliminarmente, por maioria, afastou o dissídio pela letra "c", reservando-se para apreciar o recurso pela alínea "a" quando examinado o mérito, vencido parcialmente, na preliminar, o Sr. Ministro-Relator, que conhecia do recurso por ambos os fundamentos. No mérito, após o voto do Sr. Ministro-Relator, conhecendo do recurso dando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Ari Pargendler. Aguardam os Srs. Ministros Antonio de Padua Ribeiro e Helio Mosimann."

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 18 de março de 1996

EDINA M. S. DE OLIVEIRA, Secretária

VOTO-VISTA

O EXM^o SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

Silex Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários Ltda. e Outras ajuizaram ação ordinária contra o Município de São Paulo para obter a declaração de que não estão sujeitas ao pagamento do ISS relativamente às operações que praticam na Bolsa de Mercadorias & Futuros da Cidade de São Paulo (fl. 02/21).

Contestado o pedido (fl. 254/269), o MM. Juiz de Direito saneou o processo, determinando a realização de prova pericial (fl. 286).

Sem embargo disso, seguiu-se desde logo a sentença, que assim justificou a dispensa da prova pericial:

"Toda a matéria argüida nos autos desenvolve-se tão somente ao nível de fixar um conceito jurídico. Não há qualquer dúvida quanto à atividade em si praticada pelas autoras. A definição jurídica não está a cargo do Perito nem dos assistentes, mas tão somente do Juiz. A função de afirmar o direito compete ao Magistrado e para a parte basta trazer os fatos advocatus venit ad factum, curia novit ius. Como já foi exposto, neste caso o tema discutido é tão somente o enquadramento jurídico da atividade exercida pelas autoras e, assim, reputo ser dispensável a prova determinada" (fl. 312).

A final, a ação foi julgada procedente, salvo quanto a Cambial S.A. Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários, à base da seguinte motivação:

"O sistema financeiro é formado por diversos organismos que atuam nas mais diversas órbitas do mercado de capitais. Estão eles definidos na Lei 4.595. Com efeito, toda a atividade que envolve aspectos da macro-economia são regulados, fiscalizados pelo Governo Central até porque é ele que determina as regras que devem ser observadas. A referida lei estipula no artigo 1º quem constitui o sistema financeiro: V - das demais instituições financeiras públicas e privadas. As autoras estariam enquadradas dentro desta categoria? O artigo 17 da mesma lei determina que devem ser consideradas instituições financeiras, para o efeito da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta de intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Pela simples leitura da definição do que seja uma instituição financeira entendo que não se pode fugir ao entendimento de que as autoras devem ser enquadradas dentro daquele conceito. Todas elas praticam atos que envolvem aspectos relacionados com a economia nacional e são fiscalizadas pelo Banco Central, que é também órgão integrante do sistema financeiro. Como se isto não bastasse, a Lei 6.385 inclui entre as atividades do mercado de capitais a atividade das requerentes. Todos estes aspectos demonstram de forma efetiva que as autoras devem ser entendidas como integrantes do sistema

financeiro nacional. Estipulada esta circunstância, deve ser admitida que a atividade dos requerentes está incluída dentro do determinado no artigo 46 da lista de serviços do ISS. A circunstância de estarem as autoras sob a fiscalização e somente poderem funcionar mediante autorização do Banco Central acarreta, como consequência, a impossibilidade da cobrança do imposto" (fl. 315/316). ... "Em suma, por entender que as autoras estão incluídas dentro do sistema financeiro nacional e somente podem funcionar com autorização do Banco Central, estão elas a salvo do pagamento do imposto municipal por expressa disposição da lista de serviços" (fl. 317). ... "No entanto, quanto a autora Cambial S.A. Corretora de Câmbio, Títulos e Valores Mobiliários que se transformou em Banco Cambial S.A. a ação é improcedente" (fl. 317).

A Egrégia Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo negou provimento à apelação interposta pelo Município de São Paulo e deu provimento àquela interposta pelo Banco Cambial S.A. (fl. 474).

Lê-se no julgado:

"Repele-se, por outro lado, a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Correto admitir-se que o saneador deferiu a efetivação de prova técnico-pericial. Não obstante, a matéria não ficou imune, por isto, a uma reapreciação judicial quanto à relevância e necessidade daquele item probatório. Ao Juiz cabe, neste campo, melhor aquilatar a repercussão, em nível de formação de convencimento, da pertinência e efeito da prova, mesmo que tenha sido esta anteriormente admitida, numa avaliação primeira de sua adequação. No caso, o ilustre Juiz de primeiro grau justificou, de modo irrecusável, as razões que o levaram a prescindir da realização da perícia. E agiu com acerto ao assim decidir, pois a matéria em debate, ainda que envolvente de pontos fáticos e de direito, poderia ser deslindada à vista dos demais elementos de convicção, de cunho documental, trazidos para os autos. Não houve cerceamento de defesa, enfim" (fl. 482).

"A r. sentença recorrida, desconsiderando a argumentação expendida pela recorrente, declarou a não incidência do tributo em tela sobre os serviços correspondentes à intermediação de valores mobiliários, porque abarcados por hipótese expressa de exceção de inoponibilidade, na medida em que prestados por instituições autorizadas pelo Banco Central. Na verdade, o ilustre Juiz sentenciante entendeu que as atividades exercitadas pelas recorridas as encartavam no item 46 da Lei Complementar nº 56/87, que se acha repetido pelo item 45 da Lei Municipal nº 10.423/87, pelo qual se apartam da tributação questionada os serviços praticados por entidades financeiras cujo funcionamento é autorizado pelo Banco Central. Escorrelta a decisão sob estes enfoques, certamente. Mas outros pontos comportam cognição, na forma do preconizado pelo par. 1º do artigo 515 do C.P. Civil, porque foram suscitados e questionados no processo, podendo o Tribunal, em conseqüência, submetê-los a julgamento. Há que ser disposto, desde logo, que as autoras, inclusive a que teve a sua pretensão desacolhida por transformação em banco múltiplo (Banco Cambial S.A.), fato superveniente à estabilização da lide, qualificam-se invidiosamente, como pessoas jurídicas que praticam operações específicas das Bolsas de Futuros e de Mercadorias, atuando, por conseguinte, nos chamados mercados a termo, futuro e à vista e mediante contratos referenciados em ouro, dólar, Índice Bovespa, taxa de juros e outras "commodities". Exatamente em função daquela especial condição e exercitamento, que as torna, como reconhecido pela sentença, entidades integrantes do sistema financeiro nacional, na forma também disposta, ademais, pelo artigo 17 da Lei 4.595/64 e porque têm as suas atividades reconhecidas como peculiares ao mercado de capitais (Lei 6.385/76), não podem ser reputadas, como quer a Municipalidade, como agentes intermediadores de bens móveis". Aliás, conforme o inserido pelas apeladas em suas judiciosas contra-razões (fl. 427), este Tribunal, por decisão de sua Egrégia Quinta Câmara, fixou o entendimento de que não se caracteriza corretagem, em sede de operações bolsistas, na medida em que resente-se a atuação das financeiras daquele conteúdo de agente intermediador, a conseguir, por ação de convencimento, a aproximação das partes compradora e vendedora de ativos financeiros e outras "commodi-

ties" (JTA 89/145/146). É que, em operações de tal jaez, o anonimato de seus partícipes é a regra, pelo que estes não são identificados e, assim, não se conhecem reciprocamente, pelo que não se consuma a aproximação, que é, sabidamente, o traço essencial de um pacto de intermediação, em nível de definição da remuneração do agente corretor. Dessarte, pelo trabalho que executam, as apeladas auferem valores correspondentes à taxa de registro de contratos e, ainda, remunerações por serviços de teor financeiro, os quais podem ser, eventualmente, objeto de tributação por parte da União. E não são, seguramente, operações que tenham por fato gerador a intermediação ou agenciamento de bens móveis, situação que a recorrente persiste em afirmar como efetivamente caracterizada. Na verdade, por características que o próprio mercado disciplina, as operações bolsísticas, de futuros e de mercadorias, são, via de regra, liquidadas financeiramente, ainda que possam sê-lo pela entrega física do bem objeto dos contratos, em suas usuais modalidades (termo, futuro, opções à vista). ... As liquidações por entrega física se constituem em exceção de um mercado que, por regra, atua em nível de adimplemento financeiro, fato que se explica em razão das dificuldades que se enfrentam relativamente à configuração das primeiras. ... Na verdade, as operações em bolsa de mercadorias e de futuros reclamam a emissão de documentos que representem valores ou coisas que sejam passíveis, oportunamente, de transformação em pecúnia. Tais papéis são negociáveis, pelo que, neste contexto, o objeto das avenças bolsísticas qualificam e tipificam, seguramente, títulos. Não assumem, por isto, nem mesmo por inferência longa manus, a condição de bens móveis, porque são, em síntese, contratos, que se liquidam financeiramente na sua mais expressiva maioria, sujeitando-se, portanto, à incidência do imposto federal respectivo" (fl.483/487).

Daí o presente recurso especial, interposto pelo Município de São Paulo com base no artigo 105, inciso III, letras "a" e "c", da Constituição Federal, por negativa de vigência dos Decretos-leis nºs 406, de 1968, e 834, de 1969, bem assim da Lei Complementar nº 56, de 1987, e em razão da divergência manifestada em face do que o Supremo Tribunal Federal decidiu no RE nº 88.648-6 (fl. 512/526).

Segue-se daí a primeira conclusão, a de que já não se discute a respeito do julgamento antecipado da lide; o recurso especial diz exclusivamente com o mérito do litígio.

Pela letra "c", o recurso não pode ser conhecido, já porque a divergência não foi demonstrada na forma prevista no Regimento Interno deste Tribunal, já porque ela nem mesmo existe.

A questão decidida no RE nº 88.648-6, de que tenho ciência por haver lido o acórdão fora dos autos, se refere a simples intermediação em operação de câmbio, sem qualquer relação com operações em Bolsa de Mercadorias & Futuros.

O conhecimento pela letra "a" supõe o exame do mérito, que certamente teria sido melhor versado à luz da prova pericial.

No nosso país, as operações em Bolsa de Mercadorias & Futuros são pouco conhecidas do público não especializado, aí incluídos os juízes, de modo que essa prova seria esclarecedora.

No estado dos autos, tem-se que o MM. Juiz de Direito julgou procedente a ação, *"por entender que as autoras estão incluídas dentro do sistema financeiro nacional e somente podem funcionar com autorização do Banco Central, estão elas a salvo do pagamento do imposto municipal por expressa disposição da lista de serviços"* (fl. 317).

O Município de São Paulo, todavia, demonstrou que a presunção de autorização de funcionamento, pelo Banco Central, só se aplica às sociedades constituídas como corretoras ou distribuidoras de valores mobiliários, e no que diz respeito a Bolsas de Valores - não à Bolsa de Mercadorias & Futuros, para cujas operações não há necessidade de autorização governamental.

De outro modo não se compreenderia que Gap Commodities S/C Ltda. tivesse como objeto social *"a corretagem de mercadorias e a intermediação de negócios, excluídos os imobiliários e os que dependam de autorização governamental ou específica"* (fl. 217).

A essa fundamentação, que não subsiste seja porque nem todas as Recorridas integram o sistema financeiro nacional, seja porque nenhu-

ma delas provou que sua atuação na Bolsa de Mercadorias & Futuros depende de autorização do Banco Central, o acórdão recorrido somou duas motivações:

a) a de que a intermediação de bens móveis supõe a aproximação das partes, ausente na espécie;

b) a de que os ativos negociados na Bolsa de Mercadorias & Futuros são verdadeiros títulos mobiliários.

A primeira foi superiormente refutada no voto do eminente Relator, *in verbis*:

"... tenho por inafastável a intermediação para a concretização de negócios nas bolsas de mercadorias e futuros. É que somente se realizam tais negócios com a intermediação de sociedades corretoras habilitadas, pouco importando se conheçam ou não as partes ou o modo como se concretizam. Mas de que natureza são os negócios realizados? Envolvem que classes de bens? Além de mercadorias, negociam-se direitos, todos considerados móveis, para os efeitos legais".

A Bolsa de Mercadorias & Futuros - BM&F tem por objeto social, nos termos do artigo 2º dos respectivos estatutos sociais, aprovados pela 15ª Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 9 de maio de 1991, e registrados em microfilme, sob nº 164434/91, no 3º Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas de São Paulo:

"I - organizar, prover o funcionamento e desenvolver um mercado, livre e aberto, para negociação de mercadorias e ativos financeiros nos mercados disponível e de liquidação futura;

II - propugnar pelo desenvolvimento da produção e da comercialização dos produtos relacionados aos contratos nela operados e pelo aprimoramento e pelo desenvolvimento dos mercados a vista e de liquidação futura de tais produtos".

Quase todos os demais itens do seu objeto social dizem respeito ao desenvolvimento dessas duas finalidades: a de manter em funciona-

mento um mercado para a negociação de mercadorias e ativos financeiros, bem assim a de colaborar no desenvolvimento da produção e comercialização de produtos agrícolas negociados nesse mercado.

O fato de que a maior parte dos negócios sejam ajustados para liquidação futura, e de que visem à proteção das partes (*hedge*) ou a especulação sobre preços de produtos agrícolas, resolvendo-se, no mais das vezes, financeiramente, sem a entrega *in natura*, não descaracteriza os contratos, sempre celebrados por, no mínimo, duas partes, mediante a intermediação de um corretor, e tendo como objeto a compra e venda de produtos agrícolas; a aproximação e conhecimento *físico* dos contratantes, nada tem a ver com a intermediação, a qual se completa pela realização do negócio, tenham ou não as partes contactado pessoalmente.

A segunda está, desde logo, prejudicada pelo reconhecimento de que a Bolsa de Mercadorias & Futuros é um mercado para negociação de mercadorias e ativos financeiros, obviamente instrumentalizada por *contratos*, nas suas mais diversas modalidades, inclusive os de *cessões* ou *transferências*.

Os contratos e os títulos são espécies diferentes de negócios; estes, *unilaterais*, aqueles *bilaterais*.

No magistério de Pontes de Miranda, "*a diferença entre o negócio jurídico unilateral e o contrato é que aquele se basta (subscrição do título, promessa) e nesse se faz necessária a vontade de outrem que aceite a oferta*" (Tratado de Direito Privado, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, Tomo XXXII, p. 136).

Quando as partes ajustam a compra e venda de mercadorias, ou a cessão dessa avença, tem-se, respectivamente, um contrato e uma cessão de contrato - nunca um título ou uma transferência de título.

"A expressão "venda de contratos", *utilizada nos mercados futuros*," - escreveu Nelson Eizirik (Aspectos Jurídicos dos Mercados Futuros, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro nº 81, p.27) - "*significa precisamente a possibilidade, sempre existente, de reversão de posições. Juridicamente, estamos diante do instituto da cessão*

de contratos, regulado pelo Código Civil italiano (arts. 1.406 a 1.410) e que vem sendo admitido na doutrina pátria (Dimas de Oliveira César, *Estudo sobre a Cessão de Contrato*, São Paulo, Ed. RT, 1954).” No mesmo sentido, Luiz Gastão Paes de Barros Leães (Liquidação Compulsória de Contratos Futuros, in *Revista dos Tribunais*, vol. 675, p. 47).

A hipótese, portanto, é aquela prevista no artigo 50 da Lista de Serviços editada pela Lei Complementar nº 56, de 1987, *in verbis*:

“Agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis e imóveis não abrangidos nos itens 45, 46, 47 e 48”.

A exceção contida no item 46 (Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos quaisquer (exceto os serviços executados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central) diz respeito à intermediação dos títulos arrolados no artigo 2º da Lei nº 6.385, de 1976, a saber: ações, partes beneficiadas e debêntures, os cupons desses títulos e os bônus de subscrição; os certificados de depósito de valores mobiliários; outros títulos criados ou emitidos, pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional.

De lege ferenda, até poderia ser diferente, como sugere Nelson Eizirik, *in verbis*:

“Os princípios referentes à regulação dos mercados futuros estão refletidos, entre nós, basicamente em normas estatutárias, baixadas pelas Bolsas de Futuros e de Mercadorias. A Res. 1.190/86, do CMN, não chega a constituir um conjunto de normas disciplinadoras das operações a futuro; na realidade, apenas delega ao Banco Central e à CVM a competência para aprovar previamente os modelos de contratos e exercer uma fiscalização episódica de tais operações. Assim, ainda não existe, entre nós, uma disciplina legal ou mesmo regulamentar da sistemática das operações realizadas nos mercados futuros de ativos financeiros e de commodities. Trata-se de matéria submetida aos regulamentos das Bolsas, com conteúdo estatutário e consuetudinário. Não temos dúvida de que a matéria está a merecer tratamento legislativo, ou, pelo menos regulamentar. Não cremos que seja necessária, porém, a criação de uma agência regular governamental (mais uma), nos moldes

da CFTC norte-americana. Conforme já tivemos a oportunidade de analisar, deveria ser ampliado o conceito legal de valores mobiliários, reformando-se para tanto a Lei 5.385/76, de tal sorte que passaria a abranger, também, os contratos a futuro negociados em Bolsas de Valores, Futuros e Mercadorias (cf. artigo publicado na Revista CVM, v. 4/29, nº 14, out.-dez./86). Na realidade, o objeto da negociação a futuro é o contrato, não as mercadorias ou ativos financeiros. Trata-se de contratos padronizados, uniformes e fungíveis, negociados em série. Ou seja, assemelham-se, em tudo, aos valores mobiliários, exceto pelo fato de que sua "emissão" não se dá por sociedade anônima, mas sim pela Bolsa na qual podem ser negociados. Assim, deveria ser reformado o art. 2º da Lei 6.385/76, incluindo-se os contratos a futuro negociados em Bolsas de Valores, de Futuros ou de Mercadorias na categoria de valores mobiliários. Conseqüentemente, todas as operações a futuro, quer referenciadas em ativos financeiros, quer referenciadas em commodities, passariam a ser regulamentadas e fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários" (ibidem, p. 34/35).

De lege lata, esse mercado não é aquele de que trata o item 46 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 56, de 1987.

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial pela letra "a", e de dar-lhe provimento para julgar improcedente a ação, condenando as Recorridas ao pagamento de honorários de advogado à base de quinze por cento sobre o valor da causa.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Nº. Registro: 95/0008143-1 RESP 00061228/SP

Pauta: 14/03/1996 Julgado: 13/06/1996

Relator: Exmo. Sr. Min. Peçanha Martins

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Helio Mosimann

Suprocurador Geral da República:

Exmo. Sr. Dr. Raimundo Francisco Ribeiro de Bonis

Secretário (a): Edina M. S. de Oliveira

AUTUAÇÃO

Recte: Município de São Paulo
Advogado: Vera Lucia Pinto Alves Zaneti e Outros
Recdo: Silex Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários Ltda e Outros
Advogado: Roberto Quiroga Mosquera e Outros

CERTIDÃO

Certifico que a Egrégia SEGUNDA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo no julgamento, a Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.”

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Ari Pargendler, Antonio de Padua Ribeiro e Helio Mosimann.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 13 de junho de 1996

Edina M. S. de Oliveira, Secretária

LÔTEAMENTO IRREGULAR. DOMÍNIO MUNICIPAL SOBRE
ESPAÇOS LIVRES RECONHECIDO. AVERBAÇÃO NO REGISTRO
DE IMÓVEIS DESNECESSÁRIA. AÇÃO ORDINÁRIA DA
MUNICIPALIDADE CONTRA O LOTEADOR, FUNDADA NO ARTIGO
34 DO DECRETO-LEI Nº 3365/41.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 032.482-5/6, da Comarca de SÃO PAULO, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, sendo apeladas INDÚSTRIATÊXTIL TSUZUKI LTDA. e COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP:

ACORDAM, em Segunda Câmara de "JANEIRO/97" de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime,

dar parcial 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 ALVES BEVILACQUA (Presidente, sem voto), PAULO SHINTATE e CORRÊA VIANNA, com votos vencedores.

São Paulo, 18 de fevereiro de 1997.

PASSOS DE FREITAS
Relator

Voto nº 7.456

Apelação Cível nº 32.482-5/6 - São Paulo
Apelante: Prefeitura Municipal de São Paulo
Apelados: Indústria Têxtil Tsuzuki Ltda. e Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP

Ação Ordinária. Artigo 34 do Decreto-lei nº 3.365/41. Indenização por perdas e danos indevida. Inocorrência de litigância de má-fé. Recurso parcialmente provido.

Loteamento Irregular. Transferência das vias de circulação e espaços livres para o município. Desnecessidade de averbação no Cartório de Registro de Imóveis.

1. Trata-se de ação ordinária movida pela PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO contra INDÚSTRIA TÊXTIL TSUZUKI LTDA. com o objetivo de efetuar o levantamento do depósito efetuado pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, nos autos da ação de desapropriação que a mesma moveu contra a ré.

Devidamente processado o feito, sobreveio sentença de improcedência. Entendeu o digno Magistrado **a quo**, em abreviado, que não sendo a Municipalidade a proprietária do imóvel objeto do pedido, não faz jus à pretensão (fls. 572/575).

O tempestivo apelo da vencida afirma: a) que as vias de circulação e espaços livres, quer sob o regime do Decreto-lei nº 58/37, como pela

Lei nº 6.766/79, em vigor, tem sua transferência para o domínio público operada **ex-vi legis**; b) que tratando-se de loteamento irregular, a transferência de referidas áreas para o domínio público opera-se a partir da aprovação do arruamento. Pede provimento (fls. 577/585).

As contra-razões sustentam a justiça do **decisum**. Insistem que as áreas desapropriadas não pertenciam à Municipalidade (fls. 587/591).

É o relatório.

2. Não existe controvérsia a respeito do fato de ter a SABESP desapropriado área originalmente reservada como espaço livre.

Conforme se vê dos esclarecimentos prestados pelo perito judicial: "A simples leitura interpretativa de nosso Anexo 2 serve para demonstrar que o imóvel objeto da servidão promovida pela SABESP está totalmente compreendido na região denominada "Espaço livre A" do Loteamento de Vila Progresso ...".

A respeito, confira-se, ainda, documentos de fls. 24, 140/141, 384/389 e 413/415.

A questão a ser esclarecida diz respeito a quem pertencia referida área.

Segundo revelam os autos, a apelada, Indústria Têxtil Tsuzuki Ltda., nela implantou um loteamento que, conforme se vê da planta reproduzida a fls. 24, previa espaços livres.

Posteriormente, procedendo a regularização do loteamento, procedeu a averbação junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, das vias públicas (cf. fls. 15) e requereu junto ao Município a aprovação da planta de arruamento, com a expedição do respectivo alvará (fls. 16).

Tais procedimentos, à evidência, deixam claro que a apelada transferiu para o Poder Público referidas áreas. Tanto é verdade, que a Municipalidade, recebendo as áreas, requereu e obteve a averbação das mesmas (v. fls. 42/43).

E, com este recebimento, exauriu-se o poder do proprietário loteador sobre as citadas áreas. O fato de ter o Município lançado imposto sobre elas, em nada altera tal circunstância. Cuida-se de mero equívoco, insuficiente para alterar o domínio.

3. Entretanto, ainda que assim não fosse, admitindo-se, **ad argumentandum**, que a recorrida não transferiu ou procurou transferir para o Poder Público as áreas institucionais, mesmo assim, não podia deixar de se reconhecer que a mesma, ao estabelecer no plano de loteamento as vias públicas e espaços livres, fez com que, automaticamente, passassem elas para o domínio municipal.

Consoante já decidiu a Egrégia Corregedoria Geral da Justiça de nosso Estado, em hipótese perfeitamente aplicável à espécie: "... a Administração Municipal adquire o domínio dos logradouros, não segundo as regras do Direito Civil, mas conforme as do Direito Administrativo".

Com efeito, não será a averbação pleiteada pela Municipalidade que efetivará a transferência do domínio. Ela já se operou pela destinação das áreas de arruamento ao uso comum do povo, modo originário de aquisição de bens pelo Poder Público do Município. É, aliás, o que resulta do sistema legal, e está reafirmado na doutrina e na jurisprudência, como se vê da obra do eminente Prof. Hely Lopes Meirelles, ao observar - em lição completa e elucidativa - que "não há, nem pode haver vias e logradouros públicos como propriedade particular. Toda área de circulação ou de recreação pública é bem de uso comum do povo e, portanto, bem do domínio público por destinação, dispensando titulação formal para o reconhecimento de tal dominialidade." (cf. Direito Municipal Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição refundida, 1977, págs. 621/622). Nada importa tratar-se de loteamento irregular. E, prosseguindo, diz a r. decisão: "Ao fazê-lo, loteado o imóvel e reservando espaços às vias e logradouros públicos, o proprietário sabia de antemão que tais áreas se destinavam ao domínio público. Isso equivaleu à sua oferta, para que esses espaços tivessem tal destinação. A aceitação, pela Municipalidade, torna-se patente, pelo seu requerimento, ao propugnar pela regularização do **statu quo**, mediante a averbação dos logradouros, de modo que estes se tornem, incontestavelmente, bens de domínio público." (Recurso nº 29/80, DJE 28.5.80).

4. Acresce notar, ainda, que em se tratando de um "loteamento de fato", ou seja, onde não se observou a prévia legalização, tanto que se procedeu a sua regularização, desnecessária se fazia a sua inscrição para a transferência das áreas institucionais.

Aliás, justamente por se tratar de um loteamento irregular, um loteamento de fato, não havia como proceder a sua inscrição.

Portanto, consoante lição de Hely Lopes Meirelles: "é relegável a inscrição nos loteamentos de fato, em que a destinação das vias e logradouros públicos as integra no domínio do Município sem a prévia legalização administrativa e civil do parcelamento da gleba para fins urbanos." (Pareceres de Direito Público, Ed. Revista dos Tribunais, v. I, pág. 281).

Ademais, conforme a jurisprudência vem entendendo, com a aceitação do plano pela Municipalidade, opera-se a transmissão do domínio particular para o domínio público (cf. RDA 87/218, RTJ 79/991). Na espécie, o simples fato de ter a apelante promovido a regularização do loteamento significa que aceitou o seu plano.

Em resumo, dúvida inexistente que a área gravada com a servidão de passagem pela SABESP (Espaço livre A) pertencia ao Município, resta modificada a dita sentença, ao efeito de reconhecer o direito da apelante em efetuar o levantamento do depósito feito junto ao Banespa, conta judicial nº 248-0773243-20, vinculada à ação de desapropriação nº 1.120/83, que tramitou perante o Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, com os acréscimos legais.

5. De outra parte, inviável o acolhimento da pretensão da apelante em receber da apelada a diferença entre o valor encontrado pela perícia complementar e a importância a ser levantada.

Segundo a prova recolhida, não há como afirmar que a apelada tenha dado "causa ao dano, obstaculizando o andamento processual e o recebimento de indenização" pela recorrente. Pelo contrário, o que se verifica é que ela apenas procurou defender o que entendia ser seu direito. Citada para a ação, procurou valer os seus direitos. De conseqüência, não há se falar em litigância de má-fé. Exerceu a recorrida sua defesa, de

modo sério, utilizando-se de argumentos jurídicos, não se podendo vislumbrar propósito de procrastinação.

6. Por todo o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao apelo, apenas para autorizar que a apelante efetue o levantamento depositado pela SABESP na desapropriação nº 1.120/83, que tramitou pela 5ª Vara da Fazenda Pública, devendo a apelada arcar com o ônus da sucumbência, respondendo com 50% (cinquenta por cento) das custas e das despesas processuais e honorários de advogado arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

PASSOS DE FREITAS
Relator

REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA. INEXISTENTE A LIQUIDAÇÃO DO TÍTULO, NÃO SE COGITA DE INTERVENÇÃO ESTADUAL NO MUNICÍPIO: NÃO HÁ ORDEM JUDICIAL DESATENDIDA. PEDIDO DE INTERVENÇÃO REJEITADO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO

EMENTA: Representação Interventiva: "cabe ao juízo da execução promover os cálculos que levem à liquidação do título. E, inexistindo esta, não está presente a hipótese de intervenção do Estado no Município de São Paulo, pois não há ordem ou determinação judicial desatendida (PGJ - fls. 187), observado que tal instrumento constitucional não é cobrança executiva".

Vistos, relatados e discutidos estes autos de INTERVENÇÃO ESTADUAL nº 039.092-0/9-00, da Comarca de SÃO PAULO, em que são requerentes o ESPÓLIO de SÉRGIO JUVENTINO PEREIRA e OUTROS, sendo requerido o PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, indeferir o pedido de intervenção.

1. Trata-se de pedido de intervenção estadual no Município de São Paulo, requerida por Espólio de Sérgio Juventino Pereira e Outros, a pretexto do não pagamento do ofício requisitório EP-1036/92, oriundo de processo expropriatório.

A Municipalidade (fls. 37/39) alega, em suas informações que:

“o presente pedido interventivo apresenta-se como flagrante reprodução de pedido idêntico, anteriormente ajuizado pelos mesmos Requerentes, com base na mesma causa de pedir e com o mesmo objeto, o Pedido de Intervenção Estadual nº 28.704-0/9, que teve como Relator o Des. VISEU JÚNIOR, e inclusive já julgada pelo mérito na Sessão Plenária do dia 8 de maio de 1996.

Tanto que, por força de seu julgamento, quando julgado procedente o pedido, a Municipalidade de São Paulo, com o objetivo de elidir os efeitos e conseqüências da intervenção decretada, procedeu ao depósito do débito ali reclamado (depósito realizado em 9 de maio de 1996) ressaltando, porém, o seu interesse na interposição dos recursos cabíveis, no momento próprio...” (fls. 37).

O Dr. Procurador Geral de Justiça solicitou que o DEPRE – Serviço Técnico de Controle de Pagamento de Execução dos Precatórios, informasse sobre o processamento e pagamento do precatório em questão (fls. 110/111).

Vindas as informações (fls. 170/173), manifestaram-se as partes (fls. 180/182 e 184).

O Dr. Procurador Geral de Justiça entendeu que não está presente a hipótese de intervenção do Estado no Município de São Paulo (fls. 186/187):

“1. Nos termos da minuciosa informação do DEPRE, a conta de liquidação reproduzida às fls. 31 não inclui os juros moratórios sobre os compensatórios, devidos por força de decisão de segunda instância. Segundo o setor contábil do Tribunal de Justiça, aquela conta abrange apenas as diferenças de março, abril e maio de 1990.

2. E, de fato, o exame daquele documento (fls. 31) nos leva à convicção de que o DEPRE está correto. Afinal, está especificado no

preâmbulo daquela conta (fls. 31), que aquela diz respeito apenas à inclusão do IPC de março, abril e maio.

3. E, como é cediço, cabe ao juízo da execução promover os cálculos que levem à liquidação do título. E, inexistindo esta, não está presente a hipótese de intervenção do Estado no Município de São Paulo, pois não há ordem ou determinação judicial desatendida...”

É o relatório.

2. As informações prestadas pelo DEPRE aduzem que:

“...

a) parte do débito já foi incluído no cálculo de apuração de insuficiência, objeto da Representação Interventiva nº 28.704.0/9-00, ou seja, as diferenças entre o IPC e o BTN, de março, abril e maio de 1990, deferidas no v. Acórdão (fls. 128/131), conforme item 2, letra d desta informação; e

b) a outra parte do débito é referente ao cômputo dos juros moratórios sobre os compensatórios, também deferido no v. Acórdão de fls. 128/131, os quais não foram incluídos na conta de retificação de fls. 31, conforme esclarecido no item 2, letra g desta informação, razão pela qual constamos no final de nossa informação à fl. 133: 'E ainda, não foi observado o decidido no v. Acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 197.362-2/2, conforme fls. 28/30 e 128/131...' (fls. 172).

Não se pode transformar a medida constitucional da intervenção, em procedimento executório.

Da informação prestada pelo DEPRE, depreende-se que a conta de liquidação (fls. 31) não incluiu os juros moratórios sobre os compensatórios, devidos por força do v. acórdão, de fls. 21/26v^a, houve apenas a inclusão do IPC de março, abril e maio de 1990.

Assim, como bem aduziu o setor contábil:

“...

Informamos, tecnicamente, que compete ao D. Juízo do Feito dar cumprimento ao decidido no v. Acórdão de fls. 128/131, quanto ao cálculo dos juros moratórios sobre os compensatórios, a quem o ilustre patrono da parte interessada deverá dirigir a sua pretensão,

observando que, em face das alterações no C.P.C., o requerente poderá, nos termos do artigo 604 com redação dada pela Lei nº 8.898 de 29/06/94, apresentar os cálculos nos autos principais, para, posteriormente as fases processuais, ser encaminhado por ofício do D. Juízo, a este DEPRE, as cópias necessárias para as providências junto a entidade devedora..." (fls. 173).

Por fim, esta sede se mostra inadequada para que a reclamante possa pleitear quantias que não foram inseridas nos cálculos que deram origem ao ofício requisitório em questão.

A propósito, já após os esclarecimentos técnicos, bem observou a Procuradoria Geral de Justiça:

"Mantenho o parecer de fls. 186/187, pois trata-se de um único precatório (EP-1036/92), cuja liquidação depende da elaboração de conta, a ser levada a termo pela contadoria de primeira instância, pois ainda não houve inclusão dos valores referentes aos juros moratórios sobre os compensatórios. Não há portanto, ordem ou determinação judicial desatendida, em face do que sou pelo indeferimento do pedido de intervenção..." (fls. 208).

3. Do exposto, rejeita-se o pedido de intervenção do Estado no Município de São Paulo, posto que não desatendida determinação judicial, encartados os pareceres da douta Procuradoria Geral de Justiça às razões de decidir.

Participaram do julgamento os Desembargadores DIRCEU DE MELLO (Presidente, sem voto), YUSSEF CAHALI, MÁRCIO BONILHA, NIGRO CONCEIÇÃO, CUNHA BUENO, NELSON SCHIESARI, OETTERER GUEDES, DJALMA LOFRANO, CUBA DOS SANTOS, JOSÉ OSÓRIO, VISEU JÚNIOR, GENTIL LEITE, ÁLVARO LAZZARINI, DANTE BUSANA, DENSER DE SÁ, MOHAMED AMARO, LUIZ TÂMBARA, FRANCIULLI NETTO, FONSECA TAVARES, PAULO SHINTATE, FLÁVIO PINHEIRO, ANGELO GALLUCCI, TOLEDO CÉSAR e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 02 de junho de 1999.

DIRCEU DE MELLO
Presidente
VALLIM BELLOCCHI
Relator

SEQUESTRO: NECESSÁRIO COMPROVAR INVERSÃO DE
ORDEM CRONOLÓGICA. PAGAMENTO INSUFICIENTE NÃO
CARACTERIZA INTENÇÃO DE QUEBRA DA ORDEM DE
PRECEDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO REGIMENTAL nº 63.183.0/701, da Comarca de SÃO PAULO, em que é agravante JAGUARÉ S/A CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS, sendo agravado EXMO. SR. DES. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Sessão Plenária do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao agravo, de conformidade com a manifestação do Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores MÁRCIO BONILHA (Presidente e Relator sem voto), NIGRO CONCEIÇÃO, OETTERER GUEDES, CUBA DOS SANTOS, LUÍS DE MACEDO, JOSÉ OSÓRIO, VISEU JÚNIOR, HERMES PINOTTI, GENTIL LEITE, ÁLVARO LAZZARINI, DANTE BUSANA, JOSÉ CARDINALE, MOHAMED AMARO, LUIZ TÂM-BARA, FONSECA TAVARES, PAULO SHINTATE, BORELLI MACHADO, FLÁVIO PINHEIRO, GILDO DOS SANTOS, FORTES BARBOSA, ANGELO GALLUCCI, VALLIM BELLOCCHI, SINÉSIO DE SOUZA, JARBAS MAZZONI e THEODORO GUIMARÃES.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2000.

MÁRCIO BONILHA
Presidente e Relator sem voto

Natureza: AGRAVO REGIMENTAL

Processo n.: 63.183.0/7-01

Agte: Jaguaré S/A Construções e Empreendimentos

Agdo: Presidente do Tribunal de Justiça

1. Pedido de Seqüestro – Necessidade de comprovação de inversão da ordem cronológica – Inexistência de provas neste sentido – Agravo improvido. 2. Não há que se confundir o quadro de pagamento insuficiente com aquele em que existe a intenção na quebra da ordem de precedência.

VISTOS.

Cuida-se de agravo regimental interposto por Jaguaré S/A Construções e Empreendimentos contra decisão que indeferiu pedido de seqüestro, alegando, em síntese, que houve quebra na ordem cronológica dos precatórios.

Mantida a decisão hostilizada pelos seus próprios fundamentos e relatado o processado, o recurso foi levado a julgamento.

É o relatório.

Com efeito, consoante ficou ressaltado na decisão agravada, e ao que se infere das informações prestadas pelo Depre, bem assim dos documentos juntados aos autos, incorreu quebra da ordem cronológica dos precatórios, a autorizar o pleito.

Quanto ao primeiro paradigma identificado, correspondente ao precatório EP-4558/92, reitera-se que não houve pagamento integral, da mesma forma que o crédito da requerente, que lhe é anterior, não foi totalmente satisfeito. A verdade é, porém, que este segundo precatório não teve qualquer pagamento parcial efetuado antes do mesmo insuficiente pagamento efetuado à postulante.

Em diversos termos, tem-se que ambos os precatórios receberam pagamentos iniciais, na mesma data, sobrevivendo complementação, instada por ofício requisitório, expedido na forma do artigo 337, VII, do Regimento Interno, do paradigma. Sem, todavia, que este complemento servisse à quitação, dado que efetuado meses depois da apuração do valor depositado (v. fls. 53 e 54).

Enfim, não se cuidou de quitação, de completo pagamento de crédito que fosse posterior ao da requerente. Não sucedida, então, preterição de crédito antecedente que encerra o pressuposto da medida de seqüestro.

No que toca ao segundo paradigma (EP-640/93), a situação não é diferente se observado inexistir prova do trânsito em julgado da decisão, proferida em 1º Grau, extintiva da execução (art. 41/42). E isto importa não pelo efeito extintivo em si, que não é requisito do seqüestro, mas sim para demonstração de que havido pagamento total, aí sem dúvida a condicionar a medida requerida. O que, acrescente-se, ganha maior relevância ao se constatar que o último pagamento realizado datou de um mês depois da apuração do respectivo valor (fls. 39 e 40).

Contudo, e mesmo que assim não fosse, ainda mais relevante é o fato de que, admitida, por hipótese, integral quitação, de qualquer forma remanesceria obrigatório o indeferimento do seqüestro.

Ora, este integral pagamento, repita-se, se admitido, teria como causa a expedição de ordem complementar, dimanada de procedimento regimental próprio de que, frise-se, a requerente não fez uso. Trata-se da complementação prevista no artigo 337, VII, do Regimento Interno, norma sem sentido a prevalecer a tese sustentada no pedido.

É certo, e não se nega, que venha o E. Plenário decidindo que a requisição complementar não é pressuposto do pedido interventivo. Mas não é disto que ora se agita.

O caso vertente envolve pretensão condicionada à verificação de uma inversão de ordem cronológica, realce-se, constitucionalmente instituída para evitar pagamentos, feito pela Fazenda, em benefício de credores aleatoriamente escolhidos ou, pior, escolhidos especificamente, com o fito de indevido favorecimento.

É evitar este favorecimento o objetivo, de todo moralizador, que dá sustento à regra do artigo 100, parágrafo 2º, da Constituição Federal. E não é, decerto, a hipótese dos autos.

Houvesse ainda algum pagamento integral, como se disse, de crédito posterior, ele não decorreria de irregular atuação do Administrador, de escolha de credor a pagar – lembre-se, a razão de ser da ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Antes, o caso seria de complementação exigida por ordem proferida em procedimento regimental próprio, também à disposição da requerente, que dele não se utilizou, pretendendo mesmo assim a paralisação de todo e qualquer pagamento, inclusive dos credores que se valeram do procedimento de complementação.

Sem contar, quanto ao crédito da requerente, a verificação de que a requisição de início feita foi afinal atendida, e não depois dos créditos posteriores. Se o foi de maneira insuficiente, então o caminho é o mesmo tomado pelo credor do precatório-paradigma, ou seja, o procedimento de complementação, ou de intervenção, mas não o seqüestro, que à respectiva correção não se presta (v.g. Vicente Greco Filho, *Da Execução contra a Fazenda Pública*, Saraiva, 1.986, pág. 95).

Veja-se enfim que, como mais de uma vez já decidiu a Presidência do Tribunal, o depósito insuficiente “não tem o condão de fazer com que a Fazenda Pública paralise o procedimento de pagamento dos precatórios até que seja integralmente satisfeito o crédito pago a menor. Fosse assim e não haveria sentido instituir um sistema de apuração de insuficiência do depósito, com conseqüente requisição complementar. Além disso, partir-se-ia para um quadro de total entrave do sistema, a dificultar mais a já difícil vida dos credores da Fazenda” (Seq. n. 38.041.0/0-00).

Ante o exposto, nega-se provimento ao presente agravo regimental.

MÁRCIO BONILHA
Relator sem voto