

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Avenida Brigadeiro Luiz Antônio, 42
01318-000 São Paulo - SP - Brasil
Telefones: (11) 3241.4525/3241.3194

COMISSÃO EDITORIAL

Procuradores: Dra. Maria Fernanda Raposo de Medeiros Tavares Martins e Dr. Wander Carvalho Dompieri Garcia

Bibliotecárias : Israilde Custódio Barros e Maria Emília da Silva Salles Pantalena
Assistente de Gestão de Políticas Públicas : Waltirene dos Santos Tavares Costa

Capa

Foto de Militão de Azevedo

Arquivo Histórico do Município de São Paulo

Catálogo na Fonte

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. São Paulo: CEJUR -
Centro de Estudos Jurídicos, 2008.

CDD 340.05

CDU 34(05)

São Paulo, março de 2008

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



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

PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Gilberto Kassab

SECRETÁRIO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Ricardo Dias Leme

PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
Celso Augusto Coccaro Filho

COORDENADORA DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS
Maria Fernanda Raposo de Medeiros Tavares Martins

APRESENTAÇÃO

O Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Município restabeleceu, nesta 6ª. Edição, a “Revista da Procuradoria Geral do Município de São Paulo”.

A primeira edição foi publicada em 1995; a segunda e terceira, quando se tentou estabelecer a periodicidade semestral, foram publicadas em junho e dezembro de 1996.

Longo intervalo até a retomada, novamente com a pretensão de semestralidade, nas edições n.º 4 e 5, de junho e dezembro de 2000.

Os Procuradores do Município de São Paulo têm excelente desempenho, reconhecido interna e externamente.

Os esforços individuais e coletivos são responsáveis pela notoriedade; mas não devem ser esquecidos os talentos dos procuradores e das equipes por eles constituídas.

É de Thomas Edison a conhecida frase de que “gênio é 1% inspiração e 99% transpiração”. O talento indolente não gera bons frutos, mas o esforço desatrelado do conhecimento também é incapaz de gerá-los.

No último concurso de seleção, cerca de 18.000 – dezoito mil - advogados concorreram ao preenchimento das poucas dezenas de vagas disponíveis. Desde o ingresso na carreira, o procurador revela ser um amálgama de esforço e talento.

A “ciência e a consciência”, a primeira de inspiração platônica, e segunda aristotélica, são princípios de deontologia. O comportamento ético do procurador deve envolver tais elementos, que não podem ser superados ou esmaecidos por outros fatores naturais e óbvios de sua qualificação profissional, enaltecidos com certa mediocridade por setores da Administração Pública, como tópicos de avaliação e evolução, tal qual a pontualidade, assiduidade e outros mais.

O procurador deve se preocupar com a permanente evolução de seu conhecimento jurídico, com a educação continuada, com a atualização de seu saber, além de desenvolver a percepção do relevante caráter público e da função social de sua atividade.

A Revista da Procuradoria Geral é útil vitrine deste elemento que compõe o profissional completo e deve integrar carreira preocupada com sua postura ética: o saber, o conhecimento, o aperfeiçoamento.

Há quatro excelentes obras, todas de procuradores municipais. “A Força Vinculante das Diretrizes da Política Urbana”, da Professora Odete Medauar, e “Breves Reflexões Sobre Questões Urbanístico-ambientais nas Cidades Brasileiras”, de Helita Barreira Custódio, revelam a preocupação com temas que afligem permanentemente a Metrópole.

Do colega Marcos Roberto Franco, tema de polêmica abordagem, “Improbidade Culposa: um Contra-senso”; o colega Luis Antônio Giampaulo Sarro aborda matéria atual, em plena evolução dialética: “As alterações do Processo de Execução de Títulos Extrajudiciais”.

A Revista também torna públicos os trabalhos dos procuradores municipais, merecedores dos prêmios “Osvaldo Aranha Bandeira de Mello” e “Trabalho Relevante do Ano”, nos anos de 2005 e 2006.

Enfim, bem vinda a iniciativa do CEJUR, pela Dra. Maria Fernanda Raposo de Medeiros Tavares Martins, de retomar a edição de obra de inegável utilidade e representatividade.

CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO

Procurador Geral do Município de São Paulo

SUMÁRIO

DOCTRINA

Breves reflexões sobre questões urbanístico-ambientais nas cidades brasileiras.

Dra. Helita Barreira Custódio.....

A força vinculante das diretrizes da política urbana.

Dra. Odete Medauar.....

As Alterações do Processo de Execução de Títulos Extrajudiciais.

Dr. Luís Antônio Giampaolo Sarro.....

Improbidade Culposa – Um Contra-Senso.

Dr. Marcos Roberto Franco

PRÊMIOS

“OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO” - 2005

Suspensão de Liminar em Ação Popular

Dra. Ana Paula Birrer.....

“OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO” - 2006

Informações em Mandado de Segurança – ISS dos Notários e Registradores

Dr. Paulo Marcos Rodrigues de Almeida.....

“TRABALHO RELEVANTE DO ANO” – 2005

Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Especial

Dra. Márcia Cristina Almada Barbosa - Departamento de Desapropriações

Defesa em Ação Desconstitutiva de Auto de Infração Tributária lavrado pelo não recolhimento do ITBI : incidente sobre Incorporação Empresarial.

Dr. Ricardo Marcondes Martins - Departamento Fiscal.....

Agravo Regimental – Suspensão de Liminar e de Sentença

Dr. Marcos Roberto Franco - Departamento Judicial

Contestação em Ação Civil Pública

Dra. Marina Magro Behring Martinez – Departamento Patrimonial.....

“ TRABALHO RELEVANTE DO ANO” – 2006

Informações – Defesa - Mandado de Segurança Coletivo.

Dra. Nathaly Campitelli Roque - Departamento Fiscal.....

Mandado de Segurança – Lei Cidade Limpa.

Dra. Daniele Dobner Santos - Departamento Judicial.....

Recurso Especial Interposto na Ação Possessória Ajuizada pela MSP em Face da União Federal.

Dra Rachel Mendes Freire de Oliveira – Departamento Patrimonial

Breves Reflexões sobre Questões Urbanístico-ambientais nas Cidades Brasileiras (*)

Helita Barreira Custódio

Professora de Direito

SUMÁRIO: I. Considerações preliminares sobre as graves questões urbanístico-ambientais nas cidades brasileiras: 1. No âmbito internacional. 2. No âmbito nacional. II. Reflexões inadiáveis sobre contraditórias normas de fundamento demagógico-político-pessoal introduzidas na Lei nº 10.257, de 10-7-2001, denominada *Estatuto da Cidade*: 1. Demonstrações preocupantes sobre a introdução de normas político-contraditórias na citada Lei em nome da Constituição, do Direito Urbanístico, dentre outras alegações. 2. Flagrantes incompatibilidades constitucionais e legais das inovações demagógico-político-pessoais ali introduzidas. 3. Oportunas *advertências e sugestões* da conscientizada e imparcial Comunidade Científico-Técnico-Jurídica do País, compatíveis com a Constituição e as normas urbanístico-ambientais, mas imperita e intencionalmente subestimadas pelo Congresso Nacional. III. *Efeitos nocivos* dos contraditórios acréscimos demagógico-político-pessoais ali introduzidos, já com sérias *reações* nacionais e internacionais. IV. Considerações conclusivas e *apelo*.

(*) Terna sugerida pela ilustre Procuradora do Município de São Paulo e Diretora do Centro de Estudos Jurídicos-CEJUR da PGM, Dra. Maria Fernanda Raposo de Medeiros Tavares Martins, para fins de reflexões nacionais. Em razão da relevância, complexidade e atualidade do assunto, reporta-se à Introdução sobre "Noções gerais e aspectos evolutivos do Direito Urbanístico" e ao Título I sobre "Normas jurídicas integrantes do Direito Urbanístico" (Primeira Parte) de nosso livro sobre DIREITO URBANÍSTICO - Vinculações ao Direito Ambiental, no momento em revisão e atualização para fins de publicação.

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE AS GRAVES QUESTÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS NAS CIDADES BRASILEIRAS

Dentre as questões preocupantes, direta e indiretamente relacionadas com a qualidade de vida na zona urbana e de expansão urbana, com reflexos na zona rural, destacam-se aquelas sobre os *lesivos impactos urbanístico-ambientais nas cidades brasileiras*. Preocupantemente, considerando a *contínua degradação das cidades decorrente das transformações sócio-econômicas, urbanístico-construtivas e ambientais* contemporâneas, adverte-se que a *notória ampliação de usos, condutas e atividades* transformadores dos espaços notadamente urbanos e de expansão urbana vem ocasionando, alarmantemente, a *degradação dos frágeis ecossistemas das cidades*. As agravantes pressões de todas as formas de atividades, de ocupações legais e ilegais, de invasões ilegais e os conseqüentes problemas ambientais *lançam, geralmente, suas raízes no meio ambiente urbano*, mediante tendencioso processo contínuo de uso nocivo da propriedade pública e privada, localizada na zona urbana e de expansão urbana do Município, com reflexos danosos em sua zona rural, em notório retrocesso contrário aos objetivos civilizatórios próprios das cidades. Sob este aspecto, é sempre oportuno lembrar, ainda que brevemente, dentre os graves e desafiantes problemas urbanístico-ambientais, com lesivos efeitos notadamente nas áreas urbanas e de expansão urbana, os seguintes:

1. No Âmbito Internacional. Dentre outros problemas, evidenciam-se: a) A degradação vertiginosa das *cidades*, particularmente dos países em desenvolvimento e do terceiro mundo, decorrente não só das notórias atividades industriais poluentes e perigosas de repercussões danosas *além dos limites entre Unidades da Federação no próprio País ou além das fronteiras entre Países* (poluição do ar, das águas, dos solos), mas também da *explosão demográfica, da falta de planejamento e de saneamento básico*; b) A *contínua degradação agravante das cidades*, decorrente da improvisada e rápida urbanização desordenada e irracional, do êxodo rural e dos refugiados ou da forçada migração (interna e externa) para os centros urbanos, com prejudiciais efeitos de concentrações populacionais excessivas, notadamente em *favelas* onde as previsões são assustadoras nos países em desenvolvimento, com o aumento da desigualdade, da pobreza crônica e dos preconceitos, com o aumento de todos os tipos lesivos de poluição e agressividade (sonora, do ar, das águas, dos solos urbanos, de expansão urbana e rurais, dos alimentos e

das bebidas em geral, por agrotóxicos, por lixos, por destruição e redução das áreas verdes, por degradação da paisagem e dos valores éticos e culturais, por violência, dentre outros gravíssimos atos e fatos nocivos e contrários à vida, à saúde, à segurança, ao trabalho, à moral e aos bons costumes, em violento retrocesso do processo civilizatório próprio das cidades), além dos alarmantes desperdícios de recursos naturais e culturais em iminente exaustão das riquezas locais e mundiais¹.

2. No Âmbito Nacional. Entre nós, a preocupante realidade da *degradação das cidades brasileiras*, além dos notórios fatos lesivos já citados sobre a deterioração de centros urbanos de Países em desenvolvimento, incluído o Brasil, vem se agravando com o progressivo aumento do desemprego, da pobreza absoluta ou da miséria, da fome crônica, da marginalização, do preconceito ou da discriminação, do analfabetismo, das desigualdades sociais, enfermidades; com a explosão de crianças abandonadas ou de rua; com a grave distorção civilizatória e moral diante da explosão sexual, do turismo sexual, do tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual; com o aumento de invasões de propriedades alheias (públicas e privadas), transformadas em favelas ou habitações desumanas e reprováveis (*favelas, mocambos, cortiços, cavernas urbanas*), de angústias, incertezas, inseguranças; com a explosão do crime organizado, dos ilegais negócios e usos de drogas alucinantes e letais, com o controle de serviços públicos, de forma inadmissível, por "traficantes de favelas cariocas", além de outras gravíssimas infrações, como a *falta de planejamento e falta de saneamento básico*, mortes por deslizamentos de terras e destruição de moradias em *locais impróprios ou de risco* notadamente em épocas chuvosas, além das letais e devastadoras enchentes, do crime organizado contra a vida e a saúde da população, contra os bons costumes, contra o turismo cultural e outras situações de crime, de perigo e de preocupante insegurança incompatíveis

¹ F. Rorade, *Recursos e riquezas naturais em perigo*, in Enciclopédia de Ecologia, EPU-EDUSP - 1979, ps. 251, 264 e s.; M. e C. Corajoud, *A proteção dos sítios e das paisagens*, in Enciclopédia de Ecologia cit., ps. 344, 346 e s.; Edward C. Banfield, *A crise urbana: Natureza e futuro*, trad. do original inglês "The Unheavenly City - The Nature and Future of Our Urban Crisis", 2ª ed., Zahar Editores, RJ, 1979, ps. 102 e s.; Roberto Guiducci, *L'Urbanista dei cittadini - Dalla città ai parchi scientifici e tecnologici*, Ed. LATERZA, Bari, 1980, ps. 7 e s.; O DESAFIO URBANO, entre os graves desafios mundiais, in NOSSO FUTURO COMUM, Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 2ª ed., Ed. FGV-RJ, 1991, ps. 262 e s.; Márcia D. Lowe, *O Planejamento das Cidades*, como urgente necessidade, no sentido de evitar "enormes cidades em rápido crescimento - como São Paulo, Xangai e Cidade do México", já definidas como "cidades gigantes castigadas pela população e cercadas por favelas", "Megatópole - a cidade cujo planejamento ninguém é capaz de controlar", in QUALIDADE DE VIDA 1992 - Salve o Planeta, Relatório do Worldwatch Institute sobre o Progresso em Direção a uma Sociedade Sustentável, Lester R. Brown (Organizador), Ed. Globo, São Paulo, 1992, ps. 164 e s.; Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, *Desapropriação e Urbanismo*, Ed. RT-SP, 1981, ps. 48 e s.; *Revolução das Nações Unidas sobre os Centros Urbanos no Mundo*, divulgado em Londres, em 16-6-2006, <http://noticias.leiga.com.br> (acesso em 25-11-2006); Mike Davis, *Pisnato Favela*, trad. do original em inglês "Planet of slums" (Londres, Verso, 2006) de Beatriz Medina, Ed. Boitempo, São Paulo, 2006.

com a dignidade da pessoa humana, em consumada lesão e agravante ameaça iminente de danos de efeitos já catastróficos no final do século XX e desastrosamente dramáticos já em pleno decorrer do século XXI, tudo em flagrante violação dos princípios e das normas constitucionais e legais vigentes. Indubitavelmente, os gravíssimos atos e fatos impõem as urgentes e inadiáveis medidas das Administrações Públicas competentes, para as obrigatórias providências de repressão das lesões ou danos já existentes, de recuperação, melhoria, fortalecimento e preservação do Processo Civilizatório Nacional inerente e vinculado aos objetivos das cidades em geral e das metrópoles ou megalópoles do Brasil, além das concomitantes medidas de prevenção, para evitar ou reduzir novas degradações, mediante o obrigatório cumprimento e a adequada aplicação dos princípios e das normas constitucionais e legais ajustáveis à inquietante realidade das cidades brasileiras².

II. REFLEXÕES INADIÁVEIS SOBRE CONTRADITÓRIAS NORMAS DE FUNDAMENTO DEMAGÓGICO-POLÍTICO-PESSOAL INTRODUZIDAS NA LEI Nº 10.257, DE 10-7-2001, DENOMINADA ESTATUTO DA CIDADE

Em razão das novas exigências notadamente sócio-econômicas, urbanístico-constutivo-ambientais, sanitárias, educacionais, culturais, evidencia-se que os critérios apenas do desenvolvimento econômico-pessoal e do crescimento demográfico adotados nos últimos séculos e culminados

² Helita Barreira Custódio, *Autonomia do Município na Preservação Ambiental*, Ed. Resenha Universitária-SP, 1976, ps. 1 e s.; da mesma Autora: *Forçada migração interna e degradação sócio-ambiental das cidades brasileiras*, in BDA, n. 8431, Ed. NDJ-SP, 1988; *Desastefação e concessão de bens de uso comum do povo inválidos e transformados em favelas: incompatibilidades jurídico-urbanístico-ambientais*, in RDC, v. 53/55, Ed. RT-SP, 1890; *Governos locais e ambiente: Ripercussioni nazionali ed internazionali*, in RDC v. 71/117, Ed. RT-SP, 1995; Paulo Afonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 6ª ed., MALHEIROS-SP, 1996, ps. 280 e s.; Samuel Murgel Branco, *Ecologia da Cidade*, 5ª ed., Editora Moderna, São Paulo, 1992, ps. 20 e s.; Hermes Ferraz, *A violência urbana - Ensaio*, Ed. Scortecci-SP, 1994, ps. 20 e s.; *Relatório das Nações Unidas sobre os Centros Urbanos no Mundo, de 1986-2006* cit. com "previsões assustadoras" sobre "o número de moradores nas favelas brasileiras", que "deve subir para 55 milhões em 2020" se "a tendência atual continuar", de acordo com projeções demográficas feitas pelo IBGE, <http://municipal.org.br> (acesso em 25-11-2006); Terra - *Violência no Rio de Janeiro: "Tráfico de serviços públicos em favelas"*, <http://noticias.terra.com.br> (acesso em 25-11-2006); *Exploração sexual - A miséria da população combinada com o crescimento do turismo tem pelo menos dois efeitos perversos: o turismo sexual e a exploração de crianças e adolescentes*, de acordo com a "Pesquisa sobre o Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual, realizada pelo Ministério da Justiça e pela Organização Internacional do Trabalho", com a ajuda de várias ONGs, in *Almanaque ABRIL 2006 BRASIL - Enciclopédia de Atualidades*, Ed. Abril, São Paulo, 2006, ps. 236, 242; Edéio Fernandes, *O Jogo da Cidade*, PREFÁCIO no livro *Estatuto da Cidade Quem ganhou? Quem perdeu?*, de José Roberto Bassul, Ed. Senado Federal, Brasília, 2005, p. 17, com várias observações sobre "as cidades brasileiras - fragmentadas, segregadas, excludentes, ineficientes, corras, poluídas, perigosas, injustas e ilegais", como o resultado do "fracasso do Estado na reforma da ordem jurídica liberal". Neste sentido, reporta-se, ainda, às advertências e denúncias citadas em nossos livros: *Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes*, Millennium Editora, Campinas-SP, 2005, ps. 2, 3, 162; *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*, Millennium Editora, Campinas-SP, 2005, p. XVII (3), dentre outras, além das notórias denúncias diárias pela imprensa, notadamente jornalística e televisada, sobre o preocupante degradação das cidades brasileiras.

com a *gravíssima degradação das cidades*³, registrada notadamente nas últimas décadas do século XX e em contínuo agravamento já em pleno século XXI, são gritantemente incompatíveis tanto com os objetivos dos contemporâneos Direito Urbanístico e Direito Ambiental como com os "princípios fundamentais necessários para a criação de um mundo justo, sustentável e pacífico"⁴. Evidentemente, entre nós, impõem-se inadiáveis providências da *conscientizada sociedade civil*, junto ao Congresso Nacional, relacionadas com *as imediatas reflexões* contra incoerentes diretrizes, instrumentos e institutos políticos estranhos, paralelos e incompatíveis com *as legítimas diretrizes gerais, os legítimos instrumentos e institutos jurídico-constitucionais integrantes do Direito Urbanístico*, expressamente, consolidado pela vigente Constituição Brasileira, no sentido de *impedir ou reduzir* os impactantes efeitos negativos de tais introduções demagógico-político-pessoais, que continuam agravando, cada vez mais, *as causas* de insustentabilidade, insegurança, violência, contínua e agravante desordem urbanística, injustiça urbana e de expansão urbana, com lesivos reflexos rurais, além de ocasionarem o aumento dos prejudiciais conflitos extrajudiciais e judiciais já existentes nas cidades brasileiras.

1. Demonstrações preocupantes sobre a introdução de normas político-contraditórias na citada lei em nome da constituição, do direito urbanístico, dentre outras alegações. Neste sentido, como exemplo de preocupantes demonstrações sobre normas contraditórias introduzidas em nosso Direito Positivo, em nome da Constituição, da democracia, da função social da propriedade, do direito às cidades sustentáveis, do Direito Urbanístico, dentre outras alegações, destacam-se aquelas de *aspecto negativo*, de fundamento demagógico-político-pessoal introduzidas na Lei nº 10.257, de 10-7-2001, denominada *Estatuto da Cidade*, fruto de "consenso alcançado como o resultado contributivo de muitos fatores indiretos, que se somaram à pressão organizada que o Movimento Nacional de Reforma Urbana-MNRU promoveu sobre

(3) Relatório das Nações Unidas sobre os centros urbanos no mundo: "O Estado das Cidades do Mundo 2006-2007", divulgado em Londres (18-6-2006), com previsões assustadoras: "ONU: Brasil terá 15 milhões vivendo em favelas e de áreas urbanizadas, o Brasil só pode ser comparado à Costa do Marfim", in o Estado de S. Paulo do 18-6-2006, <http://mmininet.org.br>, acesso em 25-11-2006.

(4) Para a adequada conscientização pública necessária à observância de tais princípios fundamentais ao pleno desenvolvimento sustentável das cidades no bem-estar de todos, impõe-se a educação de todos, "do nível local ao global", de acordo com o Documento Final da UNESCO: "Década das Nações Unidas da Educação para o Desenvolvimento Sustentável 2005-2014", UNESCO, Brasília, 2005, ps. 82, 84, de forma compatível com a "visão global" da "CARTA DA TERRA", relevante "fruto de uma década de diálogos transculturais da sociedade civil, aprovada em 2003 pela Conferência Geral da UNESCO, como "marco ético importante e ferramenta didática valiosa para o desenvolvimento sustentável" em todos os níveis (do Governo, ps. 41, 42. E-mail: grupoeditorial@unesco.org.br; Site: www.unesco.org.br; www.earthcharter.org (acesso em 9-6-2007).

o Congresso Nacional e à sua estratégia de construção de acordos com o setor imobiliário”, durante longa tramitação do Projeto correspondente, marcado por conflitos, teses em defesa de “favelas”, “usucapião de imóveis públicos”, “usucapião coletivo” de áreas não previstas na Constituição, para “a regularização fundiária de áreas”, como “as favelas”, “direito de preempção” com o objetivo de “permitir a aquisição de imóveis pelos municípios sem a necessidade de procedimentos de desapropriação”, “regularização de ocupações de baixa renda”, enfim, por manobras e negociações interesseiras. Dentre outros aspectos atribuídos “à estratégia vitoriosa do MNRU, desvelou-se o contraste entre a origem e o conteúdo dado na nova lei a certos dispositivos do texto constitucional”, como “a conhecida vinculação da função social da propriedade ao plano diretor, a função social da cidade e a concessão especial de uso para fins de moradia”. Politicamente, “esses institutos foram reintegrados e tratados no Estatuto da Cidade com sentido mais próximo ao das proposições da reforma urbana” do MNRU. Com “o ingresso do Estatuto da Cidade no mundo jurídico”, “essa lei consolida os ditames constitucionais referentes à política urbana e amplia a operacionalidade da competência jurídica para a ação municipal, já instituída pela Constituição Federal”. Além da introdução de outros instrumentos políticos, o Estatuto da Cidade “amplia a possibilidade de iniciativa para o usucapião coletivo, no sentido de facilitar a regularização fundiária de áreas de difícil individualização, como as favelas”. Como Lei de “conteúdo expresso” e de “significado não explícito”, registra-se “*conflicto latente*”, pois “há, no texto aprovado, de fato e não apenas no discurso, vários pontos de convergência entre o MNRU e o empresariado”, evidenciando-se que a “regularização fundiária e urbanística de áreas ocupadas ilegalmente por populações de baixa renda, por exemplo, obteve amplo apoio em tese e na prática - a despeito das recorrentes resistências ao usucapião e à concessão de uso especial em áreas públicas, esta última finalmente aprovada”, com a expressa declaração, segundo a qual “o Estatuto da Cidade incorporou vários mecanismos”, podendo-se afirmar “que o MNRU foi notoriamente vitorioso numa das vertentes da luta pela reforma urbana”⁵.

⁵ José Roberto Bassul, *Estatuto da Cidade - Quem Ganhou, Quem Perdeu*, Consultor Legislativo do Senado Federal (p. 16), apoiado “nos fundamentos teóricos do ideário da reforma urbana”, derivados, por sua vez, dos conceitos sócio-políticos de “direito à cidade” e “função social da propriedade”, “buscados em autores” diversos (p. 23, 29). Ed. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 2005, ps. 80, 81, 131, 138, 151, 159, 160, 161, 163.

2. Flagrantes incompatibilidades constitucionais e legais das inovações demagógico-político-pessoais ali introduzidas. Preocupantemente, *data venia* dos ilustres Representantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo nacionais, dos Cientistas, Juristas, Arquitetos, Urbanistas, Consultores Legislativos do Congresso Nacional e Especialistas que se manifestaram favoravelmente sobre o assunto em apreciação, basta breve análise do conteúdo e do alcance da *Lei nº 10.257, de 10-7-2001*, e da *sucessiva Medida Provisória nº 2.220, de 4-9-2001*, em confronto com os vigentes princípios e normas constitucionais e legais, bem como com a realidade diversificada dos Municípios brasileiros (5.563 criados e instalados)⁶, para se concluir por *flagrantes incompatibilidades, insuficiências e omissões constitucionais e legais das inovações político-pessoais ali introduzidas*, notadamente sobre:

a) *Regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda (Lei nº 10.257, de 10-7-2001, arts. 2º, XIV, caput, 4º, V, q, 35, III)*. Adverte-se que tal regularização, além de não se confundir com diretriz geral do plano diretor nem com instrumento geral do Direito Urbanístico, constitui perigosa diretriz e tendencioso instrumento de caráter político e incentivador de *invasões ou ocupações ilegais*, conflitantes e incentivadoras da ilegal indústria dos loteamentos clandestinos ou irregulares, das favelas ou outras habitações sub-humanas contrárias à dignidade da pessoa humana, *tudo de forma contraditória e inquietantemente incompatível com os princípios e as normas constitucionais* (CF, arts. 24, I, VI, VII, 182, §§ 1º, 2º, c/c arts. 5º, XXII, XXIII, XXIV, 23, VI, IX, X, 30, I, VIII, 37, §§ 4º, 5º, 59, parágrafo único, 170, II, III, VI, VII, 174 e § 1º, 216 e § 1º, 225, §§ 1º, I a VII, 3º) e *legais*, notadamente, do *Direito Urbanístico* (Lei nº 6.766, de 19-12-1979, arts. 38 a 43, Lei nº 10.257, de 10-7-2001, arts. 2º, I a XIII, XVI, 4º, I a III, a a h, IV, a, b, c, V, a a f, i, n, p, r, s, VI, com as normas correlatas, sobre *diretrizes e instrumentos jurídicos* compatíveis com o Direito Positivo), do *Direito Ambiental* (Lei nº 6.938, de 31-8-1981, arts. 2º, 4º, 5º, com os respectivos incisos), dos *Direitos de Vizinhança* (Código Civil – Lei nº 10.406, de 10-1-2002, arts. 1.277 a 1.313), dentre outras normas. Além do mais, trata-se de *matéria estranha aos objetivos* do Direito Urbanístico, de forma contrária à Lei da Técnica Legislativa (Lei complementar nº 95, de 26-2-1998, com as alterações da Lei complementar nº 107, de 26-4-2001, art. 7º, II).

⁶ IBGE, www.ibge.gov.br (acesso em 17-11-2007) Neste sentido, reporta-se ao nosso livro *Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes* cit., p. 163.

b) *Urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda (Lei nº 10.257, de 10-7-2001, arts. 2º, XIV, in fine, 35, III)*. Da mesma forma, reiterando as observações críticas do instituto político anterior, é oportuno salientar que o *plano diretor*, definido como *plano urbanístico geral* aplicável no âmbito municipal, *integrante do Direito Urbanístico*, é de *natureza essencialmente preventiva* e não admite qualquer diretriz, instrumento ou instituto politicamente demagógico e estimulador de invasões ou ocupações ilegais, para fins de *urbanização de favelas*. *Tal diretriz geral*, além de *estimular* novas invasões ou ocupações ilegais e novas favelas contra a propriedade imóvel alheia (pública ou privada), as ilícitas condutas, os maus costumes contrários ao Direito, à moral, ao Processo Civilizatório Nacional e lesivos notadamente ao patrimônio público, *não é matéria de plano diretor nem de Direito Urbanístico e viola os princípios e as normas da Constituição Federal, do Direito Urbanístico, do Direito Ambiental, dos Direitos de Vizinhança e da Lei da Técnica Legislativa* já citados na alínea a anterior, *sem qualquer condição de eficácia, em razão dos insanáveis vícios da inconstitucionalidade e ilegalidade*⁷.

c) *Simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias para a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais (Lei nº 10.257, de 10-7-2001, art. 2º, XV)*. A citada norma *omite*, de forma temerária, obscura, imperita e demagógica, qualquer diretriz sobre as indispensáveis medidas sanitárias e ambientais, de segurança e de tranquilidade, essenciais em qualquer lei de parcelamento, uso e ocupação do solo, em qualquer norma edilícia ou construtiva, ainda que se trate de projeto e de execução de unidades habitacionais econômicas e de interesse social. Trata-se de *insuficiência incompatível tanto com o objetivo* (arts. 1º e parágrafo único, 2º, *caput*) e *as diretrizes jurídicas* (art. 2º, IV, VI, de *caráter preventivo e repressiva*, da própria Lei nº 10.257, de 10-7-2001) como com os princípios e as normas constitucionais e legais citados na alínea a do Subtítulo em consideração, sugerindo-se ao Congresso Nacional para a elaboração de lei compatível e adequada ao Direito Positivo, com o *acréscimo* de expressas e indispensáveis medidas sanitárias ambientalmente saudáveis, de segurança e de bem-estar dos habitantes para ali destinados.

⁷ Reporta-se às demonstrações jurídico-constitucionais em nossa manifestação jurídica sobre Estatuto da Cidade e Incompatibilidades Constitucionais, Urbanísticas e Ambientais, in FDUA v. 3213, Ed. Fórum, Belo Horizonte-MG, 2002, ps. 214, 215, bem como com as revisões e atualizações, in *Direito Ambiental Visto por nós Advogados*, em co-autoria com outros Autores, Coordenadores: Mário Wiemeck, Bruno Campos Silva, Herúque A. Mourão, Marcus Vinícius Ferreira de Moraes e Walter Soares Oliveira, Ed. DelRey, Belo Horizonte-MG, 2005, ps. 269, 270, 271 a 276.

d) *Concessão de direito real de uso de imóveis públicos (Lei nº 10.257, de 10-7-2001, arts. 4º, V, g, § 2º, 48, I, II)*. Trata-se de temerário *instituto político*, juridicamente impossível, intencionalmente demagógico, com perigosas confusões, omissões, obscuridades, paralelismos e reproduções simuladas de *institutos jurídicos*, como a *desapropriação por interesse social* e o *direito de superfície* já constitucional e legalmente previstos em nosso Direito Positivo, tudo retrocessivamente *para pior, para dilapidar e empobrecer o patrimônio público, de forma improba e incompatível com os princípios e as normas constitucionais e legais* (CF, arts. 5º, XXIV, 37, §§ 4º e 5º, 182, §§ 3º e 4º, III; Lei nº 4.132, de 10-9-1962-*Desapropriação por interesse social*, Lei nº 10.257, de 10-7-2001, art. 4º, V-a-*Desapropriação*, abrangente da *desapropriação por necessidade ou utilidade pública*, ou por *interesse social*, de acordo com as exigências e as ressalvas previstas na Constituição-CF, arts. 5º, XXIV, 182, §§ 3º e 4º, III-na zona urbana e de expansão urbana, 184, 185-na zona rural, 216, § 1º-de imóveis para a proteção do Patrimônio Cultural Brasileiro, Decreto-lei nº 271, de 28-2-1967 - *concessão de uso de terrenos públicos ou particulares*, PLC nº 118 do Código Civil, transformado na Lei nº 10.406, de 10-1-2002, arts. 1.369 a 1.377-*direito de superfície*⁸, com manifestos efeitos lesivos ao patrimônio público e ao interesse público (CF, arts. 37, §§ 3º e 4º; Lei nº 8.429, de 2-6-1992, arts. 10, 11-atos de improbidade administrativa).

e) *Concessão de uso especial para fins de moradia e comércio em áreas públicas (Lei nº 10.257, de 10-7-2001, art. 4º, V, h, com o veto aos arts. 15 a 20 e sua sucessiva reprodução pelos arts. 1º a 9º, com os respectivos parágrafos e incisos, da Medida Provisória nº 2.220, de 4-9-2001)*. *Datissima venia*, basta breve análise do contraditório instrumento da *concessão de uso especial de imóveis públicos para fins de moradia e comércio em áreas públicas*, de ampla e contínua aplicação de uso individual e coletivo, residencial e comercial, em confronto com os expressos princípios e normas da Constituição, do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental que prevêem e disciplinam o *planejamento adequado* com os respectivos parcelamentos (loteamentos ou desmembramentos), zoneamentos, planos, programas, projetos em locais próprios ao equilíbrio urbanístico-ambiental, à segurança e ao bem-estar de todos os cidadãos, para se concluir que se

⁸ Observa-se que a matéria das normas da alínea 1 do inciso V do art. 4º e respectivos arts. 21 a 24 da Lei nº 10.257, de 10-7-2001, sobre *direito de superfície*, foi inteiramente regulada, com mais rigor no tocante à autorização de obra no subsolo, pelas expressas normas dos arts. 1.369 a 1.377 do vigente Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002, em vigor a partir de 11-1-2003), com a tácita revogação dos dispositivos sobre o assunto previstos nos artigos, incisos e alíneas da citada Lei anterior nº 10.257, de 10-7-2001 (Lei CC, art. 2º, § 1º, in fine).

trata de *instituto político confuso, perigoso e juridicamente contraditório e impossível*, com a dolosa e distorcida adoção dos critérios constitucionais solidamente aprovados para *usucapião de imóvel urbano e de expansão urbana ou rural* (CF, art. 182, §§ 1º e 2º), que se resume em *temerário caos jurídico ou em temerária confusão de todas as normas jurídico-constitucionais*. Resumido em *inadmissível desordem constitucional, em temerária desordem jurídica e em perigosa desordem urbanística*, o temível instituto, de natureza, intencionalmente, demagógico-política, legaliza, de forma gritantemente inconstitucional e ilegal, a continuidade e o agravamento de notórias condutas *lesivas aos imóveis públicos em geral*, agora transformados, simulada e improbamente, com base na Constituição (art. 183, § 1º), na lei, no interesse social e no interesse público, *em bens integrantes de instituto político diretamente vinculado a programas e promessas eleitorais às custas dos imóveis públicos* dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, *apesar da expressa e prudente proibição constitucional de usucapião em imóveis públicos* (CF, arts. 183, § 3º, 191, parágrafo único), tudo de *forma contrária aos avanços conquistados em defesa do patrimônio público e aos objetivos dos princípios e das normas constitucionais, urbanísticos e ambientais*, em violento retrocesso, contínuo empobrecimento do patrimônio público e *flagrante inconstitucionalidade*, quer com área de até 250m² ou com mais de 250m².

Assim é que, em resumo, extraído ou copiado arbitrariamente e confusamente das normas e condições constitucionais sobre *usucapião* (CF, art. 183, §§ 1º e 2º), a *concessão de uso especial para fins de moradia*, ao contrário das razões do veto, não é instituto jurídico nem técnica urbanística, mas, sim, *antifinômico, perigoso e contraditório instituto político*, intencionalmente *vetado* (Lei nº 10.257, de 10-7-2001, arts. 15 a 20) e sucessivamente *reintroduzido* nas normas dos arts. 1º a 9º da Medida Provisória em exame, com os claros objetivos de *legalizar, reforçar* e “propiciar segurança da posse - fundamento do direito à moradia - a milhões de moradores de favelas e loteamentos irregulares”⁹ *em imóveis públicos* situados em área urbana, *tudo de forma flagrantemente incompatível com as normas constitucionais tanto sobre as condições ou formalidades essenciais típicas de usucapião* (CF, art. 183, §§ 1º e 2º) como sobre a *expressa proibição de aquisição de imóveis públicos por usucapião* (CF,

⁹ Mensagem 730, de 10-7-2001, do Presidente da República, sobre as razões dos vetos citados.

art. 183, § 3º), ou por qualquer outro instituto eventualmente daquele extraído ou equiparado por simulada e errônea interpretação contraditória, ímproba e constitucionalmente impossível ou inconciliável¹⁰.

É imperioso, ainda, *advertir*, para evitar demagógica interpretação político-distorcida, que a expressão “a concessão de uso”, prevista na norma do § 1º do art. 183 da Constituição, se refere à concretização do *próprio usucapião*, com a outorga do uso e do gozo ao adquirente do imóvel, em caráter definitivo, pelo preenchimento de todas as *exigências e formalidades constitucionais*, mediante a entrega do título de domínio correspondente, em nada, absolutamente nada, se confundindo com a *concessão de uso especial para fins de moradia e comércio*. Esta *confusa concessão de uso especial*, conforme reiteradamente já se demonstrou nesta manifestação, além de se equiparar com injurídica doação disfarçada de imóveis públicos (quando o certo seria do patrimônio particular do próprio agente político ou público doador), constitui equivocada inovação política introduzida na MP 2.220, de 4-9-2001, em apreciação, de forma antinômica, absurda, ímproba e flagrantemente inconstitucional. Observa-se que o *instituto jurídico do usucapião*, como meio de *aquisição* da propriedade imóvel pela posse mansa, pacífica, continuada e de boa-fé (durante o período fixado em lei), apesar de tradicionalmente *não* se enquadrar no campo do Direito Urbanístico *nem* constituir instrumento geral da Política Urbana e da Política Agrícola, foi introduzido, nos *Capítulos constitucionais da Política Urbana* (CF, arts. 182 e 183, §§ 1º, 2º e 3º) e da *Política Agrícola* (CF, art. 191, parágrafo único), com o *objetivo específico de eliminar ou erradicar* (arrancar pela raiz) *as condutas ilícitas de posses ou ocupações*, intencionalmente organizadas por invasores da propriedade alheia (pública ou privada), *em nome do usucapião e lesivas* notadamente aos *imóveis públicos, aos objetivos urbanístico-ambientais e ao interesse público*. Neste sentido, justifica-se a *passagem do usucapião*, tradicional instituto jurídico de direito privado (no campo do Direito Civil) referente à propriedade, *para o campo do Direito Constitucional*, direito público, em decorrência das imposições sociais relacionadas notadamente com a inviolabilidade do direito à propriedade imóvel, à segurança, à

¹⁰ Helita Baneira Custódio, *Desolação e concessão de bens de uso comum do povo invadidos e transformados em favelas: Incompatibilidades jurídico-urbanístico-ambientais*, in RDC v. 53/35, Ed. RT-SP, 1990, com sérias advertências sobre os graves fatos de invasões de imóveis típicos, intencionalmente programados, com justa reação contestadora da sociedade, p. 52, em razão do *manifesto ato de improbidade administrativa* contrário aos princípios e às normas constitucionais e legais, cujas *lesões ao patrimônio público* sujeitam os infratores às sanções políticas, penais, administrativas e cíveis (CF, art. 37, §§ 4º e 5º; Lei nº 8.429, de 2-6-1992).

vida, à saúde, à tranqüilidade, à liberdade com responsabilidade, ao meio ambiente saudável, ao bem-estar de todos (CF, arts. 5º e incisos XXII, XXIII, XXIV, c/c arts. 170, II, III, VI, 182, 183, §§ 1º, 2º e 3º, 191, parágrafo único, 225)¹¹. Neste sentido, em consequência das progressivas e novas exigências sócio-econômico-ambientais e urbanístico-construtivas, sempre atuais e oportunos são os ensinamentos da conceituada doutrina, segundo a qual: “le droit de propriété, ou lieu de rester simplement un droit civil, est, de plus en plus, entré dans les dépendances du droit public”¹². Rebatendo “uma perspectiva dominada pela atmosfera civilista”, evidencia a respeitada doutrina contemporânea “as profundas transformações impostas à relação de propriedade, sujeita, hoje, à estreita disciplina de Direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Pois, em verdade, o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que ela atenda à sua função social (art. 5º, XXII, XXIII). A própria Constituição dá consequência a isso quando autoriza a desapropriação, com pagamento mediante títulos da dívida pública, de propriedade que não cumpra sua função social (arts. 182, § 4º, e 184)”, o que significa “que o Direito Civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente regula as relações civis a ela pertinentes”¹³.

Evidentemente, sendo a *Constituição a Lei Suprema do País, garantidora do direito à propriedade imóvel (pública e privada) como direito fundamental inviolável e consolidadora das novas exigências sobre usu-*

¹¹ Neste sentido, rebatendo a tese político-pessoal do constituinte *Óscar Carneiro* (em favor do usucapião independentemente dos limites de áreas - *Emenda 270/147-9*), decisivos e totalmente acolhidos foram os sólidos e jurídicos fundamentos das justificadas teses impessoais dos conscientizados constituintes *Furtado Leite* (*Emenda 270/264-1*, no sentido de combater “a invasão em terrenos urbanos” e a proibição de “áreas ocupadas por favelas”) e *Francisco Carneiro* (*Emenda 270/401-5*, para a inclusão de um parágrafo sobre a proibição de usucapião em imóveis públicos, no sentido de evitar “distorções e erros” ou danos “motivados por interesses pessoais” ou “de simples especuladores” pela “ação equivocada” de agentes públicos, permitindo ilicitamente usucapião em imóveis públicos). Inteira e oportunamente aprovada, a oportuna *Emenda* foi consagrada no termo do § 3º do art. 183 da vigente Magna Carta, in *Assembleia Nacional Constituinte, Projeto de Constituição (B)*. *Atendidas* discutidas em Plenário, Senado Federal, Brasília-DF, julho de 1988, respectivamente, ps. 21, 154, 167. Observa-se que o vigente *Código Civil*, adequando suas normas sobre usucapião em imóvel rural ou urbano aos novos critérios e exigências consagradas pela vigente Constituição (CC, arts. 1.239 e 1.240, §§ 1º e 2º; CF, arts. 191 e 183, §§ 1º e 2º), conserva, ainda, sem qualquer justificativa, normas paralelas e constitucionalmente conflitantes (nCC, art. 1.238 e parágrafo único, bem como §§ 4º e 5º do art. 1.228, em condições e extensas áreas gritantemente contrárias às expressamente definidas pela vigente Constituição), além de *omitir a expressa proibição de usucapião em imóveis públicos na zona urbana ou de expansão urbana e na zona rural*, tudo de forma flagrantemente incompatível com as vigentes determinações constitucionais em matéria de usucapião (CF, arts. 183, §§ 1º, 2º e 3º, 191 e parágrafo único). Em razão das manifestas inconstitucionalidades, propõem-se as providências necessárias da Comunidade Jurídica competente para a *propositura de ação direta de inconstitucionalidade* das normas civis citadas, junto ao STF (CF, art. 102, I, a, c/c art. 103, §§ 1º a 3º), ou para a elaboração de lei no sentido de *revogar expressamente as incompatíveis normas civis* (CC, arts. 1.238 e parágrafo único, §§ 4º e 5º do art. 1.228), bem como *apresentar normas proibitorias de usucapião em imóveis públicos, na zona urbana ou de expansão urbana e na zona rural*, de forma compatível com a Constituição (CF, arts. 183, § 3º, 191, parágrafo único), junto ao CONGRESSO NACIONAL (CF, arts. 21, IX, XV, XVIII, XX, XXI, 22, I, XI, 24, I, VI, VII, VIII, § 1º, c/c arts. 23, I, IV, VI, VII, IX, X, 46, IV, 49, X, XI, XVII, 182, 183, § 3º).

¹² René Savatier, *Du Droit Civil au Droit Public Atravers les Personnes, les Biens e la Responsabilité*, LGDJ, Paris, 1950, ps. 40 e s.

¹³ José Afonso da Silva, *Dimensão Urbanística Brasileira*, 3ª ed., Ed. MALHEIROS, São Paulo, 2000, p. 69.

capitão de propriedade imóvel (urbana, de expansão urbana ou rural) para erradicar o prosseguimento de ilícitas invasões ou ocupações em seu nome, torna-se claro que seus princípios e suas normas prevalecem sobre todas as leis infraconstitucionais (complementares, ordinárias, regulamentares, delegadas ou medidas provisórias) ou atos normativos. Como princípios e normas de ordem pública a serem obedecidos por todos os Poderes Públicos de todas as Unidades da Federação, por expressa determinação constitucional, qualquer norma legal ou ato normativo incompatível com os princípios, as normas e os objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil se sujeita à ação direta de inconstitucionalidade (de lei ou norma legal incompatível ou que infringe a constituição) ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida (norma legal lacunosa) para tornar efetiva e aplicável a norma constitucional (CF, art. 102, I, c/c art. 103, § 2º).

Com estas breves considerações, reportando-se ainda à apreciação crítica, às demonstrações e respectivas fundamentações jurídicas referentes à "urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda", com a reiterada *venia*, conclui-se que as normas sobre a concessão de uso especial para fins de moradia e comércio em áreas públicas, estimulando novas condutas ilegais de invasões, ocupações, loteamentos, construções e favelas sub-humanas, em áreas de risco ou em áreas impróprias, cada vez mais lesivas aos imóveis públicos e conflitantes com o planejamento urbanístico-ambiental, estimulando o agravamento dos comportamentos ilícitos ou dos maus costumes contrários ao Direito, à moral, à probidade, ao respeito à propriedade alheia, ao Processo Civilizatório Nacional e devastadores da propriedade pública, notadamente dos bens públicos de uso comum do povo, são *flagrantemente incompatíveis e violam os princípios e as normas da Constituição Federal* (CF, art. 183, §§ 1º, 2º e 3º, c/c arts. 5º, XXII, XXIII, XXIV, 170, II, III, VI, 182, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 225, § 3º); *violam os princípios e as normas constitucionais e legais do Direito Urbanístico* (CF, art. 182, §§ 1º e 2º, c/c art. 30, I, VIII; Lei nº 6.766, de 19-12-79, arts. 3º a 11; Lei nº 10.257, de 10-7-2001, arts. 1º, 2º, IV, VI, 4º, I a IV, VI), *do Direito Ambiental* (CF, art. 225, c/c arts. 30, I, VIII, 182, §§ 1º, 2º, 3º, 4º; Lei nº 6.938, de 31-8-81, arts. 2º, 4º, 9º, com as alterações posteriores), *do Direito Civil* (CF, art. 5º, XXII, XXIII, XXIV, c/c art. 170, II, III, VI, 183, §§ 1º, 2º e 3º, 191 e parágrafo único - propriedade imóvel e usucapião; nCC, arts. 1228, §§ 1º, 2º, 3º, 1239, 1240, 1241 - propriedade imóvel e usucapião).

Além das inconstitucionalidades e ilegalidades demonstradas, tais normas criticadas constituem matéria estranha e contrária ao objetivo do Direito Urbanístico, ao objetivo, às diretrizes e aos instrumentos gerais da própria Lei da Política Urbana em análise (arts. 2º, I a XIII, XVI, 4º, I a IV, VI), violam os princípios jurídicos da Técnica Legislativa (Lei compl. nº 95, de 26-2-98, art. 7º, II) e legalizam condutas ilícitas lesivas ao direito da propriedade pública e definidas como crimes contra a Administração Pública (Lei nº 6.766, de 19-12-79, arts. 50 a 52), crimes de ação pública (CP, art. 161, §1º, II), crimes contra o ordenamento urbano e o Patrimônio Cultural (Lei nº 9.605, de 12-2-98, arts. 62 a 64), além de outras sanções penais por lesão ao patrimônio público (Lei nº 8.429, de 2-6-92), por lesão ao meio ambiente (Lei nº 9.605, de 12-2-98), independentemente das sanções políticas, administrativas, penais e civis (CF, arts. 37, § 4º, 5º, 6º, 225, § 3º; Lei nº 8.429, de 2-6-1992)¹⁴, sem qualquer condição de eficácia, em razão dos insanáveis vícios da inconstitucionalidade e ilegalidade.

f) *Usucapião Especial de Imóvel Urbano com até 250 m² (Lei nº 10.257, de 10-7-2001, arts. 4º, V, j, 9º, §§ 1º, 2º, 3º)*. As normas citadas, definindo o usucapião “especial” de imóvel urbano como instituto jurídico integrante dos instrumentos gerais da Política Urbana, introduzem a qualificação “especial” e omitem a sua proibição em “imóveis públicos”, de forma flagrantemente inconstitucional, uma vez que violam as expressas normas do art. 183, §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal. A vigente Magna Carta, ao introduzir, confirmar e consolidar com expressas exigências o usucapião em suas normas, não o condicionou à qualificação especial nem a qualquer outra adjetivação (ordinária ou extraordinária) desnecessária, no sentido de evitar interpretação extensiva a outras situações antinômicas ou contraditórias prejudiciais à propriedade imóvel (pública ou privada) e ao equilíbrio sócio-urbanístico-ambiental local. Não adotando a adjetivação “especial” em nenhuma de suas normas, a vigente Constituição consolidou, de forma expressa e inconfundível, o usucapião tanto nas áreas urbanas e de expansão urbana (CF, art. 183, §§ 1º, 2º e 3º) como nas áreas rurais (CF, art. 191 e parágrafo único), regulando inteiramente a matéria de usucapião prevista no Código Civil (CC anterior, arts. 550, 552, 553, reafirmados pelo nCC,

¹⁴ Tratando-se de assunto polêmico, complexo e de iminentes repercussões práticas e judiciais, justifica-se a extensão das demonstrações sobre o conflitante instituto político, em comparação com as considerações dos demais dispositivos criticados. Neste sentido, reporta-se às demonstrações complementares sobre o assunto em nossa manifestação sobre *Estatuto da Cidade e Incompatibilidades Constitucionais, Urbanísticas e Ambientais*, in FDUA v. 3/213 cit., ps. 219 e s.

arts. 1.239, 1.240, 1.241) e na Lei nº 6.969, de 10-12-1981 (sobre *usucapião especial em imóveis rurais*), com expressos e rígidos requisitos a serem observados obrigatoriamente pelo usucapiente, visando *a controlar e reduzir as intencionais ocupações e posses de extensas áreas da propriedade alheia em nome do usucapião*, bem como *a salvaguardar o equilíbrio sócio-econômico-ambiental rural*¹⁵ no legítimo interesse de todos. Neste sentido, ainda que se tratasse de *propriedade rural*, objeto de *usucapião especial* por expressa definição da citada Lei nº 6.969, de 10-12-81, *mesmo assim não mais se aplicaria tal qualificação especial* por força das prevalecentes normas da vigente Constituição que, nem expressa nem implicitamente, não adotou qualquer adjetivação "especial", "ordinária" ou "extraordinária", cientificamente inútil e temerariamente suscetível de novas e abusivas classificações subjetivas de interesse meramente pessoal ou político e *prejudiciais à propriedade privada*. Tanto assim que a Lei complementar nº 95, de 26-2-98, consagrando o princípio constitucional da *Técnica Legislativa* (CF, parágrafo único do art. 59), relacionado com *a clareza das leis*, adota o *princípio da prevenção* no sentido de *evitar "adjetivações dispensáveis"* (art. 11, I, c) e prejudiciais à adequada interpretação e aplicação das normas correlatas.

No caso específico da *propriedade pública*, conforme já se demonstrou nesta manifestação, a vigente Magna Carta, visando *a proibir, combater e erradicar as condutas ilícitas de invasões ou ocupações contra os imóveis públicos*, introduz expressa norma proibitória, segundo a qual *os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião* (CF, arts. 183, § 3º-área urbana, 191, parágrafo único-área rural). A norma do art. 9º da Lei em exame, não obstante a expressa proibição constitucional, *omite totalmente* qualquer norma sobre a proibição de usucapião em imóveis públicos, tratando-se de *intencional omissão incompatível e violadora* da transparente norma constitucional aplicável na *área urbana* (zona urbana e de expansão urbana) (CF, art. 183, § 3º, c/c art. 182, § 1º).

Neste sentido, por princípio de ordem geral do Direito, é oportuno advertir que *não cabe* ao intérprete, nem ao Legislador, nem ao Executivo ou

¹⁵ Observa-se que, para melhor controle sobre ocupações de terras rurais em nome do usucapião, as normas sobre o assunto passaram a ser previstas, inicialmente, na Constituição de 1934, para ocupação de "um trecho de terra até dez hectares" (C/34, art. 125), sendo reproduzidas, na Constituição de 1937 para "um trecho de terra de até dez hectares" (C/37, art. 148); na Constituição de 1946 para "trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares" (C/46, art. 156, § 3º, com o acréscimo dado pela EC nº 10/1964 para "área nunca excedente de cem hectares"); na Constituição de 1967 para "aquisição de até cem hectares de terras públicas" (C/67, art. 184, na arbitrária época do regime militar, em preocupante agravamento da dissipação da propriedade imóvel pública, agora absurda norma constitucional), norma esta reproduzida na EC nº 1/1969 (EC nº 1/1969, art. 171). A Constituição de 5-12-1988, restabelecendo o Estado Democrático de Direito, no sentido de evitar a continuidade de condutas lesivas à propriedade pública e privada em nome do usucapião, com rígidas e expressas normas, consúida e matada de usucapião da propriedade imóvel privada, na zona urbana, de expansão urbana e na zona rural (CF, arts. 183, §§ 1º e 2º, 191) e *proíbe expressamente o usucapião nos imóveis públicos* tanto na zona urbana e de expansão urbana como na zona rural (CF, arts. 183, § 3º, 191, parágrafo único).

ao Judiciário *acrescentar qualquer adjetivação inútil e temerária*, no presente caso “especial”, ao termo técnico-jurídico consagrado pela Constituição. Da mesma forma, não cabe ao Legislador ou ao Executivo *omitir* qualquer dispositivo expressamente previsto na norma constitucional quando de sua regulamentação, especialmente no tocante à proibição de usucapião em imóveis públicos imposta pela norma do § 3º do art. 183 da Magna Carta. Ora, *as normas do art. 183, §§ 1º, 2º e 3º, 191, parágrafo único, da vigente Constituição, não-dependentes de qualquer lei regulamentar ou de qualquer procedimento na forma da lei, são auto-aplicáveis ou de aplicação imediata, não se admitindo nelas qualquer acréscimo legal inexistente e incompatível nem qualquer omissão inconstitucional* em suposta norma legal regulamentar. Não resta dúvida de que a adjetivação “especial”, injuridicamente acrescentada aos dispositivos legais em análise crítica, *além da flagrante incompatibilidade com as normas constitucionais sobre usucapião na área urbana abrangente da zona urbana* (CF, art. 183, §§ 1º e 2º, c/c art. 182, § 1º, mais art. 102, I, a), no presente caso, *é também incompatível com o objetivo da clareza da norma vinculada ao princípio da Técnica Legislativa* (Lei compl. nº 95, de 26-2-1998, art. 11, I, c, II, c), uma vez que dá ocasião a interpretações contraditórias e prejudiciais ao espírito da norma. Da mesma forma, *a omissão de expressa norma proibitória de usucapião em imóveis públicos, negligente e intencionalmente excluída das normas do art. 9º e §§ 1º, 2º e 3º da Lei em exame, é gritantemente incompatível com a expressa norma constitucional* (CF, art. 183, § 3º, c/c art. 103, I). Desta forma, tanto *as normas que acrescentaram a contraditória adjetivação “especial” inexistente na Constituição* (CF, art. 183, §§ 1º e 2º) *como a omissão de expressa norma proibitória de usucapião em imóveis públicos para tornar efetiva a norma constitucional* (CF, art. 183, § 3º) *não têm qualquer condição de eficácia, em razão dos insanáveis vícios da dupla inconstitucionalidade e ilegalidade, com iminentes ações diretas de inconstitucionalidade* (CF, arts. 102, I, a, 103, II).

g) *Usucapião especial coletiva de imóvel urbano com mais de 250 m² e condomínio especial referente a frações ideais diferenciadas* (Lei nº 10.257, de 10-7-2001, art. 10, §§ 1º a 5º)¹⁶. As normas dos dispositivos citados, introduzindo *outras inovações não previstas* nas normas da vigente Constituição (art. 183, §§ 1º, 2º e 3º), *instituem*, na mesma

¹⁶ Observa-se que, não obstante a Lei do Estatuto da Cidade em zpeincípio ter adotado a palavra “usucapião” no feminino, dá-se preferência para o seu uso tradicional no masculino, por uma questão de clareza, uma vez que o vocábulo *usucapião* pode ser usado tanto no feminino como no masculino (Instituto ANTÔNIO HOUAISS de Lexicografia. *Minidicionário HOUAISS da Língua Portuguesa*, Ed. OBJETIVA - Ed. MODERNA-RJ, 2004, p. 147).

"Seção V-Da usucapião especial de imóvel urbano" já analisada, "A usucapião especial coletiva de imóvel urbano" e o "condomínio especial" correlato em "áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição", com as demais condições extraídas das normas sobre usucapião e outras disposições aplicáveis ao novo e absurdo instituto político.

Data venia, trata-se de mais um confuso, absurdo e contraditório instituto político inserido na seção sobre usucapião de imóvel urbano, de forma simuladamente temerária, já por nós criticado (Projeto de Lei nº 5.788/90)¹⁷, em razão de sua gritante inconstitucionalidade (iníquas alterações intencionais dos rigorosos requisitos do art. 183 e § 1º, 2º e 3º, notadamente da dimensão máxima de até 250m²) e flagrante incompatibilidade com os princípios e as normas constitucionais e legais, os objetivos, as diretrizes e os instrumentos do Direito Urbanístico relacionados notadamente com o plano diretor e a política de desfavelamento e do Direito Ambiental (CF, art. 182, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, c/c arts. 5º, XXII, XXIII, XXIV, 23, VI, IX, X, 24, I, 30, VIII, 170, II, III, VI, VII, 225; Lei nº 6.766, de 19-12-1979, arts. 3º a 11; Lei nº 6.938, de 31-8-1981, arts. 2º, 4º, 9º). Além do mais, as normas sobre o contraditório "usucapião coletivo" com o respectivo "condomínio especial" contém matéria estranha e não vinculada por afinidade, nem por pertinência ou conexão ao objetivo do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental, em gritante violação às expressas normas da Lei complementar nº 95, de 26-2-1998, com as alterações da Lei complementar nº 107, de 26-4-2001 (art. 7º, II), tudo em graves obstáculos e conseqüente irrealização do objetivo, das diretrizes, dos instrumentos gerais e dos institutos jurídicos da própria Lei da Política Urbana nº 10.257, de 10-7-2001 (arts. 2º e incisos I a XIII, 4º, I a IV, VI, dentre outras normas aplicáveis).

Não resta dúvida de que as normas sobre "a usucapião especial coletiva em imóvel urbano" e respectivo "condomínio especial", com simulado objetivo social e altruístico, numa cadeia ou sucessão de institutos políticos contraditórios, se resumem em soluções imediatistas, paliativas e agravadoras das invasões ou ocupações da propriedade imóvel alheia

¹⁷ Reporta-se ao nosso parecer jurídico sobre "DIRETRIZES GERAIS DA POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO", in RDC V. 03/115, Ed. RT-SP, 1993. Neste sentido, adverte-se que o novo Código Civil, conforme já se observou, tanto conserva norma incompatível sobre usucapião (art. 1.238 e parágrafo único) como introduz novo tipo de usucapião coletivo "em extensa área" como meio de perda conlusa da propriedade (§§ 4º e 5º do art. 1.228) paralelo à desapropriação, de forma flagrantemente incompatível com as expressas normas dos arts. 183 e §§ 1º, 2º e 3º, c/c arts. 5º, XXII, XXIII, XXIV, 170, II, III, IV, VII, 182, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, III, da vigência Constituição Federal.

(pública e privada) em áreas impróprias, em áreas de proteção ambiental, em áreas de risco, *intensificadoras dos sérios conflitos atuais, da dramática degradação das cidades brasileiras*, especialmente dos grandes centros urbanos (Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Salvador, Porto Alegre e similares). *Tais normas sobre o incompatível usucapião político-intencional citado*, de forma temerária, *legalizam as temíveis invasões ou ocupações* (clandestinas ou violentas) de imóveis públicos e privados por certos políticos e grupos organizados, *estimulam a lesiva ação de políticos ou agentes públicos dolosos* que iludem as pessoas de baixa renda com promessas e programas abusivos baseados em condutas ilegais e violadoras do direito de propriedade alheia (pública e privada), *estimulam a ação de pessoas e políticos fraudulentos* exploradores de loteamentos clandestinos ou irregulares, de favelas e outras habitações sub-humanas, *estimulam a "forçada migração interna"* para os grandes centros urbanos *já sem condições de novos espaços habitáveis*, o que incentiva novas invasões e transformação dos espaços livres ou de áreas públicas de uso comum do povo em favelas, enfim, *estimulam os maus costumes, as condutas criminosas contra os princípios e as regras da Constituição, da lei, da moral, dos bons costumes, do processo civilizatório, tudo contribuindo para agravar os enormes e já incontornáveis problemas da degradação sócio-econômica, urbanístico-construtiva e ambiental já existentes e perpetuar situações conflitantes de insegurança, violência, intranquilidade, danos pessoais, materiais, morais, urbanístico-ambientais irremediáveis, incalculáveis, irrecuperáveis e irreparáveis ou irreversíveis, em contínuo mal-estar social, em prejuízo de todos e da própria Nação*¹⁸.

Contraditória e lamentavelmente, o Congresso Nacional, composto de Representantes eleitos pelo povo, alguns deles de reconhecido saber científico-jurídico, todos constitucionalmente comprometidos com a verdade, o Direito, a Justiça, a paz e o bem de todos, em vez de cumprir seu dever constitucional no sentido de fortalecer os princípios e as normas constitucionais e legais notadamente urbanísticos e ambientais consagrados pela vigente Magna Carta, em prol da vida, da segurança, do trabalho, da educação, da cultura, dos bons costumes, do respeito ao direito à pro-

¹⁸ Preocupantemente, adverte-se que a Administração Pública, incluído o Congresso Nacional ou o Poder Legislativo, em vez de planejar e executar habitações econômicas de interesse da população de baixa renda em locais próprios e seguros, de acordo com as normas urbanístico-ambientais, *tolera e agora legaliza as condutas ilegais de novas invasões ou ocupações desordenadas e novas favelas em encostas de morros, colinas ou montanhas, em margens de córregos ou rios ou em outras áreas de risco, precariamente impróprias, em total falta de planejamento, em contínuo e agravante violação aos princípios e às normas constitucionais vigentes* (CF, art. 37, de arts. 23, VI, IX, X, 24, I, VI, VII, VIII, § 1º, 170, VI, VII, 174, 182, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, 183, §§ 1º, 2º e 3º, 225).

priedade, da moralidade, da probidade, do Processo Civilizatório Nacional ao bem-estar de todos, indistintamente (CF, arts. 1º e parágrafo único, 2º, 3º, I a IV, 23, I, 37, 1º do ADCT), *data venia, cede a pressões de interesses sócio-econômico-pessoais e políticos, aprova e legaliza condutas ilícitas que além de enfraquecerem o Direito Positivo, contribuem para agravar a dramática situação da notória degradação atual das cidades brasileiras, em prejuízo da coletividade presente e futura. A oficialização de condutas ilegais, além de proporcionar a transgressão do dever constitucional do próprio Congresso Nacional, da Administração Pública e dos respectivos Poderes Públicos (como, reiteradamente, o próprio Legislativo) (CF, arts. 23, I, 37 e §§ 4º, 5º, 6º, c/c arts. 5º, XXXV, 225, § 3º, 1º do ADCT), é flagrantemente incompatível com os princípios, as normas, as razões, os objetivos, as diretrizes, os instrumentos gerais e os institutos jurídicos tanto constitucionais e legais vigentes como com os da própria Lei da Política Urbana em análise, já citados. Juridicamente, por princípio de ordem geral consagrado em nosso Direito Positivo (LI ao CC, art. 3º), não se originam direitos de atos inconstitucionais, ilegais ou ilícitos (Súmula do STF nº 473).*

Ora, *é preciso combater, urgentemente, as incompatíveis normas que legalizam condutas ilícitas, que oficializam criminosas condutas do menor esforço caracterizadas por inconstitucionalidades e ilegalidades, por interesses pessoais, por imoralidades e improbidades, por perigosos institutos políticos de objetivos intencionalmente sigilosos e simulados, por ineficiências generalizadas que só conduzem à desordem constitucional, à desordem jurídica, à desordem sócio-econômica, à desordem política, à desordem urbanística, a desordem pública, tudo concorrendo para a contínua degradação urbanístico-ambiental das cidades brasileiras, em gritante violação aos princípios e às normas tanto constitucionais como legais e conseqüente agravamento do desequilíbrio e do retrocesso das funções sociais da cidade, preocupantemente, de forma nociva aos seus habitantes presentes e futuros. É preciso, insistentemente, salientar que o Direito Urbanístico foi consagrado nos Países desenvolvidos e em via de desenvolvimento como o Brasil¹⁹, exatamente, para proibir, combater e erradicar (arrancar pela raiz) tais condutas ilícitas em qualquer de suas formas ao bem-estar de todos. Uma das soluções ao grave problema de moradia da população de baixa renda, vinculada ao Direito Urbanístico, é*

¹⁹ Neste sentido, reporta-se aos nossos trabalhos: *Natura Giuridica del Piano Regolatore Generale, tese em Direito Urbanístico perante a Universidade de Roma "LA SAPIENZA", Legatoria Piffini (Tesi 2 ora), Roma, 1975; URBANISMO-I, sobre aspectos evolutivos do Urbanismo e do Direito Urbanístico no Direito Comparado e no Brasil, Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 76/1, Ed. SARAIVA-SP, 1981.*

de *competência comum do Poder Público* em todos os níveis de governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), mediante a promoção, o planejamento e a execução de sérios programas sócio-econômicos e urbanístico-constructivo-ambientais, proporcionadores de *permanente política de desfavelamento e de efetivas condições básicas* de conscientização pública, de trabalho compatível com a dignidade da pessoa humana, com a inclusão de urgente e justa reforma agrária, de habitação, saúde, educação, cultura, religião, lazer, que facilitem a *fixação da pessoa humana em sua zona urbana, zona de expansão urbana ou zona rural de origem*, como uma das científicas e indispensáveis soluções para *reduzir ou acabar*, de forma contínua e permanente, particularmente com a “forçada migração interna”, um dos vergonhosos e odiosos crimes contra a dignidade da pessoa humana (CF, art. 23, VI, IX, X, c/c arts. 3º, III, IV, 170, II, III, VI, VII, 182, §§ 1º a 4º, 186, 187)²⁰.

Desta forma, em face das gritantes incompatibilidades constitucionais e legais demonstradas, bem como tratando-se de matéria estranha e sem vinculação ao objetivo do Direito Urbanístico, de forma conflitante com a Lei da Técnica Legislativa (Lei compl. Nº 95, de 26-2-1998, art. 7º, II) e com a própria Lei da Política Urbana em análise, não resta dúvida de que *as normas do art. 10, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 10.257, de 10-7-2001, sobre “usucapião especial coletiva de imóvel urbano com mais de 250 m² e condomínio especial referente a frações ideais diferenciadas”, são constitucionalmente incompatíveis e violam as expressas determinações da vigente Constituição (CF, art. 183, §§ 1º, 2º, 3º, cujas normas, além de auto-aplicáveis, não admitem qualquer exceção), sem qualquer condição de eficácia, em razão dos insanáveis vícios da gritante inconstitucionalidade e da flagrante ilegalidade.*

h) *Direito de Preempção (Lei nº 10.257, de 10-7-2001, arts. 4º, V, m, 25 a 27)*. As normas dos dispositivos citados introduzem o *direito de preempção* como *um dos institutos integrantes dos instrumentos gerais da Política Urbana*, que *dá preferência ao Poder Público municipal para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares*, com a *delimitação das áreas por Lei municipal baseada no plano diretor*, para execução de projetos com *finalidade de interesse social ou de utilidade*

²⁰ Reporta-se à nossa tese: *Forçada migração interna e a degradação sócio-ambiental das cidades brasileiras*, in BDM nº 6/431, Ed. HOU-SP, 1998, consagrada nas normas de vigente Constituição (CF, art. 23, IX, X, c/c arts. 3º, III, IV, 170, VI).

pública” ali relacionados, com obrigações e formalidades onerosas impostas ao proprietário do imóvel, com a previsão de venda pelo “valor de base de cálculo do IPTU” ou pelo valor da “proposta apresentada” se “este for inferior àquele”, *tudo em arrepiante desrespeito e violação às normas constitucionais garantidoras do direito da propriedade imóvel e da prudência relacionada com a sua perda obrigatória ou forçada, vinculada a expressas determinações constitucionais sobre desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, de acordo com o procedimento estabelecido pela lei, com as exceções previstas, expressamente, na própria Constituição (CF, art. 5º, XXIV).*

Data venia, trata-se de mais um temerário instituto político diretamente relacionado com o direito da propriedade imóvel, paralelo, redundante e conflitante com o instituto jurídico da desapropriação por utilidade pública ou por interesse social, este a única forma de perda obrigatória da propriedade imóvel por exceção aos demais modos de alienação ou disposição facultativa, expressamente prevista na Constituição, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos definidos na própria Magna Carta (CF, arts. 5º, XXIV, c/c art. 182, § 3º, nas rigorosas condições ali definidas, com a ressalva do inciso III do § 4º do art. 182). A Constituição, visando a proteger a propriedade imóvel contra estranhas formas abusivas de sua forçada alienação ao Poder Público, mediante lei municipal passível de vantagens pessoais ou perseguições políticas, não prevê qualquer outra exceção a respeito a ser definida em lei ordinária ou lei complementar, em nada, absolutamente nada, se referindo a qualquer direito de preempção na forma definida pelos dispositivos legais em análise crítica, uma vez que a matéria ali prevista está inteiramente disciplinada nas leis sobre desapropriação vinculadas às normas constitucionais que, expressamente, dispõem sobre o assunto. Trata-se de mais um temerário instituto meramente político, que regulamenta assunto paralelo ao instituto jurídico-constitucional da desapropriação por utilidade pública ou por interesse social inteiramente disciplinado pelas leis vigentes, em total incompatibilidade com as expressas normas constitucionais (CF, art. 5º, XXII; XXIII, XXIV, c/c arts. 22, II, 182, §§ 3º e 4º, III) e legais (Dec.-lei nº 3.365, de 21-6-1941; Lei nº 4.132, de 10-9-1962, com as alterações posteriores; Lei complementar nº 95, de 26-2-1998, art. 7º, IV). Não resta dúvida de que o direito de preempção, direta e imediatamente relacionado com a alienação ou a perda forçada da propriedade imóvel para o Poder Público municipal, como violador instituto político paralelo ao ins-

tituto jurídico da desapropriação, por força das normas constitucionais, é *incompatível com a Magna Carta Brasileira*.

Neste sentido, é oportuno esclarecer que *a nova Constituição*, não obstante as abusivas e incompatíveis teses já apresentadas no Projeto de Lei nº 775/1983²¹, *não consagrou o direito de preempção nem deixou qualquer oportunidade explícita ou implícita para sua previsão em lei ordinária ou lei complementar, uma vez que se trata de assunto flagrantemente paralelo à desapropriação consolidada expressamente pela Magna Carta (CF, arts. 5º, XXIV, 182, §§ 3º e 4º, III), com matéria inteiramente regulada pelas leis vigentes, que estabelecem o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV; Dec.lei nº 3.365, de 21-6-1941; Lei nº 4.132, de 10-9-1962, com as alterações posteriores).*

Além do *paralelismo inconstitucional com as leis de desapropriação*, as normas em exame são, também, *incompatíveis com as normas do vigente Código Civil sobre preempção ou preferência (CC, arts. 513 a 520) e com a norma da Lei da Técnica Legislativa*, segundo a qual, no sentido de evitar conflito prejudicial ao conteúdo e ao alcance da norma, "o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei" (Lei compl. nº 95, de 26-2-1998, art. 7º, IV). Desta forma, além da incompatibilidade com o *princípio da Técnica Legislativa*, por princípio de ordem geral do Direito, *a lei posterior* (no caso a Lei nº 10.406, de 10-1-2002, em vigor em 11-1-2003) *revoga a lei anterior* (no caso os arts. 4º, V, m, 25 a 27 da Lei nº 10.257, de 10-7-2001) *quando seja com ela incompatível* (LI ao CC, art. 2º, § 1º), com a evidência da *fácil revogação das contraditórias normas citadas da Lei da Política Urbana anterior*, além de não previstas em nenhuma das expressas exceções constitucionais sobre desapropriação²².

²¹ Reporta-se ao nosso parecer jurídico sobre o Projeto de Lei nº 773/83: "O PROJETO DE LEI DO USO DO SOLO", in RDC v. 27/71, Ed. RT-SP, 1984. Advertiu-se que o direito de preempção introduzido na Lei em exame constitui outra grave confusão incompatível com a "preempção ou preferência" introduzida pelo novo Código Civil (arts. 513 a 520) como negócio de caráter particular entre pessoas com ou sem vínculo de dívida a pagar, em nada, absolutamente nada, se confundido com projetos urbanísticos e execução de obras, serviços ou melhoramentos de utilidade pública ou de interesse social integrantes de planos urbanístico-constitutivos vinculados à desapropriação. A norma do art. 519 do novo Código Civil apenas realinha norma já existente sobre a preferência do expropriado se a área não tiver o destino para o qual foi desapropriada, sem qualquer confusão com cláusulas especiais do contrato de compra e venda por preempção ou preferência (novo CC, arts. 513 a 520) ou com a desapropriação (meio constitucional da perda forçada da propriedade). O direito de preempção introduzido na Lei em análise constitui mais um instrumento político paralelo e incompatível tanto com a desapropriação prevista na Constituição (CF, arts. 5º, XXIV, 182, §§ 3º e 4º, III) como com a preempção ou preferência do concreto ou negócio de compra e venda de caráter privado prevista no novo Código Civil (arts. 513 a 520), em vigor a partir de 11-1-2003.

²² No tocante às observações sobre a adoção da *direção de preempção*, na legislação francesa, de forma excepcional e não confundível com a desapropriação, reporta-se à nossa manifestação jurídica sobre *Estatuto da Cidade e Incompatibilidades Constitucionais, Urbanísticas e Ambientais*, in FDUA, v. 32/13 cit., ps. 228 e s.

Evidentemente, as normas dos arts. 4º, V, m, 25 a 27 da Lei nº 10.257, de 10-7-2001, sobre o *temerário, paralelo e incompatível direito de preempção*, violam tanto as expressas normas constitucionais, que garantem expressamente o direito da propriedade imóvel, com imposições de obrigações abusivas e perigosas à sua alienação ou perda não previstas na Magna Carta, mediante procedimento estabelecido em lei municipal, baseada no plano diretor, também, não prevista na vigente Constituição (CF, art. 5º, XXII, XXIII, c/c art. 170, II, III) como violam, de forma gritantemente incompatível, os expressos princípios e normas constitucionais e legais sobre desapropriação por interesse público e interesse social, com as respectivas ressalvas ou exceções previstas na própria Constituição, sem qualquer exceção relacionada com o abusivo direito de preempção (CF, art. 5º, XXIV, c/c arts. 182, §§ 3º e 4º, III; Dec.-lei nº 3.365, de 21-6-1941; Lei nº 4.132, de 10-9-1962, com as alterações posteriores), sem qualquer condição de eficácia, em razão dos insanáveis vícios da inconstitucionalidade e ilegalidade.

i) *Transferência do direito de construir e doação de imóvel privado ou público ao Poder Público* (Lei nº 10.257, de 10-7-2001, arts. 4º, V, o, 35, I, II, §§ 1º e 2º). As normas dos dispositivos citados, introduzindo a “transferência do direito de construir” como instituto integrante dos instrumentos gerais da Política Urbana, estabelecem que lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário do imóvel urbano, público ou privado, a exercer o direito de construir em outro local, ou a alienar, mediante escritura pública, o citado direito de construir, previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for necessário para fins de equipamentos urbanos e comunitários, preservação do imóvel de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural. A mesma faculdade poderá ser concedida ao proprietário que doar seu imóvel ao Poder Público, para os citados fins.

Data venia, a transferência do direito de construir ou a alienação do citado direito de construir, na forma prevista, constitui mais um temerário instituto político diretamente relacionado com o direito da propriedade imóvel, paralelo, redundante e conflitante com o instituto jurídico da desapropriação por utilidade pública ou por interesse social, instituto este considerado pela Magna Carta o único modo de perda forçada da propriedade imóvel por exceção aos demais modos de alienação ou transferência facultativa, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos definidos na própria Constituição (CF, arts. 5º, XXIV, c/c arts. 22, II, 182, § 3º, 216, § 1º, nas rigorosas condições ali definidas, com a ressalva

do inciso III do § 4º do citado art. 182). A Constituição, introduzindo o instituto jurídico da *desapropriação* vinculado à execução de planos, programas, ou projetos urbanísticos de utilidade pública ou de interesse social, incluídos os de preservação de imóvel de interesse histórico, ambiental, paisagístico integrantes do patrimônio cultural, *não prevê qualquer exceção relacionada com a transferência do direito de construir ou a alienação do direito de construir*, tudo no sentido de garantir e salvaguardar o direito da propriedade imóvel contra investidas políticas lesivas à propriedade em nome da Constituição e da lei.

Além do mais, a previsão do Município legislar sobre a transferência ou alienação do direito de construir, matéria típica de Direito Civil vinculada ao direito da propriedade imóvel de competência privativa da União, demonstra mais uma incompatibilidade constitucional (CF, art. 22, I) das normas legais em análise crítica. Como agravante, considerando o *campo de aplicação das normas no âmbito tipicamente municipal* e considerando as reais diversidades, condições e dificuldades notadamente de ordem técnico-científica e jurídica da grande maioria dos 5.563 Municípios brasileiros²³, demonstra-se, lamentavelmente, que a maioria do legislador nacional desconhece as normas básicas e as realidades locais do próprio País. É oportuno, ainda, salientar que *não se trata de transferência ou alienação do direito de construir espontânea, facultativa*, como prevê a norma do art. 35 em exame crítico. Evidentemente, *toda determinação do Direito Urbanístico, mediante o plano diretor aprovado por lei para atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade* (CF, art. 182, § 2º), *constitui norma obrigatória e não espontânea ou facultativa*.

Juridicamente, *toda transferência ou alienação do direito de construir* em imóvel urbano, incluída no plano diretor, por lei municipal, será objeto de negociação tão compulsória quanto à desapropriação, portanto forçada, de acordo com os princípios constitucionais e as exigências legais, não se admitindo, por força do Direito Positivo brasileiro, quaisquer outros critérios paralelos e conflitantes. *Tanto assim que a vigente Constituição não consagrou nem deixou margem para a consagração do citado instituto político em lei ordinária, demonstrando-se a total inconstitucionalidade das normas sobre a transferência ou alienação do direito de construir previstas na Lei em análise, uma vez que violam as expressas disposições*

²³ IBGE, www.ibge.gov.br (acesso em 15-01-2008).

constitucionais (CF, art. 5º, XXII, XXIII, XXIV, 22, I, II, 170, II e III, 182, §§ 3º e 4º, III) e *legais* (Dec.-lei nº 3.365, de 21-6-1941; Lei nº 4.132, de 10-9-1962; Lei complementar nº 95, de 26-2-1998, art. 7º, IV).

No tocante à *doação de imóvel privado ou público ao Poder Público em troca da transferência do direito de construir em outro local*, adverte-se, igualmente, a patente incompatibilidade da solução ali prevista com a *natureza e o espírito da doação, que é transmitir gratuitamente e não em troca de algo*. Concedendo ao proprietário a faculdade de *exercer ou alienar* o seu direito de construir em outro imóvel após um ato de liberalidade ao Poder Público, dando-lhe um imóvel urbano para fins de execução de projetos urbanísticos, logicamente, notória é a *confusão* do tradicional *instituto jurídico da doação* com o da *troca*, na norma em apreciação. Prevendo retribuição ao proprietário doador, no sentido de exercer o seu direito de construir em outro local, a *regra do §1º do art. 35 em exame estabelece solução totalmente incompatível com a natureza da doação, cujo caráter básico é a liberalidade, a gratuidade, nada se dando em troca à pessoa do doador* (CC, arts. 538 a 554). Ora, se o caráter da *liberalidade, da gratuidade* ou da *generosidade* é da *essência da doação*, nada, absolutamente nada, receberá o doador em retribuição. Sob este aspecto, torna-se claro que o instituto aplicável à norma em análise seria mesmo o contrato da "troca" ou da "permuta" do imóvel urbano, privado ou público, para fins de execução de projetos urbanísticos na forma prevista, com outro de propriedade pública, observadas as exigências legais, de forma compatível com o Direito vigente (CC, art. 533, I e II).

j) *Omissão de relevantes diretrizes e instrumentos urbanístico-ambientais básicos à adequada aplicação das diretrizes e dos instrumentos gerais próprios do Direito Urbanístico. As normas da Lei nº 10.257, de 10-7-2001, em análise, apesar da previsão de "zoneamento ambiental" (art. 4º, III, c), "contribuição de melhoria" (art. 4º, IV, b), "instituição de unidades de conservação" (art. 4º, V, e), "desapropriação" (art. 4º, V, a), "estudo prévio de impacto ambiental e estudo prévio de impacto de vizinhança" (art. 4º, VI), planos preventivos para evitar a poluição e a degradação ambiental (art. 2º, VI, a a g), dentre outras diretrizes e instrumentos jurídicos típicos do Direito Urbanístico, omitem normas gerais sobre diretrizes ou instrumentos jurídicos urbanístico-ambientais, notadamente sobre: 1) Planos de áreas verdes; 2) Planos de proteção da paisagem (na zona urbana, de expansão urbana e na zona rural); 3) Planos de prevenção de riscos naturais previsíveis, para evitar notórios danos causados por inundações decorrentes de chuvas periódicas*

e previamente anunciadas, ou por *incêndios florestais* em época de seca ou estiagem; 4) *Planos de proteção da zona costeira e das zonas de montanha*; 5) *Planos de proteção da zona de aeroportos*; 6) *Planos de coleta, tratamento e depósito de lixos ou resíduos*, incluídos os *planos de permanente desentupimento e conservação de bueiros ou tubulações de esgotos, córregos, rios, lagos*, no sentido de evitar os efeitos danosos de inundações em zonas urbanas e de expansão urbana de cidades em todos os Municípios brasileiros, decorrentes de previsíveis chuvas periódicas; 7) *Planos de luta contra a poluição em qualquer de suas formas e planos de desfavelamento*, para o permanente e gradual combate a invasões, favelas ou qualquer forma de moradia sub-humana; 8) *Planos de áreas cemitériais*; 9) *Planos sobre sistema permanente de promoção e divulgação de informação urbanístico-ambiental, educação urbanístico-ambiental e conscientização pública para participação ativa da sociedade em defesa e preservação do equilíbrio sócio-econômico e urbanístico-constructivo-ambiental local* (CF, art. 182, §§ 1º a 4º, c/c arts. 23, I a XII, 24, I a XVI, 30, I, VIII, 37, 170, II, III, V, VI, VII, 174, 215 e § 1º, 216, I a V, § 1º, 225, §§ 1º, I a VII, 2º a 6º, dentre outras normas fundamentais; *Lei 4.771, de 15-9-1965; Lei nº 6.513, de 20-12-1977; Lei nº 6.938, de 31-8-1981; Lei nº 7.661, de 16-5-1988; Lei nº 9.605, de 12-2-1998; Lei nº 9.795, de 27-4-1999; Lei nº 10.410, de 11-1-2002; Lei nº 10.650, de 16-4-2003; Lei nº 11.445, de 5-1-2007*, dentre outros textos legais aplicáveis expressa ou implicitamente aos planos urbanístico-ambientais integrantes do Direito Urbanístico Brasileiro).

Em face da manifesta necessidade inadiável de *normas gerais* ajustáveis à proteção de valores urbanístico-ambientais juridicamente protegidos e indispensáveis às cidades ambientalmente saudáveis, torna-se patente que *a omissão de tais planos* nas disposições da Lei em exame é *flagrantemente incompatível com os expressos princípios e normas constitucionais e legais, notadamente, urbanístico-ambientais citados*²⁴.

1) *Omissão de um Capítulo específico sobre Infrações e Penalidades*. No Capítulo das Disposições Gerais, *as normas do art. 52 e incisos II a VIII*, estabelecendo que o Prefeito incorre em improbidade administrativa

²⁴ Neste sentido, reporta-se aos nossos trabalhos: *Áreas verdes: competência do Município para sua proteção*, in Revista EDP, AAPMSP, nº 5/16, SP, 1984; *Zona urbana: O automóvel como fonte poluidora e a vegetação como solução despoluidora*, in RDC v. 47/63, Ed. RT-SP, 1989; *Educação urbanístico-ambiental*, in RDC v. 50/83, Ed. RT-SP, 1989; *Aspectos constitucionais e legais da paisagem*, in BDM, Ed. NDJ-SP, 1989; *Municípios e resíduos nucleares e perigosos*, in RDC v. 51/104, Ed. RT-SP, 1990; *Áreas verdes urbanas e legislação aplicável*, in RDC v. 62/91, Ed. RT-SP, 1994; *Direito à educação ambiental e à conscientização pública*, in Revista do Direito Ambiental, v. 16/38, Ed. RT-SP, 2000. Reporta-se, ainda, às argumentações sobre o assunto em nossa manifestação jurídica sobre *Estatuto da Cidade e incompatibilidades Constitucionais, Urbanísticas e Ambientais*, in FDUA v. 3/213 cit., ps. 229, 230.

nos termos da Lei nº 8.429, de 2-6-92, sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, de forma confusa e incompleta, *não são suficientes nem substituem as obrigatórias disposições do específico Capítulo sobre Infrações e Penalidades*. Tais normas, definindo, de forma desconexa, penalidades generalizadas, sem qualquer elucidação ou fixação das transgressões e das respectivas sanções administrativas, penais e políticas, independente-mente da responsabilidade civil pelos danos causados ao patrimônio público e a terceiros, *data venia*, além da *injuridica omissão incompatível com os princípios e as normas constitucionais e legais* (CF, art. 225, § 3º, *cl*c arts. 5º, XXXV, 37, §§ 4º, 5º e 6º, 182, §§ 1º e 2º, 216, § 4º), constituem disposições meramente teórico-filosóficas, sem qualquer força sancionadora, sem condições de aplicação imediata diante de infrações contra os princípios ou os preceitos da Lei da Política Urbana, em face de sua total ineficácia.

Ora, é da *essência do Direito Urbanístico*, como o é de qualquer outro tradicional ou novo ramo do Direito, o *caráter obrigatório com as respectivas sanções*, uma vez que se trata de um conjunto de princípios e normas obrigatórios de conduta social, *mediante sanção*, para a ordem e o equilíbrio de interesses na própria sociedade. A finalidade fundamental do Direito em geral e do Direito Urbanístico em particular “é servir a vida, regular a vida”²⁵. Considerado como indispensável “conjunto de regras de conduta”, o Direito tem um “preciso fim fundamental: aquele de assegurar a pacífica convivência” de ordem social e de ordem pública. Tal “pacífica convivência somente será assegurada mediante a realização de dois objetivos essenciais: aquele da *certeza do direito* e aquele da *certeza da observância* do próprio direito”, alcançada “recorrendo à coação”²⁶, à coerção ou à “força coercitiva” como “elemento essencial do direito normativo”²⁷.

Desta forma, considerando a *obrigatoriedade da força coercitiva das normas do Direito objetivo*, mormente das *normas gerais* da Lei federal de aplicação nacional, de *natureza regulamentar de normas constitucionais* sobre atividades transformadoras da propriedade imóvel e dos respectivos recursos ambientais, *como as urbanístico-constitutivas*, constitucionalmente *vinculadas aos princípios e às normas urbanístico-ambientais no interesse*

²⁵ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3a ed., Ed. Forense-BH-RJ, 1979, pp. 153, 154.

²⁶ Paolo Barile, *Istituzione di diritto pubblico*, 2a ed., CEDAM, Padova, 1975, p. 3.

²⁷ Vicente Rão, *O Direito e a Vida dos Direitos*, v. 1, t. 1, Ed. Resenha Universitária, SP, 1976, pp. 17, 18.

de todos, indistintamente, não resta dúvida de que a *omissão de um Capítulo sobre Infrações e Penalidades*, na Lei em análise, além de incompatível com os princípios e os objetivos do Direito Urbanístico, *viola flagrantemente os princípios e as normas notadamente constitucionais já citados*.

Com estas breves demonstrações, para as indispensáveis adequações necessárias, reportando-se às argumentações complementares, com as respectivas demonstrações e fundamentações jurídico-constitucionais referentes às *normas incompatíveis, insuficientes e omissas da Lei em apreciação*, nas alíneas a a l em análise crítica, *impõem-se as inadiáveis providências notadamente da Comunidade Científico-Jurídica do País*, junto ao Congresso Nacional, referentes à reabertura de novos estudos, reflexões, debates e elaborações legais para fins de *expressa revogação das normas incompatíveis com a Constituição Federal, a complementação das normas insuficientes e o acréscimo das normas omissas*, tudo de forma ajustável e compatível com os vigentes princípios e normas constitucionais e legais integrantes do Direito Positivo Brasileiro.

3. Oportunas advertências e sugestões da conscientizada e imparcial comunidade científico-técnico-jurídica do país, compatíveis com a constituição e as normas urbanístico-ambientais, mas imperita e intencionalmente subestimadas pelo congresso nacional. Não obstante as reiteradas manifestações, advertências e recomendações ou sugestões da conscientizada e imparcial comunidade Científico-Técnico-Jurídica do País, durante longo período de tramitação do *Projeto de Lei* marcado por reiterados conflitos, por antidemocrática subestimação de sérias propostas imparciais, constitucional e juridicamente fundamentadas²⁸, por *pressões baseadas em teses de interesse pessoal de grupos organiza-*

²⁸ Dentre as advertências estrangeiras e nacionais, destacam-se: Roberto Guizani, *L'Urbanistica del cittadino*, Ed. Laterza, Roma-Rari, 1992, sobre a necessidade do "obtercer mais qualidade positiva da vida" da grande metrópole em declínio e incapaz de evitar caos, por da personificação, de injúria, violência, invisibilidade", não deixando a "metrópole existêntis" crescer "como Rio de Janeiro e São Paulo", p. 20; Samuel Margel Branco, *ECOLOGIA DA CIDADE - Coleção Desenvol*, 6ª ed., Ed. Moderna, São Paulo-SP, 1992, ps. 16, 17, 39; Pontes de Miranda, *Materia de Direito Privado - Parte Geral*, T. I, 4ª ed., 2ª tiragem, Ed. RT-SP, 1993, p. XVIII, com as sempre atuais críticas sobre "graves confusões, provenientes de leituras apressadas de livros estrangeiros" por "inexperientes", relacionadas com a invocação de "alguma regra do direito civil" como "subsídios do direito público", "sem qualquer apoio em princípios" e "em momento impróprio (regressões, premissuras legislativas)", p. XV, XVII, XIX; Heitor Buarque Custódio, *O Projeto da Lei do Uso do Solo - Proj. de Lei nº 775, de 1983 - Parecer jurídico*, in RDC v. 27/71, Ed. RT-SP, 1994; *Forçada migração interna e degradação socio-ambiental das cidades brasileiras*, in BDA n° 0431, Ed. NDU-SP, 1988, bem como *Diretrizes Gerais do Política de Desenvolvimento Urbano* (Projeto de Lei nº 5.788/90) - Parecer jurídico, in RDC v. 82/115, Ed. RT-SP, 1993; Governo do Brasil, *O DESAFIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - Relatório do Brasil para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, CIMA, Imprensa Nacional, Brasília, 1991, com o desenvolvimento dos "principais impactos ambientais", notadamente, do "crescimento populacional vertiginoso", da "migração interna", da ocupação desordenada do solo com sérias conseqüências", da "expansão urbana desordenada em áreas naturais do litoral e especulação imobiliária das "grandes concentrações urbanas em áreas metropolitanas" em todas as Regiões do País, ps. 129 a 139; Hermes Ferraz, *A violência Urbana*, Ed. SCORTECCI, São Paulo-SP, 1994, p. 37 sobre "ambiente superlotado", p. 52 "A superpopulação", 58 "A decadência urbana", do mesmo Autor: *Cidade e Vida*, Ed. SCORTECCI, 1996, p. 180 "As metrópoles, massificação e violência", p. 181 "Soluções unilaterais e múltiplas"; *Filosofia Urbana*, T. I, Ed. SCORTECCI, 1997, p. 11 e 17, sérias críticas sobre "A tragédia urbana", "O caos

dos, mediante estratégias de acordos com o setor imobiliário, *aceitas* pelo Congresso Nacional²⁹, não resta dúvida de que os *negativos efeitos prejudiciais contrários aos objetivos constitucionais e legais das incompatíveis normas legais citadas*, após a vigência da correspondente Lei do Estatuto da Cidade nº 10.257, de 10-7-2001, já são *notória e alarmantemente preocupantes nas cidades brasileiras*, de forma especial nos grandes centros urbanos, como São Paulo e Rio de Janeiro. Indubitavelmente, apesar das reiteradas previsões e sérias advertências doutrinárias, trata-se de *intencionais diretrizes, instrumentos e respectivos institutos demagógico-político-pessoais, imprudente, imperita e intencionalmente ali introduzidos*, de forma manifestamente simulada, *junto aos institutos jurídicos* (como o *joio lançado nas plantações do trigo*), decorrentes de acréscimos confusos, tendenciosamente ali inseridos, resultantes de teses com leituras e imitações apressadas do Direito Comparado, bem como de outros ramos “públicos ou privados” do próprio Direito Nacional, *notoriamente estranhos ao Direito Urbanístico, simulados e paralelos às normas legais* (gerais, especiais e excepcionais) *já integrantes do Direito Positivo*, de forma flagrantemente incompatível notadamente com os *expressos princípios e normas constitucionais e legais*, reiteradamente citados. Lamentável e preocupantemente, a *imperícia do Congresso Nacional*, subestimando as advertências e as sugestões da conscientizada e imparcial Comunidade Científico-Técnico-Jurídica do País, vem contribuindo para dificultar a aplicação *das normas de ordem pública de interesse público e interesse social, de natureza cogente, da própria Lei nº 10.257, de 10-7-2001*, bem como para agravar *continuamente os conflitos extrajudiciais e judiciais já notoriamente existentes*, além de *contribuir para o acúmulo de processos perante o Poder Judiciário e a manifesta lentidão da Justiça*, tudo de forma contrária e prejudicial aos objetivos constitucionais e legais próprios do Direito Urbanístico nacional.

urbano”, como efeitos de “planejamento e desenvolvimento... apóstatas sobre falsas premissas e visando a falsos objetivos”, já com a “trágica presença das favelas”, o resultado de graves “contradições”, de “violência”, de “um desesperador estado de insegurança”, “as cidades vão se tornando cada vez mais feias e sua vida cada dia mais antieconômica, ineficiente e mortífera”. *Filosofia Urbana*, T. IV, Ed. SCORTECCI, 1999, p. 11, advertências sobre “O perigo das falsas”, com significado de “ardi”, mentira, fraude”, no “âmbito do planejamento urbano”, p. 30, 31, “com alternativas teóricas e insustentáveis” para atendimento de “reivindicações irracionais”, *Filosofia Urbana*, T. IV, Ed. SCORTECCI, 1999, com sérias advertências sobre “MIGRAÇÃO E FAVELAS”, apontadas como um dos aspectos da desurbanização urbana”, com a evidência, segundo a qual “não pode ser democrática o trabalho, nem são democráticas as decisões sobre administração urbana cujos resultados aumentam as desigualdades, as populações marginalizadas habitando em loteamentos clandestinos, favelas, cortiços”. Não sendo plano urbanístico, “o favelamento apresenta somente aspectos negativos”, não se auxiliando “o favelamento como fato consumado” e suas causas “devem ser pesquisadas, analisadas e ponderadas” para as soluções compatíveis com a ciência urbanística. É preciso combater “o favelamento como um estágio inicial de urbanização”, em razão das “erromias distorções nas estratégias do desenvolvimento urbano”, p. 15 e s.; dentre outros Autores.

²⁹ José Roberto Blasziol, *Estatuto da Cidade - Quem ganhou? Quem perdeu?* cit., p. 159 e s.

III. EFEITOS NOCIVOS DOS CONTRADITÓRIOS ACRÉSCIMOS DEMAGÓGICO-POLÍTICO-PESSOAIS ALI INTRODUZIDOS, JÁ COM SÉRIAS REAÇÕES NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Em razão dos contraditórios instrumentos políticos intencionalmente introduzidos na Lei nº 10.257, de 10-7-2001, adverte-se que graves são as novas e reiteradas críticas, segundo as quais os *negativos efeitos nocivos dos contraditórios acréscimos demagógico-políticos citados continuam em preocupante processo de agravamento* com as prejudiciais conseqüências da *massificação das cidades*, do incontrolável aumento de invasões ou ocupações ilegais de propriedade alheia (pública e privada) e sua transformação em favelas, da falta de saneamento básico, da desordem social, do agravamento dos maus costumes e da violência dos marginais e de muitos policiais, da desordem urbanística e da conseqüente *desorganização ou destruição de valores sociais, morais, familiares, religiosos, educacionais, culturais, profissionais*, agora com *previsões assustadoras*, já com notórias *reações doutrinárias*, advertências de organizações governamentais nacionais³⁰ e internacionais notadamente da Organização das Nações Unidas-ONU³¹, de organizações

³⁰ Neste sentido, dentre as advertências sobre os impactos negativos das introduções político-pessoais na Lei do Estatuto da Cidade em análise, destacam-se: 1. *Inicialmente, as observações críticas dos próprios defensores dos instrumentos políticos ali introduzidos*: Edésio Fernandes, *PRE-FACIO - O Jogo da Cidade*, do livro *Estatuto da Cidade* de José Roberto Basual, Ed. Senado Federal, Brasília, 2005, critica as "fortes resistências de setores conservadores", "antes mesmo que a nova lei federal tenha tido tempo de aplicação"; diante de "seu impedito", muitas têm sido "as propostas submetidas ao Congresso Nacional", "algumas delas atacam e deformam o novo marco jurídico-urbanístico na sua essência", como "um processo cheio de contradições e desafios, e nenhuma das conquistas recentes pode ser tomada por garantida", p. 20, 21; José Roberto Basual, *Estatuto da Cidade - Quem ganhou? Quem perdeu?*, na conclusão, reconhece que a unanimidade obtida na transformação do Estatuto da Cidade em lei parece encobrir um conflito subjacente", pois, no "campo dos efeitos do novo ordenamento legal, as reações características da velha ordem se renovaram", observando conflitos entre forças políticas, regimes capitalistas e movimentos sociais, com a subversão dos "objetivos da reforma urbana", além da preocupante "tendência de agravamento desse quadro" com "sucessivas e mais intensas tragédias de perda-e-perde", Ed. Senado Federal, Brasília, 2005, ps. 161 e s.; 2. *Constitucional e juridicamente, dentre as sérias e justificadas análises críticas*, destacam-se: Helita Berra Custódio, *Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes*, ed. de 2005 cit., p. 634 (16), (17); *Estatuto da Cidade e Incompatibilidades Constitucionais, Urbanísticas e Ambientais* cit., in *Direito Ambiental Visto por não Advogados*, em co-autoria, Ed. DelRey-BH, 2005, ps. 285 a 311; Vicente de Abreu Anacleto, *Urbanismo Realista - A Lei e a Cidade - Princípios de Direito Urbanístico, Instrumentos da Política Urbana e Questões Controvertidas*, Millennium Editora, Campinas-SP, 2006, ps. 66 e s.; Paulo Afonso Leme Machado, *Prática da Lei "ESTUDOS DE DIREITO URBANÍSTICO - I"*, Coordenadores: Luís Manuel Fonseca Pires, Mariana Mendonça, Ed. Letras Jurídicas, São Paulo, 1ª ed., 2006, p. 13, 3. *No âmbito das organizações governamentais nacionais*: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE, *Perfil dos Municípios Brasileiros - Gestão Pública 2004* - IBGE, Rio de Janeiro-RJ, 2005. Para o IBGE, a "maioria das favelas do país está no Sul", in <http://cidades.ibge.com.br/acesso em 27-2-2007>, e quanto aos "Municípios Brasileiros", os maiores Municípios "concentram 70% dos domicílios em favelas", muitos com "mcamitos, palafitas ou assanmelhados", in <http://www.ibge.gov.br/acesso em 27-2-2007>, o que "mostra que houve retrocessos nos investimentos governamentais em habitação", in <http://www.estadoc.com.br/acesso em 27-2-2007>.

³¹ ONU, *Relatório das Nações Unidas sobre "O Estado das Cidades do Mundo 2006-2007"*, divulgado em Londres, em 16-7-2006, segundo o qual o "Brasil terá 55 milhões vivendo em favelas até 2020", em razão da desigualdade urbanística, "As favelas não são apenas uma manifestação de moradia de baixo nível, falta de serviços básicos e de direitos humanos, elas são também um sintoma de sociedades urbanas disfuncionais, em que desigualdades não apenas são toleradas, como proliferam livremente"; o Relatório da ONU mostra que, "em termos de desigualdade, o Brasil só pode ser comparado à Costa do Marfim", além de outras "previsões assustadoras", in <http://www.estadoc.com.br/acesso em 27-2-2007>. No sentido de combater os graves impactos negativos em todos os setores da sociedade internacional e considerando "a importância das cidades para o desenvolvimento sustentável", merece destaque a *Década da Educação para o Desenvolvimento Sustentável-DEDS 2005-2014*, promovida pela UNESCO, mediante o documento *Plano Internacional de Implementação, New York, outubro/2004*, com importantes objetivos, dentre outros, *valorizar o papel fundamental da educação, da comunicação, da conscientização pública*, notadamente junto aos órgãos legislativos, governamentais e políticos em geral, para "urbanização sustentável", mediante "planejamento, gestão e avaliação", de forma democrática e compatível com "a importância das cidades para o desenvolvimento sustentável" e para a segura promoção de "uma sociedade sustentável", enfim, "mais justa para todos", UNESCO, OREALC, *Década das Nações Unidas da Educação para o Desenvolvimento Sustentável 2005-2014*, Brasília, maio de 2005, p. 18, 54, 56, 63, 77. Site: www.unesco.org.br; E-mail: gruposdidade@unesco.org.br (acesso em 9-6-2007).

não-governamentais, dos meios de comunicação social (32), tudo advertindo sobre o crescimento desordenado e o conseqüente retrocesso das cidades brasileiras, notadamente das metrópoles com suas áreas metropolitanas (como Grande São Paulo, Grande Rio de Janeiro, Grande Belo Horizonte, Grande Vitória, dentre outras, já alarmantemente impactantes, insustentáveis e incontroláveis), sobre o *desequilíbrio urbanístico-ecológico-ambiental*, sobre o aumento da pobreza, da marginalização, das desigualdades sociais e regionais, dos preconceitos ou da discriminação, da violência, dos conflitos e da perturbadora insegurança da população, em agravante e angustiante mal-estar contínuo dos cidadãos individual, coletiva e publicamente considerados, em inquietante retrocesso insustentável urbano, de expansão urbana e rural, cada vez mais incontrolável, nos Municípios brasileiros, com manifestas repercussões prejudiciais aos Estados-membros, às Grandes Regiões brasileiras e ao próprio País.

No caso específico das oportunas reações da conscientizada doutrina jurídica nacional, mais do que nunca atuais e aplicáveis são as sempre novas advertências da sólida doutrina jurídico-constitucional de todos os tempos: Dentre outros notáveis juristas, evidencia Rui Barbosa que é preciso conscientizar-se sobre a “soberana prerrogativa da justiça, a garantia das garantias contra o arbítrio das ditaduras e a cegueira das facções”, “a insciência dos nossos estadistas”, contra “o arbítrio do Poder Executivo, apoiado na irresponsabilidade das maiorias políticas”. Criticando “a preamar da indulgência política, empenhada em solidar os arbítrios da força”, conclui o notável jurista: “Só a lei constitucional dura, implantada nas profundezas da justiça”, com a evidência da proteção ou do “asilo supremo reservado nos tribunais pela Constituição a si mesma e aos direitos que ela protege contra as invasões quer do Executivo, quer do Congresso”³³. Neste sentido, veemente é a convicção de Carlos Maximiliano: “Não façamos da Constituição gargalheira de potentado, nem chuços de energúmenos. Melhor serve a pátria quem não torna as suas leis égide do

³² IETS - Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade, *Barraço em expansão, com a demonstração do IBGE, segundo a qual “houve uma explosão demográfica nas favelas do Rio”, in <http://www.iats.org.br> (acesso em 27-2-2007). De acordo com a pesquisa do IBGE, advertiu-se “que houve retrocesso nos investimentos governamentais em habitação”, que o “País investe menos e favelas crescem”, considerando o preocupante aumento da “irregularidade da posse” de terrenos, evidencia-se que o Brasil se torna “o país com a terceira maior população favelada do mundo”, estando atrás da Índia e China, conforme o livro “Planeta Favela”, do Prof. Mike Davis, da Universidade da Califórnia, como parte de uma coletânea de estudos publicados pela ONU. Em razão do agravamento do problema, especialmente, na “Grande São Paulo” e no “Grande Rio”, conclui o IETS: “Temos metrópoles decadentes”, in <http://www.estadao.com.br> (acesso em 27-2-2007).*

³³ Rui Barbosa, *O Congresso e a Justiça no Regimen Federal (21-5-1893)*, in PENSAMENTO E AÇÃO DE RUI BARBOSA, Seleção de textos pela Fundação Casa de Rui Barbosa, Senado Federal, Brasília, 1999, pp. 418 e s.

arbitrio, nem de anarquia”³⁴, uma vez que: “*Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*”. Logicamente, “a exegese há de ser de tal modo conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a *conclusão física ou moralmente impossível*”. “Deve o intérprete descobrir e revelar o conteúdo de vontade *expressa em forma constitucional*” e “não as volições deixadas no campo intencional”, evidenciando que, “nos casos de antinomia evidente”, prevalece “a Constituição Federal” sobre qualquer outra norma infraconstitucional. Da mesma forma, *prevalecem os princípios gerais da Ciência* contidos na norma constitucional, devendo “as leis fundamentais” ser “mais rigorosamente obrigatórias do que as ordinárias”. Conclui o notável jurista que a “Constituição é a lei suprema do país, contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem ... quaisquer outros atos”. A regra é buscar-se “um sentido eqüitativo, lógico e acorde com o sentido geral e o bem presente e futuro da comunidade”³⁵.

Para a sólida doutrina jurídico-constitucional contemporânea: “Os partidos políticos brasileiros, em seu real conhecimento, são meras siglas, simples rótulos, vazias embalagens, sem nenhum conteúdo doutrinário e programático, incapazes, portanto, de orientar a opinião de quem quer que seja sobre os problemas nacionais”. A respeitada doutrina evidencia que o “Brasil é uma realidade e não uma fantasia. É uma realidade que não pode ser contrafeita por mitos constitucionais”. Diante da relevância dos governos locais, evidencia que é “dentro dos Municípios que os brasileiros tecem sua vida quotidiana” e que “o povo de cada Município não constitui um simples agregado material de indivíduos”, mas, “sim uma comunidade organizada”, para a qual “não se tem dado a devida atenção” e “as próprias leis a têm ignorado”. Evidencia que a “ordem jurídica se chama *Bem comum*”.

“A ordem jurídica é, em verdade, o único bem *rigorosamente* comum, o *único* bem que *todos* os participantes da sociedade desejam *necessariamente*, e que nenhum pode dispensar”. Assim, “sem ordem jurídica, a sociedade é impossível”³⁶. Sólida e convictamente demons-

³⁴ Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, 3a ed., Ed. GLÓBIO, Porto Alegre, 1929, ps. 8, 9, 117.

³⁵ Carlos Maximiliano, *Heremênutica e aplicação do Direito*, 2a ed., FORENSE-BN-RJ, 1979, ps. 31, 138, 165, 166, 195, 305, 314. Neste sentido, Guido Alpa, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 48.

³⁶ Goffredo Telles Júnior, *A Democracia e o Brasil*, RT-SP, 1965, ps. 7, 30, 31, 40.

tra que a Constituição reflete "a noção de justiça que existe na consciência do povo", evidenciando que "as pessoas estarão convencidas de que quanto maior for o rigor na prática da Constituição maior será a possibilidade de viver com justiça". Assim, evidentes são as vantagens da "prática constitucional" para a "consciência constitucional", a "solução pacífica dos conflitos", a "certeza e segurança dos direitos", salientando que a contínua "prática da Constituição afastará o risco de que pessoas ou grupos poderosos procurem resolver os conflitos valendo-se de suas forças e impondo suas razões. As regras básicas de convivência serão conhecidas e respeitadas, reduzindo-se a quantidade e a gravidade dos conflitos"³⁷.

Nesta ordem de advertências, é imperioso recordar que *qualquer lei regulamentar de norma constitucional, como a Lei nº 10.257, de 10-7-2001, em análise crítica, tem como objetivo estabelecer normas procedimentais de natureza formal, para a fiel execução do conteúdo e do alcance da substancial norma constitucional objeto de lei regulamentar, no sentido de facilitar a sua adequada aplicação diante dos casos concretos. Constitucionalmente, não é função da lei regulamentar instituir regra nova de caráter substancial nem reduzir ou estabelecer princípio ou norma divergente ou omissa da norma constitucional regulamentada. As criticadas normas da Lei nº 10.257, de 10-7-2001, devidamente citadas nesta manifestação com as respectivas argumentações sobre sua incompatibilidade, ineficiência e omissão, com acréscimos, reduções e omissões constitucionalmente impossíveis, em confronto com as normas constitucionais regulamentadas (CF, arts. 182, 183 e respectivos parágrafos e incisos), demonstram, data vênia, a imprudência e a imperícia, ou o dolo e a improbidade do Congresso Nacional. Preocupantemente, em razão das flagrantes inconstitucionalidades das normas legais citadas ou por omissão de normas legais, de forma manifestamente intencional, não resta dúvida de que a improbidade do Congresso Nacional, aprovando radicais teses parciais de interesse pessoal e de grupos inescrupulosos contrárias ao interesse público, prejudiciais ao erário, ao patrimônio público, às funções sociais das cidades e ao próprio País, fere e enfraquece profundamente a Constituição Brasileira, o que justifica as sempre oportunas reações da Comunidade Científico-Jurídica nacional.*

³⁷ Dalmiro de Abreu Dallari, *Constituição e Constituinte*, 2a ed., 2a tiragem, SARAIVA-SP, 1986, ps. 54, 55, 58.

IV. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS E APELO

Em breves considerações finais, no tocante ao conteúdo da maioria das normas analisadas, com a reiterada *venia*, evidentes e graves são as confusões, as obscuridades, as inversões, as antinomias, os paralelismos, os retrocessos, as omissões incompatíveis com o conteúdo e o alcance dos princípios e das normas constitucionais, urbanísticos e ambientais, advertindo-se que os dispositivos criticados: *ora aplicam* regra geral a meras exceções; *ora introduzem* institutos jurídicos alienígenas alterados em sua origem e paralelos a outros já existentes em nosso Direito Positivo; *ora adaptam* experiência estrangeira em campo conflitante com a experiência brasileira em sua essência; *ora introduzem* matéria estranha e não-vinculada aos objetivos do Direito Urbanístico; *ora legalizam* condutas ilícitas (invasões ou ocupações de imóveis alheios, públicos e privados, para favelas e outras moradias sub-humanas), com a substituição paternalista do dever da pessoa de baixa renda conquistar sua propriedade ou sua moradia com o fruto de seu trabalho definido como "fruto do trabalho humano"³⁹ por conduta criminosa de invasões e esbulho possessório, com a perda contínua dos bons costumes, do sentido da verdade, do respeito à Constituição, às leis e à propriedade de outrem de forma juridicamente impossível; *ora confundem* objetivos, diretrizes, instrumentos gerais ou planos urbanístico-constructivos e institutos jurídicos com meras teses subjetivas baseadas em opiniões pessoais ou arbitrários institutos políticos contrários à ordem constitucional, à ordem jurídica, à ordem política, à ordem urbanística, à ordem social e à ordem pública, violadores do direito da propriedade imóvel (pública e privada), devastadores dos imóveis públicos (notadamente dos bens públicos de uso comum do povo), estimuladores de condutas ilícitas ou de maus costumes contrários ao Direito, à moral, aos bons costumes, ao Processo Civilizatório Nacional e à paz social, tudo demonstrando manifesto desconhecimento ou intencional subestimação das ciências urbanístico-ambientais consagradas na Constituição Brasileira, no Direito Urbanístico e no Direito Ambiental, em lamentável retrocesso aos avanços conquistados pelo povo através da contribuição da Comunidade Científico-Técnico-Jurídica nacional, de forma temerária e contrária ao Direito Positivo, ao interesse público e à própria Nação.

³⁹ Papa Leão XIII, *Encíclica Rerum Novarum*, Ed. VOZES, Petrópolis-RJ, 1980, p. 9, arts. 16 e 17.

Por princípio de ordem geral do Estado Democrático de Direito, como o Brasil, *o dever e a responsabilidade dos Poderes Públicos* (notadamente, no presente caso, do *Congresso Nacional*, do *Poder Executivo*) e da *coletividade*, direta e indiretamente relacionados com a pesquisa permanente, com o conhecimento do Direito Positivo vigente e a interpretação científico-jurídica indispensáveis à adequada elaboração de necessárias *normas gerais* ajustáveis à realidade contemporânea, são *impostos pelos expressos princípios e normas constitucionais* (CF, arts. 1º, parágrafo único, 3º, I a IV, 5º, II, XXII, XXIII, XXIV, c/c arts. 23, I, VI, IX, X, 37, 170, II, III, VI, VII, 174, 182, §§ 1º a 4º, I a III, 225, art. 1º do ADCT sobre o *obrigatório compromisso dos Membros do Congresso Nacional*, do Presidente da República e do Presidente do Supremo Tribunal Federal no sentido de *manter, defender e cumprir* a Constituição Nacional). O *desrespeito ou o descumprimento* de tais princípios e normas constitucionais, no tocante às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente urbano e de expansão urbana, com reflexos prejudiciais ao meio ambiente rural, como as *urbanísticas*, *sujeita o infrator, pessoa jurídica de direito público* (do *Poder Legislativo*, do *Poder Executivo* ou do *Poder Judiciário*) ou de direito privado ou qualquer pessoa física responsável, às *responsabilidades e respectivas sanções políticas, administrativas, penais e civis aplicáveis*, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, *expressamente definidas nas vigentes normas constitucionais e legais* (CF, arts. 5º, XXXV, LXXIII, 21, XXII, d - EC nº 49/2006, 37, §§ 4º, 5º, 6º, 216, § 4º, 225, § 3º; Lei nº 6.938, de 31-8-1981, arts. 14, 15; Lei nº 8.429, de 2-6-1992; Lei nº 9.605, de 12-2-1998), dentre outras normas previstas em nosso Direito Positivo.

Com estas breves considerações finais, sem qualquer pretensão de esgotar a relevante matéria sobre a *Política Urbana* integrante do *Direito Urbanístico* e vinculada ao *Direito Ambiental*, como novos ramos do Direito Público consagrados pela vigente Constituição Federal, notória, reconhecida e progressivamente vasta, complexa, interdependente e de repercussões crescentes em todas as cidades brasileiras, notadamente nos grandes centros urbanos, *conclui-se que alguns dispositivos da Lei denominada Estatuto da Cidade e da respectiva Medida Provisória nº 2.220, de 2-9-2001*, conforme as reiteradas e claras demonstrações nesta manifestação, são *flagrantemente incompatíveis com os princípios e as normas constitucionais, urbanísticos e ambientais*. Tais incompatibilidades comprometem e impedem a realização dos objetivos, das diretrizes, dos instrumentos ge-

rais e dos institutos jurídicos da própria Lei nº 10.257, de 10-7-2001, em análise, em agravante desequilíbrio e degradação ambiental das cidades brasileiras e dos respectivos Municípios, causando-lhes danos urbanístico-ambientais e a terceiros, com *prejudiciais efeitos da desordem do desenvolvimento das funções sociais das cidades e dos respectivos Municípios, da insegurança, da violência, da intranquilidade e do mal-estar de seus habitantes e da população em geral, contrariamente ao interesse nacional.*

Desta forma, reportando-se aos argumentos e às demonstrações com os respectivos fundamentos constitucionais e legais da presente manifestação jurídica, em razão dos insanáveis vícios da inconstitucionalidade e ilegalidade demonstrados, além das incompatibilidades com as diversificadas peculiaridades dos Municípios brasileiros, seguindo a ordem da matéria analisada, legitimamente impessoal, convicto, prudente, constitucional e juridicamente fundamentado é o nosso **APELO** à Comunidade Científico-Jurídica Nacional, às Universidade Públicas e Privadas, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Ministério Público, à Advocacia Pública (Federal, Estadual, Distrital e Municipal) e aos demais Representantes das Funções Essenciais à Justiça, aos Representantes do Poder Judiciário, aos Profissionais das Áreas das Ciências Urbanística e Ambientais, da Saúde, da Engenharia e da Arquitetura, da Ciência e da Tecnologia, às demais organizações governamentais e não-governamentais, para a *reabertura de novos debates, reflexões, estudos, interpretação científico-técnico-jurídica e novas elaborações indispensáveis às inadiáveis providências*, notadamente, *junto às Autoridades e aos Órgãos competentes* (CF, art. 103, I a IX) para a propositura da *ação direta de inconstitucionalidade* das normas da Lei em exame incompatíveis com a Constituição Federal citadas na presente manifestação, bem como a propositura da *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* da norma constitucional que proíbe, expressamente, usucapião em imóveis públicos (CF, art. 183, § 3º), perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (CF, arts. 102, I, a, 103, § 2º), ou *para a elaboração de lei*, visando à *expressa revogação das normas citadas e incompatíveis com as normas constitucionais regulamentadas, à complementação das normas insuficientes* em confronto com as normas constitucionais regulamentadas e ao *acréscimo das normas omissas* sobre a proibição do usucapião em imóveis públicos, sobre novos planos urbanísticos e um Capítulo sobre Infrações e Penalidades, perante o CONGRESSO NACIONAL (CF, arts. 21, IX, XV, XVIII, XX, XXI, 22, I, XI, 24, I, VI, VII, VIII, § 1º, c/c arts. 23, I, IV, VI, VII, IX, X, 48, IV,

49, X, XI, XVII, 182, 183, § 3º), tudo de forma compatível com a vigente Constituição Federal, com o aperfeiçoamento do Direito Urbanístico e o fortalecimento do Direito Positivo ao pleno desenvolvimento sustentável das cidades brasileiras, ambientalmente saudáveis, ao legítimo bem-estar de todos e ao equilibrado desenvolvimento do próprio País³⁹.

São Paulo, 15 de janeiro de 2008

Helita Barreira Custódio (**)

³⁹ Para melhores esclarecimentos, reporta-se às sugestões sobre o assunto, separadamente apresentadas com as respectivas fundamentações jurídico-constitucionais, em nossa manifestação jurídica sobre *Estatuto da Cidade e Incompatibilidades Constitucionais, Urbanísticas e Ambientais*, in FDUJA v.3/213, Ed. Fórum, Belo Horizonte-MG, ps. 232 a 234. Com as revisões e atualizações necessárias. In *Direito Ambiental Visto por nós Advogados*, Coordenadoras: Mário Wernick, Bruno Campos Silva, Henrique A. Mourão, Marcus Vinícius Ferreira de Moraes e Walter Soares Oliveira, Ed. DalRey, Belo Horizonte-MG, 2005, ps. 306 a 311.

(**) Doutora em Direito e Professora de Direito "LIVRE-DOCENTE" (tese *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*) pela Universidade de São Paulo-USP; Aperfeiçoamento em Ciências da Administração Pública com especialização em Direito Urbanístico (tese: *Natura Jurídica do Plano Regulatório Geral*) pela Universidade de Roma "LA SAPIENZA"; Especialização em Administração Municipal pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo "FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS"; Procuradora do Município de São Paulo, já com todos os direitos e vantagens inerentes ao Cargo conquistados; Ex-Advogada da CETESB-SP (junto à Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo); Ex-Assessora Judiciária do Supremo Tribunal Federal - STF (Brasília-DF); Membro do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário-CEPEDISA (órgão científico de apoio da Faculdade de Saúde Pública e da Faculdade de Direito da USP no campo do DIREITO SANITÁRIO); Membro Participante do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da USP; Membro Emérito da Comissão de Meio Ambiente da OAB-SP em reconhecimento dos relevantes serviços prestados em defesa da causa ambiental; Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito do Meio Ambiente-SOBRADIMA; Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública-IBAP; Membro do Instituto "O DIREITO POR UM PLANETA VERDE"; Membro da Associação Brasileira dos Advogados Ambientalistas-ABAA; Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil-APRODAB, HBC/jr.

A Força Vinculante das Diretrizes da Política Urbana

Odete Medauar

Professora Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O termo *diretrizes* no texto constitucional. 3. Diretrizes e normas gerais. 4. O alcance das diretrizes em matéria urbanística.

1. INTRODUÇÃO

Na 1ª edição de seu livro *Direito Urbanístico brasileiro*, de 1983, José Afonso da Silva afirmava que a Constituição Federal então vigente, a Emenda 1/1969, não dispunha especificamente sobre o Urbanismo. E informava que em 1978 tramitou no Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional objetivando atribuir expressamente à União a competência para legislar sobre normas gerais de desenvolvimento urbano, que seria o mesmo que normas gerais de Direito Urbanístico (p. 55). Essa proposta não prosperou.

O mesmo autor, na referida obra, aponta as bases para fixação de normas gerais de urbanismo, calcadas em preceitos atinentes a outros setores, os quais poderiam conter ou admitir matéria urbanística (p. 80-81). Um deles seria a defesa e proteção da saúde, cujas normas gerais o art. 8º, XVII, c, parte final, da Emenda 1/69, conferia à União. De modo implícito também se deduziria essa atribuição da competência para legislar sobre direito de propriedade e da competência para planejar e promover o desenvolvimento em nível nacional.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 apresenta-se panorama diferente, pois vem reservado um espaço significativo para a matéria urbanística, o mesmo ocorrendo com a matéria ambiental.

Deve-se notar que o Direito Urbanístico apareceu constitucionalmente como disciplina jurídica, no art. 24, I, o qual outorga competência à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre essa matéria. Trata-se, portanto, de legislação concorrente, cabendo, à União estabelecer as normas gerais, segundo determina o art. 24, §1º.

Os Municípios não vêm indicados no *caput* do art. 24, mas o art. 30, II, prevê sua competência para suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber.

A Constituição de 1988 abriga vários outros preceitos sobre matéria urbanística (p. ex.: arts. 21, IX, XX; 182 e §§; 183 e §§). Ao longo deste artigo serão ressaltados os dispositivos relacionados de modo mais imediato ao tema das diretrizes da política urbana.

2. O TERMO DIRETRIZES NO TEXTO CONSTITUCIONAL

A palavra *diretrizes* figura em alguns dispositivos constitucionais. Em matéria urbanística aparece no art. 21, XX, que atribui à União competência para instituir *diretrizes* para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Tal preceito vincula-se ao *caput* do art. 182, segundo o qual a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme *diretrizes* gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

No art. 21, XXI, aparece o termo, quanto à competência da União para estabelecer princípios e *diretrizes* do sistema nacional de viação. E também se encontra no art. 22, IX, na competência privativa da União para legislar sobre *diretrizes* da política nacional de transportes e no art. 22, XXIV, em igual competência, quanto às *diretrizes* e bases da educação nacional.

O art. 165, II, dispõe que lei de iniciativa do Executivo estabelecerá as *diretrizes* orçamentárias; e o §2º do mesmo artigo esclarece que a lei de *diretrizes* orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da

administração pública federal, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Por sua vez, o § 1º do art. 174 atribui à lei a fixação das *diretrizes* e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado.

No vernáculo, a palavra *diretrizes* denota o sentido de: linhas reguladoras; instruções ou indicações para se realizar um plano ou uma ação; orientação; linhas básicas; balizas; esquemas gerais. Ainda surge como sinônimo de diretivas.

Transposta para a fonte legislativa significa preceitos indicadores, preceitos que fixam esquemas gerais, linhas básicas, balizas em determinadas matérias; preceitos norteadores da efetivação de uma política. Tais prescrições norteadoras dirigem-se, em tese, a outros legisladores, a administradores ou ao intérprete em geral.

As leis de diretrizes contêm, de regra, objetivos, princípios (onde nem sempre o termo é usado na acepção técnico-jurídica), indicadores para elaboração de textos normativos daí decorrentes e para as práticas administrativas. Por vezes nestas leis incluem-se dispositivos de teor concreto ou disciplinadores de minúcias, surgindo a clássica discussão a respeito da separação entre o seja linha básica, esquema geral, de um lado, e minúcia ou especificidade, de outro. Nem sempre na teoria e na prática essa divisão mostra-se fácil e, salvo poucas hipóteses, de regra se opta por englobar todo o texto sob a égide de *diretrizes*. Tal discussão pode ser suscitada quanto ao Estatuto da Cidade, como se aventará em outro item.

3. DIRETRIZES E NORMAS GERAIS

A Constituição Federal também abriga dispositivos que atribuem à União a competência para legislar sobre *normas gerais* em determinadas matérias. Tal atribuição ocorre, por exemplo, no art. 21, XXVII – normas gerais de licitação e contratação.

Além disso, por força do §1º do art. 24, esta atribuição se apresenta para todas as matérias arroladas nos incisos do mesmo artigo, objeto de legislação concorrente – a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais.

Para Alice Gonzalez Borges "normas gerais são aquelas que, por alguma razão, convém ao interesse público sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que têm pertinência."¹

No entender de José Afonso da Silva, além da generalidade da aplicação, deve-se acrescentar o estabelecimento de princípios e balizas e a exigência de previsibilidade constitucional; quanto ao segundo aspecto afirma: "de regra as normas gerais não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros, à atuação legislativa da União, dos Estados e dos Municípios. Normas gerais são, portanto, normas de *leis*, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses previstas na Constituição, que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos Estados e dos Municípios."²

Inúmeras outras páginas se escreveram no Brasil a respeito do sentido de normas gerais, sobretudo para duas finalidades: a) distinguir os preceitos verdadeiramente genéricos dos preceitos de minúcia ou específicos, que fugiriam à competência da União; b) verificar possível invasão à esfera de competência de Estados e Municípios;

Ante as dificuldades de efetivar a distinção precisa entre normas gerais e normas específicas, de regra (como foi mencionado para as leis de diretrizes), e por facilidade prática, vem se aplicando o inteiro teor de um texto que fixa normas gerais, embora se apontem teoricamente, no seu conteúdo, inúmeros dispositivos sem essa natureza. Assim tem ocorrido, por exemplo, com a lei de licitações e contratos administrativos - Lei 8.666/93.

Tendo em vista que a Constituição Federal atribui à União ora competência para legislar sobre normas gerais, ora competência para legislar sobre diretrizes ou para instituir diretrizes, mostra-se cabível indagar a respeito da equivalência do teor dos respectivos textos que as expressam. Em outras palavras: as leis de diretrizes e as leis de normas gerais se equivalem? Diretrizes e normas gerais podem ser considerados termos similares para efeito da compreensão do alcance dos preceitos contidos nas respectivas leis?

¹ *Normas gerais no âmbito das licitações e contratos administrativos*. São Paulo: RT, 1991, p. 27.

² *Direito Urbanístico brasileiro*. 3ª ed., Malheiros, 2000, p. 63.

Para este efeito a resposta há de ser positiva. A consulta à doutrina, na busca da diferença ou similaridade, revela que se usa o termo *diretrizes* para conceituar as normas gerais ou se englobam as duas sob a rubrica de legislação principiológica. Assim, por exemplo, José Afonso da Silva no conceito de normas gerais supra citado diz serem *normas que traçam diretrizes*. Em outra obra, o mesmo autor arrola as normas gerais e as diretrizes sob a rubrica de legislação principiológica: " porque justamente a característica da *legislação principiológica* (normas gerais, diretrizes, bases) na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados."³ O referido autor nota, em outro ponto, que a Constituição Federal se mostra redundante quanto à este aspecto, citando como exemplo o art. 22, XXIV, que atribui à União competência para legislar sobre *diretrizes e bases da educação nacional* e o art. 24, IX, combinado com o §1º, em que se prevê a competência da mesma para legislar sobre *normas gerais de educação*, ressaltando, na sequência: "Não há nisso incoerência, como pode parecer. Legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional e sobre normas gerais de educação, somam, no fundo, a mesma coisa...Tudo somado, dá na mesma, com um dispositivo a mais sem necessidade".⁴

A respeito, Ferreira Filho observa: "Pode-se afirmar, e corretamente, que "normas gerais" são princípios, bases, diretrizes que não de presidir todo um subsistema jurídico".⁵

Em linha semelhante se manifesta Raul Machado Horta: "A repartição vertical de competências conduziu à técnica da legislação federal fundamental de normas gerais e de diretrizes essenciais, que recai sobre determinada matéria legislativa de eleição do constituinte federal"⁶

Por sua vez, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em clássico artigo sobre a competência concorrente, também emprega o termo *diretrizes* ao oferecer conceito de normas gerais, nos moldes seguintes: "Normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Esta-

³ *Curso de Direito constitucional positivo*, 27ª ed., 2006, p. 504.

⁴ *Op. cit.*, p. 503.

⁵ *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, Saraiva, 1990, p. 195.

⁶ *Estudos de direito constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 366.

dos-Membros na feitura de suas legislações, através de normas específicas e particularizantes”...⁷

4. O ALCANCE DAS DIRETRIZES EM MATÉRIA URBANÍSTICA

A Constituição Federal trata a competência em matéria urbanística de modo semelhante à competência em matéria educacional. O art. 24, I, diz caber à União, aos Estados e ao Distrito Federal *legislar sobre direito urbanístico*. E em virtude do §1º deste artigo, a competência da União, no âmbito da legislação concorrente, cinge-se às normas gerais.

De seu lado, o art. 21, XX, confere à União a tarefa de instituir *diretrizes para o desenvolvimento urbano*. Tal regra se vincula, sem dúvida, ao *caput* do art. 182, segundo o qual a política de desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Poder Público municipal, há de pautar-se por *diretrizes gerais* fixadas em lei.

Vê-se, então, que a Constituição Federal, em matéria urbanística, tanto se refere a normas gerais quanto a diretrizes, similantemente ao tratamento dado à atribuição legislativa educacional. Pertinente seria invocar as mesmas reflexões tecidas por José Afonso da Silva e reproduzidas acima quanto à redundância do legislador constituinte, no sentido de que legislar sobre normas gerais e legislar sobre diretrizes expressam, no fundo, a mesma coisa.

O mesmo autor, para a competência urbanística, expõe o seguinte: “Achamos que a referência a *diretrizes gerais fixadas em lei*, no art. 182, se liga também à competência indicada nos arts. 21, XX e 24, I e §1º. Quer dizer, as *diretrizes do desenvolvimento urbano*, mencionadas no art. 21, XX, devem ser veiculadas mediante *lei federal de normas gerais*, de que cogitam o art. 24, I e § 1º.”⁸

Revela-se, de forma clara, que as diretrizes de desenvolvimento urbano constantes do art. 21, XX, e as diretrizes gerais invocadas no art. 182, *caput*, se equiparam a normas gerais, quer se olhem as normas gerais como veículos de expressão das diretrizes, quer se considere a equiva-

⁷ Competência concorrente limitada. O problema da conciliação de normas gerais, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 100, out/dez. 1988.

⁸ *Direito Urbanístico brasileiro*, 3ª ed., 2000, p. 84.

lência sob o ângulo do conteúdo, centrado em esquemas, linhas mestras, balizas, orientações. Tal equivalência, para os fins de aplicabilidade, não significa esgotamento da competência da União para legislar sobre normas gerais de direito urbanístico.

Essa equivalência transporta para as diretrizes o mesmo alcance de que são dotadas as normas gerais, conforme se deduz do disposto no §4º do art. 24 da Constituição Federal; ao dizer que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário, a Lei Maior afirma a aplicação impositiva das normas gerais na legislação dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Neste sentido, reitera-se o ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no texto supra citado, ao conceituar normas gerais: "... deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas legislações, através de normas específicas e particularizadas..." Acrescentem-se os Municípios, sobretudo em matéria urbanística, visto serem os executores da política de desenvolvimento urbano, como determina o referido art. 182, *caput*.

Machado Horta igualmente afirma a obrigatoriedade das normas gerais sobre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no teor seguinte: "A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades estaduais. A lei de princípios servirá de molde à legislação local." ⁹

Desse modo, leis de normas gerais e leis de diretrizes têm alcance igual no tocante ao caráter impositivo e vinculante de seus preceitos, em tese, à legislação dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

As considerações acima repercutem na aplicabilidade da Lei 10.257, de 10.07.2001 – Estatuto da Cidade. Decorridos treze anos da promulgação da Constituição de 1988 e após onze anos de permanência no Congresso Nacional editou-se, no Brasil, a lei de diretrizes da política de desenvolvimento urbano. Sua ementa diz o seguinte: "Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências". O capítulo I denomina-se *diretrizes gerais*. O capítulo II arrola, sem exaustão, os *instrumentos da política urbana* e traz a disciplina linear de alguns. Segue-se o capítulo II, que

⁹ Op. cit., p. 368.

lança regras básicas sobre o *plano diretor*, um dos instrumentos da política urbana. O capítulo IV trata da *gestão democrática da cidade*. E, por fim, o capítulo V abriga *disposições gerais*.

Tendo em vista a estrutura do Estatuto da Cidade e sua ementa pode-se indagar se as diretrizes de desenvolvimento urbano, competência da União, abrangem o texto integral do Estatuto da Cidade ou dizem respeito somente aos dispositivos contidos no capítulo denominado *diretrizes gerais*?

Um primeiro impulso de conferir acepção restrita, para considerar como diretrizes de desenvolvimento urbano somente os arts. 1º, 2º e 3º, inseridos no capítulo intitulado *diretrizes gerais*, esbarraria em algumas dificuldades. Mesmo considerando que a ementa menciona não só as diretrizes gerais da política urbana, mas também a regulamentação dos arts. 182 e 183, o que levaria a uma segmentação dos seus preceitos em dois ou mais blocos, esta divisão não acarretaria efeitos quanto à aplicabilidade impositiva à legislação dos Municípios; os dispositivos alheios ao capítulo I também são vinculantes, porque a União é dotada de competência para dispor sobre normas gerais de direito urbanístico, de observância necessária na legislação dos outros entes federativos. Evidente que o Estatuto da Cidade destina-se precipuamente aos Municípios, executores diretos da política de desenvolvimento urbano. E por força do seu art. 51, aplica-se também ao Distrito Federal e seu Governador. Mas se Estados legislarem sobre matéria urbanística, deverão absorver as regras desse diploma.

Outra barreira ao sentido restrito encontra-se no seguinte: diretrizes de desenvolvimento urbano e diretrizes da política urbana se equívalem, visto que a fixação destas balizas traz subjacente a existência de uma política, de uma orientação na matéria. Daí a prescrição contida no art. 1º, *caput*, do Estatuto da Cidade: "Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei." Quer dizer, a Lei no seu inteiro teor.

E o parágrafo único reforça o entendimento da impositividade de todo o texto do Estatuto da Cidade, inclusive as diretrizes gerais, ao afirmar o seguinte: "Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental". As normas de ordem pública, fixadas pela União, não podem ser afastadas nem pela vontade dos particulares, nem por leis dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por isso, a nosso ver, as diretrizes da política ou desenvolvimento urbano não se limitam só ao capítulo I do Estatuto da Cidade, mas abrangem todo o texto. Mostra-se difícil, e mesmo impossível, separar as linhas norteadoras dos instrumentos e do modo de gestão da cidade. Quer as diretrizes gerais do capítulo I, quer os demais preceitos, todos se impõem à legislação municipal, inclusive aos planos diretores, aos planos e projetos decorrentes do plano diretor. Vinculam também a legislação urbanística dos Estados e do Distrito Federal.

Ante a competência da União prevista no texto constitucional, consagrada em três dispositivos, revela-se inadequada eventual alegação de centralismo, ou de invasão da autonomia municipal

Hoje, a Constituição brasileira trata de modo explícito e amplo da questão urbana, o que é algo de grande significação para a vida coletiva nas cidades. E o Estatuto da Cidade veio explicitar o delineamento trazido pelo texto constitucional, representando um avanço, seja no aspecto do próprio ordenamento jurídico do País, seja no tocante às possibilidades que oferece para a melhoria da convivência urbana.

Em outro estudo, ao comentar os arts.1º, 2º e 3º do Estatuto da Cidade, observamos: "Parece, então, possível que surjam questionamentos sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos, ante as dificuldades de se delimitarem, com precisão, os contornos das diretrizes e dos preceitos de minúcia. Mas deve-se lembrar que a Constituição de 1988 atribuiu à União a fixação dessas diretrizes. Por outro lado, nem sempre os Municípios, em especial os de menor porte, contam com pessoal técnico ou têm condições financeiras de contratar técnicos ou juristas para elaborar normas urbanísticas. O Estatuto da Cidade fornece, então, os parâmetros aos Executivos e Legislativos municipais na elaboração de suas leis e planos urbanísticos. Além do mais, melhor que invocar, a cada passo, a inconstitucionalidade deste ou daquele dispositivo, é buscar a aplicação e efetivação das diretrizes contidas no Estatuto da Cidade, para eliminar ou atenuar os graves problemas acarretados pelo caos urbano"¹⁰

¹⁰ *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários. RT, 2ª ed., 2004, p. 22-23.*

As Alterações do Processo de Execução de Títulos Extrajudiciais

Luis Antônio Giampaulo Sarro

Bacharel em Direito pela Faculdade Paulista da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pós-Graduado em Nível de Especialização em Direito Civil pela Faculdade de Direito São Paulo da Universidade de São Paulo.

Procurador do Município de São Paulo e advogado especializado em Direito Bancário e Securitório.

BREVE RESUMO:

A Lei Federal nº 11.382/2006, com vigência a partir de 21.01.2007, introduziu inúmeras alterações no Código de Processo Civil, na parte relativa ao processo de execução de título extrajudicial, com a finalidade de propiciar maior efetividade à execução.

O presente trabalho tem como objetivo a comparação entre as disposições anteriores e as alterações efetivadas no Código de Processo Civil pela nova Lei.

SUMÁRIO:

I – Introdução – II – Adaptações do CPC à Constituição Federal e à Lei nº 11.282/2005 – III – Das Principais Alterações no Processo de Execução de Título Extrajudicial – a) A Avaliação do Bem Penhorado pelo Oficial de Justiça – b) Do Dever das Partes de Comunicar a Alteração de Endereço – c) Autenticação de Cópias do Processo pelo Advogado – d) Das Modificações no Rol de Títulos Executivos Extrajudiciais – e) Do Dever do Executado de Indicar a Localização dos Bens Penhoráveis – f) Da Averbação no Registro de Imóveis de Certidão do Ajuizamento da Execução – g) Da Impenhorabilidade dos Bens – h) Do Prazo para Pagamento e Retirada do Direito de Nomeação de Bens pelo Devedor – i) Dos Honorários Advocatícios – k) Da Reserva da Meação do Cônjuge. l) Da Penhora e sua Ordem Legal – m) Do Depósito do Bem Penhorado – n) Do Pedido de Substituição, Ampliação ou Redução da Penhora – o) Dos Embargos. Efeitos e Desnecessidade de Garantia do Juízo – p) Da Adjudicação Como Meio Expropriatório Preferencial – q) Da Alienação Por Iniciativa Particular – r) Da Hasta Pública – s) Da Litigância de Má-Fé – t) Dos Embargos à Arrematação – IV – Da Conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 11.382/2006. Processo Civil. Execução de Títulos Extrajudiciais. Citação. Prazo. Penhora. Penhora "on line". Penhorabilidade. Impenhorabilidade. Embargos à execução. Efeitos dos embargos. Adjudicação. Alienação por iniciativa particular. Substituição de penhora. Pedido judicial de parcelamento. Multa. Litigância de Má-Fé. Embargos à arrematação.

I – INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 11.382/2006, com vigência a partir de 21.01.2007, introduziu inúmeras alterações no Código de Processo Civil, na parte relativa ao processo de execução de título extrajudicial, com a finalidade de propiciar maior efetividade à execução.

Algumas das alterações, entretanto, tiveram como objetivo a simples adequação das disposições do CPC à Constituição Federal de 1988 e à Lei nº 11.282/2005, que modificou o anterior processo de execução fundado em título judicial em fase de cumprimento de sentença.

O presente trabalho tem como objetivo permitir ao aplicador do direito uma comparação entre as disposições anteriores e as alterações efetivadas no Código de Processo Civil pela nova Lei.

Assim, passamos a destacar, a seguir, algumas das alterações trazidas pela Lei nº 11.382/2006.

II – ADAPTAÇÕES DO CPC À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEI Nº 11.282/2005

Como dissemos, algumas das alterações promovidas pela Lei nº 11.382/2006 implicaram em simples adaptações do Código de Processo Civil à Constituição Federal/1988 e à Lei nº 11.282/2005, que transformou o processo de execução fundado em título judicial em mera fase de cumprimento da decisão proferida no processo de conhecimento.

Com efeito, algumas disposições legais tiveram como objetivo a atualização do CPC à Constituição Federal, notadamente quanto à extinção do Tribunal Federal de Recursos e instalação do Superior Tribunal de

Justiça, como se pode verificar das redações dadas ao inciso IV do artigo 411 e ao inciso I do artigo 493.

Outras modificações, entretanto, visaram compatibilizar a lei processual civil com as alterações trazidas pela Lei nº 11.282/2005, que transformou em fase de cumprimento de sentença o processo de execução fundado em título judicial.

Neste sentido, houve fusão do conteúdo do "caput" do artigo 580 com o do seu parágrafo único, com conseguinte revogação deste; suprimiu-se a parte que remetia à hipótese do "direito reconhecido em sentença".

Em face das alterações introduzidas pela referida lei, o processo de execução por quantia certa contra devedor solvente passou a ser fundado apenas em título extrajudicial, não se justificando mais a disposição do artigo 583, que foi revogado.

Ao "caput" do artigo 586 acresceu-se o termo "de obrigação", sem alteração do seu conteúdo quanto aos requisitos dos títulos executivos (certeza, liquidez e exigibilidade).

O § 1º do artigo 586 foi revogado, em face das alterações promovidas pela Lei 11.232/2005, que passou a dispensar o início de processo de execução para o cumprimento de sentença.

O § 2º do artigo 586 foi também revogado, sendo que sua disposição já havia sido incluída no § 2º do artigo 475-I pela Lei nº 11.232/2005.

Da mesma forma, o artigo 587 foi modificado, alterando-se os conceitos de execuções definitiva e provisória.

No artigo 592, inciso I, foi eliminada a remissão à execução de "sentença proferida", passando a remeter à execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória.

O inciso I do artigo 614 foi também adaptado, eliminando do texto a parte relativa aos títulos judiciais, que passou para a fase de cumprimento de sentença, sem a necessidade de início de processo de execução.

A redação do inciso I do artigo 618 foi colocada em consonância com a alteração introduzida pela mesma lei no artigo 586 do CPC (acrescido o termo "obrigação"), passando a especificar o título executivo como "extrajudicial".

No "caput" do artigo 634, houve a substituição dos termos "credor" e "devedor", por "exeqüente" e "executado".

No artigo 651, houve simples substituição do termo “devedor” por “executado” e foi determinado que a importância da dívida a ser consignada seja “atualizada”.

A disposição do “caput” e de seu inciso II do artigo 684 foram mantidas.

No seu inciso I, foi substituído o termo “credor” por “exequente”, sem alteração de conteúdo.

O inciso III, que previa a dispensa de avaliação para os bens de pequeno valor, foi revogado pelo artigo 7º, inciso III, da Lei nº 11.382/2006.

No artigo 706, substituiu-se o termo “credor” por “exequente”, sendo que o termo “livremente escolhido”, que foi substituído por “indicado”, não era fruto de boa técnica legislativa.

O artigo 713 foi adaptado à nova definição de “Sentença”, dada pela Lei 11.232/2005 ao artigo 162, § 1º, segundo o qual “...é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.”

No artigo 718, houve a substituição do termo “devedor” por “executado” e “sentença” por “decisão que o conceda”, compatibilizando o dispositivo com as alterações introduzidas no Direito Processual Civil.

Em face das alterações introduzidas pela Lei nº. 11.232/2006, a execução com base em título judicial deixou de ser feita em processo autônomo e passou a corresponder à fase de cumprimento da sentença. Em consequência, o artigo 745 passou a se referir apenas à execução com base em título extrajudicial., deixando de se referir à disposição do artigo 741, que, a partir daquela lei, passou a tratar apenas da execução contra as Fazendas Públicas.

III – DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

a) A Avaliação dos Bens Penhorados pelo Oficial de Justiça.

A Lei nº 11.382/2006 acresceu o inciso V ao artigo 143, passando a ser atribuição também do oficial de justiça “efetuar avaliações”.

A mesma previsão está contida no § 1º do artigo 652, que igualmente impôs o dever ao Oficial de Justiça de proceder, independentemente

de provocação da parte interessada e após transcorrido o prazo acima, a penhora de bens e a sua avaliação, intimando da constrição, em seguida à lavratura do respectivo auto, o executado.

Da mesma forma, o artigo 680 passou a prever que a avaliação do bem penhorado é atribuição do Oficial de Justiça, a menos que aceito pelo credor o valor estimado pelo executado. Com tal medida, busca-se desonerar as partes, reduzindo as despesas com a execução. Nomear-se-á avaliador somente quando forem necessários conhecimentos técnicos.

Por ter passado a ser atribuição do Oficial de Justiça, o laudo de avaliação, conforme previsto na atual redação do artigo 681, integrará o auto de penhora, salvo se nomeado perito, passando o seu parágrafo único a se reportar a “avaliador”, em lugar de “perito”.

b) Do Dever das Partes de Comunicar a Alteração de Endereço.

Dentre as alterações, foi acrescido o parágrafo único ao artigo 238, atribuindo às partes o dever de comunicar ao Juízo sempre que houver atualização de endereço e firmando a presunção de validade das comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos.

Entendemos, em primeira análise, que tal presunção é relativa, admitindo-se, portanto, prova em sentido contrário.

c) Autenticação de Cópias do Processo pelo Advogado.

Salutar medida para a redução do custo processual foi a inserção do inciso IV ao artigo 365, permitindo ao advogado declarar autênticas as cópias reprográficas de peças do processo judicial, conforme, aliás, já dispunha o artigo 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

d) Das Modificações no Rol de Títulos Executivos Extrajudiciais.

O rol de títulos executivos extrajudiciais sofreu algumas modificações, como a correta exclusão do seguro de acidentes pessoais (artigo 585, inciso III), que não continha os requisitos da certeza e liquidez (artigo 586 do CPC), por depender da realização de perícia médica, para o estabelecimento do grau de perda de capacidade física, com base na qual apura-se o valor da cobertura securitária (“quantum debeatur”).

Por outro lado, houve a inclusão no rol dos créditos decorrentes de alugueres e de encargos e acessórios como as taxas e despesas con-

dominiais, bem como as certidões de dívida ativa, que já possuíam força executiva, nos termos da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais).

e) Do Dever do Executado de Indicar a Localização dos Bens Penhoráveis.

Foi acrescida, no inciso IV do artigo 600, a exigência de indicação dos bens existentes em nome do devedor, além de sua localização, e inserida a previsão de intimação da parte para a consideração da omissão como ato atentatório à dignidade da justiça. No mesmo sentido, foi prevista a intimação, no § 3º do artigo 652 (que, nos termos do § 4º, poderá ser na pessoa do advogado).

A possibilidade de intimação do executado, a qualquer tempo, para indicar bens passíveis de penhora permitirá, em caso de não atendimento, como já era possível no sistema anterior, considerar-se ato atentatório à dignidade da Justiça, com a possibilidade da incidência da multa fixada pelo Juiz, em montante não superior a vinte por cento (20%) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em benefício do credor, exigível na própria execução, nos termos do artigo 601 do CPC.

No § 1º do artigo 656 foi também previsto o dever do executado de indicar a localização dos bens sujeitos à execução, como ainda de exibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus. Foi imposta, também, abstenção de atitude que dificulte ou embarace a efetivação da penhora, sob pena de caracterização de ato atentatório à dignidade da Justiça.

f) Da Averbação no Registro de Imóveis de Certidão do Ajuizamento da Execução.

A Lei processual passou, agora, a admitir a possibilidade do credor, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto, para fins de caracterização de fraude à execução (artigo 593), prevendo, ainda, a indenização à parte contrária por litigância de má-fé (artigo 18 do CPC), em caso de indevida averbação (§§ 3º e 4º).

g) Da Impenhorabilidade dos Bens.

No artigo 649, que trata dos bens absolutamente impenhoráveis, houve uma reformulação das hipóteses que recebem a proteção legal, com

a manutenção do inciso I ("bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução").

Houve a exclusão da hipótese do inciso II, que protegia "as provisões de alimentos e de combustíveis, necessários à manutenção do devedor e de sua família durante um (1) mês, com a substituição pelos bens móveis que guarnecem a residência do executado, em consonância com a Lei nº 8.009/90.

No inciso III, foi suprimida a proteção legal ao "anel nupcial e os retratos de família", com a inclusão dos "vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor.

No inciso IV do artigo 649, foram ampliadas as hipóteses de impenhorabilidade de recebimentos de valores pelo devedor, ficando excetuada, entretanto, a penhora para pagamento de prestação alimentícia, nos termos do § 2º do mesmo artigo.

O inciso V passou a abrigo a mesma hipótese do antigo inciso VI (bens necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão).

Para o inciso VI, passou a proteção legal ao "seguro de vida", que antes estava abrigado pelo inciso IX.

A proteção legal prevista no anterior inciso VII ("as pensões, as tenças ou os montepios...") passou a integrar a hipótese do atual inciso IV (agora, com maior abrangência). Em seu lugar, foi mantida a proteção aos "materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas", antes prevista no inciso VIII.

Para o inciso VIII, foi transportada a hipótese antes contida no inciso X (proteção ao imóvel rural), com alteração em sua definição.

Com a transposição do "seguro de vida" para o inciso VI, foi incluída no inciso IX a proteção legal aos "recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social."

No inciso X, foi inserida a proteção da impenhorabilidade às quantias depositadas em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos.

O § 1º do artigo 649 excetua da impenhorabilidade a cobrança do crédito concedido para a aquisição do próprio bem.

No § 2º, é excluído da proteção legal o bem penhorado para pagamento de prestação alimentícia.

O § 3º do artigo 649 do PL 51/2006, que foi vetado, continha a seguinte redação: "Na hipótese do inciso IV do *caput* deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios."

Por meio da Mensagem nº 1, de 6 de dezembro de 2006, o Presidente da República apresentou as seguintes razões de veto ao § 3º do artigo 649:

"O Projeto de Lei quebra o dogma da impenhorabilidade absoluta de todas as verbas de natureza alimentar, ao mesmo tempo em que corrige discriminação contra os trabalhadores não empregados ao instituir impenhorabilidade dos ganhos de autônomos e de profissionais liberais. Na sistemática ao Projeto de Lei, a impenhorabilidade é absoluta apenas até vinte salários mínimos líquidos. Acima desse valor, quarenta por cento poderá ser penhorado.

A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração. Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral."

Já o parágrafo único do artigo 650, que igualmente foi vetado pela Presidência da República, continha a seguinte redação: "Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade."

Ainda por meio da Mensagem nº 1, de 6 de dezembro de 2006, o Presidente da República apresentou as seguintes razões de veto ao parágrafo único do artigo 650:

"Na mesma linha, o Projeto de Lei quebrou o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família, ao permitir que seja alienado o de valor superior a mil salários mínimos, caso em que,

apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade'. Apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a Lei nº 8.009, de 1990, que 'dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família', no sentido da impenhorabilidade do bem de família independentemente do valor. Novamente, avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a reabertura do debate a respeito mediante o veto ao dispositivo."

h) Do Prazo para Pagamento e Retirada do Direito de Nomeação de Bens pelo Devedor.

No artigo 652, foi ampliado para três (3) dias o prazo para o executado pagar a dívida, a partir da citação, tendo-lhe sido retirado o direito de nomeação de bens à penhora.

No § 2º do referido artigo, passa a lei a prever a possibilidade do credor indicar bens à penhora já na petição inicial. A lei anterior não previa, mas não impedia, o credor de indicar, já na inicial, os bens a serem penhorados, porém, tal procedimento somente surtiria efeito em caso de não nomeação à penhora ou de declaração de sua ineficácia.

Suprimiu-se do "caput" do artigo 655 a possibilidade do devedor nomear bens e, ao ser inserido o advérbio "preferencialmente", o Legislador adotou o posicionamento firmado pelo STJ no sentido de que a ordem estabelecida pelo artigo 655 não tinha caráter rígido.

No artigo 745-A, a lei traz como novidade a possibilidade do devedor purgar a mora em até seis parcelas, desde que deposite, no prazo estabelecido, 30% (trinta por cento) do valor em execução, acrescido dos encargos sucumbenciais.

O § 2º do artigo 745-A traz previsão semelhante ao disposto pelo artigo 475-J, com a alteração trazida pela Lei 11.232/2005 (cumprimento de sentença judicial), impondo ao devedor a multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas, impedindo a oposição de embargos, em face do reconhecimento do crédito do exequente, conforme disposto no "caput".

i) Dos Honorários Advocatícios.

Foi inserido no CPC o artigo 652-A, prevendo a fixação de honorários no despacho inicial da execução. O arbitramento dos honorários em

execução já vinha sendo efetivado com base no artigo 20, § 4º, do CPC, a partir da Lei 8.952, de 13.12.94, que acrescentou ao texto primitivo “e nas execuções, embargadas ou não”.

A previsão de redução da verba pela metade, prevista no parágrafo único do referido artigo, visa incentivar o pronto pagamento da dívida.

k) Da Penhora e sua Ordem Legal.

A nova lei estabeleceu outra classificação da ordem legal preferencial da penhora.

A redação original do § 1º e seus incisos foi excluída do artigo 655, tendo em vista a eliminação, no novo texto legal, do direito de nomeação de bens à penhora pelo devedor. Os incisos, porém, passaram a fazer parte do parágrafo único do artigo 668, que garante ao executado o direito de requerer a substituição da penhora nas condições que especifica.

A redação dada pelo § 1º do artigo 655 da nova Lei, ao inserir o advérbio “preferencialmente”, tornou menos rígida a regra de ser executada em primeiro lugar a garantia real contratual. A norma passou a prever, também, expressamente a intimação da penhora do terceiro garantidor.

A intimação da penhora do cônjuge do executado, contida no § 2º do artigo 655 da nova Lei, já era prevista pelo parágrafo único do artigo 669, que foi expressamente revogado.

A penhora de valores existentes em contas bancárias e em aplicações financeiras, agora expressamente prevista (artigo 655, inciso I), já vinha sendo admitida pela Jurisprudência, tendo ganhado maior força a partir do convênio firmado entre o STJ e o BACEN, que passou a permitir a penhora “on line”, a exemplo do que já ocorria no âmbito da Justiça do Trabalho.

A limitação contida no § 1º do artigo 655-A, quanto à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução, apesar de óbvia, faz-se necessária, a fim de evitar-se que haja o bloqueio indiscriminado de quantias superiores ao valor em execução, com injustificada quebra do sigilo bancário.

O § 2º do artigo 655-A fixa ao devedor o ônus da prova do enquadramento de quantias penhoradas às hipóteses contidas no inciso IV do artigo 649, para estabelecer a sua impenhorabilidade.

A Jurisprudência já vinha admitindo a penhora de percentual sobre o faturamento de empresas (REsp nº 36.535-0-SP), agora expressamente incluída no rol do artigo 655 (inciso II).

Como já afirmado, pela nova sistemática processual, o devedor não tem mais o direito de nomear bens a penhora. Por isso, em lugar da previsão de ineficácia da nomeação, a redação do artigo 656 passou para as hipóteses em que será possível a substituição da penhora. Pela mesma razão, o artigo 657 foi modificado em sua redação, passando a prever a lavratura de termo de substituição da penhora, ouvida a parte contrária em 3 (três) dias.

O § 2º do artigo 656 prevê a possibilidade de substituição da penhora por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor superior em pelo menos 30% (trinta por cento) sobre o montante do débito.

No § 3º do referido artigo, foi prevista a expressa anuência do cônjuge como condição para o oferecimento de imóvel em substituição de penhora.

A retirada do direito do devedor nomear bens à penhora exigiu a modificação, ainda, do artigo 659, limitando-se o seu "caput" a prever a incidência da penhora em tantos bens quantos bastem ao pagamento do principal e consectários legais.

No § 1º do artigo 659, repete a nova lei que a penhora ocorrerá onde se encontrem os bens; porém, houve substituição da previsão de localização de bem em "repartição pública" pela "posse, detenção ou guarda de terceiros."

Os §§ 2º, 3º e 5º do artigo 659 foram mantidos em sua redação original e no § 4º do artigo 659 houve a substituição da menção ao artigo 669, em face de sua revogação, pelo artigo 652, § 4º, para onde foi transportada a previsão de intimação do devedor. Foi, ainda, corrigida a previsão de "registro" para "averbação" da penhora.

Foi incluído o § 6º ao artigo 659, prevendo a penhora de numerário ("on line") e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis por meio eletrônico, em conformidade com a nova Lei nº 11.419, de 19.12.2006, que dispõe sobre a informatização no processo judicial.

I) Da Reserva da Meação do Cônjuge.

Art. 655-B resguarda o direito de meação do cônjuge alheio à execução apenas sobre o produto da alienação do bem. Tal disposição vem a possibilitar a alienação em hasta pública da integralidade de bem indivi-

sível, resguardando-se o direito à meação sobre o produto obtido, como admitia parte da Jurisprudência. A constrição judicial apenas sobre a cota parte do devedor tornava de difícil liquidez a alienação judicial, por não despertar interesse de possíveis licitantes.

m) Do Depósito do Bem Penhorado.

No artigo 666, o depósito do bem penhorado em mãos do executado deixou de ser o primeiro critério da lei processual, embora estivesse submetido à concordância do credor.

Os incisos I e II do artigo 666 foram mantidos pela nova Lei processual e o seu § 1º prevê a possibilidade de depósito do bem penhorado em poder do executado, mediante expressa anuência do exeqüente ou em caso de difícil remoção.

A previsão de prisão do depositário infiel nos próprios autos da execução, prevista no § 3º do artigo 666, está de conformidade com a Súmula n. 619 do STF.

n) Do Pedido de Substituição, Ampliação ou Redução da Penhora.

Com base no artigo 668, o executado pode, no prazo de dez dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exeqüente e será menos onerosa para ele devedor (artigo 620 do CPC). Ao referir-se também ao artigo 17, incisos IV e VI, do CPC, o referido "caput" adverte o devedor quanto a eventual possibilidade de seu pedido caracterizar litigância de má-fé.

Mediante tal disposição, somente o executado poderá requerer a substituição da penhora, não mais o seu responsável, como previsto pela redação anterior. Além disto, a substituição não estará mais restrita a dinheiro.

o) Dos Embargos. Efeitos e Desnecessidade de Garantia do Juízo.

No artigo 736, deixou de ser requisito de admissibilidade dos embargos a garantia do Juízo, que era exigida pelo artigo 737, ora revogado.

Ao encaminhar o Projeto de Lei ao Legislativo, o Presidente da República justificou, na exposição de motivos, que a retirada da exigência da garantia do Juízo tinha como finalidade eliminar a possibilidade da interposição da exceção de pré-executividade.

A subsistência da exceção de pré-executividade após as alterações do Código de Processo Civil ainda é questão controvertida na Doutrina. Porém, no que tange à execução de título extrajudicial, não há dúvida de que a retirada da exigência da garantia do Juízo para a admissão dos embargos à execução, em termos práticos, restringiu as hipóteses de sua interposição. É que os embargos à execução têm caráter mais abrangente e a sua eventual não apresentação no prazo legal implicaria em preclusão temporal, de tal forma que, entre a escolha de um e de outro, melhor será para ao devedor optar por ele, para não correr o risco da consumação da preclusão.

O parágrafo único do artigo 736 prevê a distribuição dos embargos por dependência, com autuação em apartado e instruídos com cópias referidas no § 1º do artigo 544, que trata do agravo de instrumento de despacho denegatório dos recursos extremos, o qual estabelece, em sua parte final, o dever de dele constar "obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópias do acórdão recorrido, da certidão da respectiva intimação, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. As cópias das peças do processo poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal."

Na atual redação do artigo 738 foi aumentado o prazo de 10 (dez) para 15 (quinze) dias para a interposição dos embargos, fixando como termo inicial a data da juntada aos autos do mandado de citação, com a expressa revogação dos incisos I a IV do artigo 738 pelo artigo 7º, inciso III, da Lei nº 11.383/2006.

No seu § 1º, ficou mantida a regra de ser o prazo contado individualmente para cada executado (salvo tratando-se de cônjuge), não se aplicando o critério da juntada aos autos do último mandado de citação do processo de conhecimento.

O § 2º prevê a comunicação imediata da citação ao Juízo Deprecante, inclusive por meio eletrônico, contando-se o prazo da juntada aos autos da referida comunicação.

O § 3º estabelece que não se aplica o disposto pelo artigo 191 aos embargos do executado, conforme entendimento da doutrina e da jurisprudência.

Os embargos deixaram de ter, como regra, o efeito suspensivo (artigo 739-A). E mesmo que haja concessão de efeito suspensivo (quando presentes os pressupostos do § 1º do referido artigo) não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens (§ 6º do artigo 739-A).

O § 2º do mesmo artigo estabelece a revisão a qualquer tempo da decisão sobre os efeitos dos embargos e o § 3º do artigo 739-A que a execução só se suspende, quando concedido tal efeito aos embargos, em relação à parte atacada pelos embargos.

A arguição de excesso de execução, prevista pelo § 5º do citado artigo, exige que o devedor demonstre, por cálculo, o valor correto da dívida, sem o que os embargos não serão conhecidos.

No artigo 740, foi alterado o prazo para a impugnação dos embargos de 10 (dez) para 15 (quinze) dias. A disposição do parágrafo único passou para o "caput", com a remissão ao artigo 330, que trata do julgamento antecipado da lide.

p) Da Adjudicação Como Meio Expropriatório Preferencial.

A expropriação forçada de bens do devedor, a que se refere o artigo 646, para a satisfação do direito do credor, passou a ter como prioridade, nos termos do art. 647, em primeiro lugar, a adjudicação em favor do exeqüente ou das pessoas indicadas no § 2º do art. 685-A (inciso I), em segundo, a alienação por iniciativa particular (inciso II), passando do primeiro para o terceiro lugar a alienação em hasta pública (inciso III) e, em último, o usufruto de bem móvel ou imóvel (inciso IV).

Com as alterações introduzidas pela nova Lei, o artigo 686 passou a prever que a adjudicação antecederá a arrematação, da mesma forma que a alienação particular, evitando, assim, a publicação de editais para a hasta pública.

O artigo 685-A e seus §§ prevêm a possibilidade do exeqüente adjudicar os bens penhorados, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, devendo depositar a diferença, quando estes tiverem maior valor do que o crédito. A sistemática é a mesma da Lei anterior.

O artigo 685-B considera a adjudicação perfeita e acabada com a lavratura e assinatura do auto, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel.

q) Da Alienação Por Iniciativa Particular.

O artigo 685-C e seus §§ prevêm a possibilidade do exeqüente, em não havendo adjudicação dos bens penhorados, requerer a sua alienação por sua própria iniciativa ou por corretor credenciado.

Com a previsão de alienação particular do bem penhorado, o artigo 700 perdeu a razão de ser, motivo pelo qual foi expressamente revogado pelo artigo 7º, inciso IV, da Lei nº 11.383/2006.

r) Da Hasta Pública.

Segundo o artigo 686, não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública, que deverá conter os requisitos indicados em seus incisos.

Ficou explicitado, no inciso IV do referido artigo, que a praça destina-se à alienação de bens imóveis e o leilão de bens móveis.

Foram mantidos os incisos V e VI, assim como os §§ 1º e 2º, sendo que, no § 3º, foi aumentado para 60 vezes o valor do salário mínimo o limite abaixo do qual dispensa-se a publicação de editais.

Também mantidas as disposições do “caput” e do § 1º do artigo 687, no seu § 2º, contudo, foi acrescida a possibilidade de publicidade por meios eletrônicos de divulgação.

No § 5º do mesmo artigo, a intimação do executado da realização da hasta pública passará a ser feita, em primeiro lugar, por intermédio de seu advogado, o que facilitará a formalização do ato, nos casos em que houver advogado constituído.

Foi inserido no CPC o artigo 689-A, que institui no Sistema Processual Civil a possibilidade de substituição da hasta pública por alienação realizada via rede mundial de computadores. Tal procedimento poderá reduzir o custo da execução, evitando a publicação de editais.

O § 1º do artigo 690 prevê a possibilidade de aquisição de imóvel em prestações, mediante proposta escrita não inferior ao valor da avaliação, com oferta de pelo menos 30% (trinta por cento) à vista, com garantia hipotecária sobre o saldo remanescente. Semelhante disposição já constava do artigo 700, que foi revogado.

Houve alteração no artigo 693, eliminando-se o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a lavratura do auto de arrematação, que doravante deverá ser providenciado de imediato, tendo sido a ele acrescido o parágrafo único, estabelecendo que a ordem de entrega do bem móvel ou a carta de arrematação do imóvel será expedida após o depósito ou prestadas as garantias pelo arrematante.

O parágrafo único do artigo 694 passou a § 1º e seus dois primeiros incisos foram mantidos com a mesma redação.

Já no seu inciso III, houve alteração do prazo de 3 (três) para 5 (cinco) dias para o arrematante provar a existência de ônus real ou de gravame não mencionado no edital.

No inciso IV, admite-se que o arrematante requeira que a arrematação seja tornada sem efeito, em caso de embargos à arrematação.

A mesma possibilidade ocorre no inciso V, quando a arrematação for realizada por preço vil. Prevê o artigo 692 que "Não será aceito lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil."

No § 2º do artigo 694, previu-se que o executado, se procedentes os embargos, terá direito ao valor recebido pelo exequente como produto da arrematação, bem como à diferença, quando a quantia recebida for menor que o valor do bem.

O artigo 695 impõe a perda da caução e a volta dos bens a nova hasta pública, se o arrematante ou seu fiador não pagarem o preço no prazo estabelecido. O prazo poderá ser de até 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 690. À título de sanção em caso de não pagamento, a perda da caução passou a substituir a multa de 20% (vinte por cento).

O inciso IV do artigo 686 passou a definir quando ocorre a praça (alienação de imóvel) e o leilão (bem móvel), razão pela qual o artigo 697 foi expressamente revogado pelo inciso IV do artigo 7º da Lei nº 11.382/06.

A adjudicação ou alienação de bem está condicionada à cientificação, em prazo não inferior à 10 (dez) dias, do senhorio direto, do credor com garantia real, com a inclusão, também, do credor com penhora anteriormente averbada, passando a intimação a realizar-se por qualquer modo idôneo.

s) Da Litigância de Má-Fé.

Foi inserido no CPC o artigo 739-B, que prevê expressamente a cobrança, no próprio processo de execução, em autos apartados, de multa ou de indenizações por litigância de má-fé, admitindo-se a compensação ou a execução.

A previsão da multa, contida parágrafo único do artigo 740, visa evitar embargos de caráter meramente procrastinatório, buscando tornar mais efetiva a execução.

No § 3º do artigo 746, foi inserida mais uma imposição de multa, com o objetivo de inibir a interposição de embargos meramente protelatórios.

t) Dos Embargos à Arrematação.

Na redação do artigo 746, o prazo para a interposição de embargos à arrematação ou à adjudicação foi reduzido para 5 (cinco) dias, admitindo a sua interposição em caso de nulidade da execução ou por causa extintiva da obrigação (optou o legislador por se referir a "causa extintiva da obrigação", em lugar de enumerá-las, como anteriormente), desde que superveniente à penhora.

Vale ressaltar que o § 1º permite a desistência do adquirente do bem em caso de oferecimento de embargos à arrematação ou à adjudicação e garante o § 2º o levantamento do depósito feito pelo adquirente, em caso de desistência.

IV – DA CONCLUSÃO

Do confronto das disposições legais alteradas pela nova Lei, constata-se que, além de cuidar da adequação do Código de Processo Civil à Constituição Federal/88 e às disposições da Lei Federal nº 11.282/2005, as alterações trazidas pela nova Lei introduziram no processo de execução de títulos extrajudiciais algumas novidades relevantes, como a possibilidade de avaliação dos bens penhorados pelo Oficial de Justiça, o dever das partes de comunicar ao Juízo a alteração de endereço, a possibilidade do advogado de autenticar cópias extraídas dos autos judiciais, o dever do executado de indicar a localização dos bens penhoráveis, a possibilidade de averbação no Registro de Imóveis de certidão do ajuizamento da execução, a reformulação das hipóteses de impenhorabilidade dos bens, a retirada do direito de nomeação de bens pelo devedor, a nova classificação da ordem legal preferencial de penhora, a possibilidade de alienação do bem penhorado por inteiro, com a reserva do direito de meação do cônjuge sobre o produto da venda, o direito de substituição, ampliação e redução da penhora, a retirada do efeito suspensivo, em regra, dos embargos à execução, a desnecessidade de garantia do Juízo, para a admissão dos embargos, a adjudicação como meio expropriatório preferencial, a alienação dos bens penhorados por iniciativa particular e a inserção de novas hipóteses de multa por litigância de má-fé, dentre outras.

Não há dúvida de que o objetivo principal do Legislador foi o de tornar mais efetivo o processo de execução, para, quiçá, assegurar a todos o direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, inseridos na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário).

Contudo, o tempo dirá se os objetivos da reforma serão atingidos, ainda que em parte, pelo menos é o que se espera.

Improbidade Culposa – Um Contra-Senso.

Marcos Roberto Franco

Advogado, Procurador do Município de São Paulo, Chefe da Assessoria Técnica e Jurídica da Secretaria Municipal de Negócios Jurídicos de São Paulo.

Sumário: 1. Introdução – Conceituação – 2. Culpa x Improbidade – 3. Do Entendimento Doutrinário – 4. Do Entendimento Jurisprudencial – 5. Da Desproporcionalidade da Sanção Prevista – 6. Conclusão – 7. Referências Bibliográficas.

Resumo: O trabalho ora apresentado é fruto da experiência profissional adquirida em período em que atuei como Procurador Chefe da Unidade do Departamento Judicial, da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, responsável, entre outras atividades, em propor e/ou atuar nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, o que me levou a estudar com olhar mais atento as várias nuances e implicações práticas e acadêmicas da Lei 8.429/92, especialmente a situação contraditória criada pela previsão do artigo 10 da mencionada Lei, quando previu a possibilidade de apenamento do agente por ato de improbidade administrativa mesmo tendo agido de forma culposa.

Palavras-chave: Improbidade – culposa – inconstitucionalidade -

1 – Introdução - Conceituação

Sem prejuízo da evidente possibilidade da condenação do agente público na obrigação de reparar o dano causado ao erário, por meio de ação cível apropriada, e da responsabilização funcional de servidores envolvidos em atos de improbidade administrativa, merece relevo a discus-

são acerca da possibilidade jurídica do apenamento de sujeito que incorre, de modo culposo, nas prescrições da Lei 8.429/92.

A questão é de elevado interesse jurídico e exige minuciosa ponderação, sendo oportuno destacar desde já que a Doutrina mais recente e abalizada e a Jurisprudência, levando em conta o espírito da Lei e a exata noção do que realmente seja a "improbidade administrativa", têm firmado entendimento no sentido de que há incongruência entre os conceitos de conduta ímproba e ação culposa.

Não se pode, porém, enfrentar o tema, sem ter em mente a correta conceituação do que seja "improbidade administrativa".

Na obra intitulada "Probidade Administrativa", o professor Marcelo Figueiredo, que leciona Direito Constitucional na PUC/SP, ministra o seguinte ensinamento:

"Improbidade: Do latim improbitate. Desonestidade. No âmbito do Direito o termo vem associado à conduta do administrador amplamente considerado. Há sensível dificuldade doutrinária em fixar-se os limites do conceito de "improbidade". Assim, genericamente, comete maus-tratos à probidade o agente público ou o particular que infringe a moralidade administrativa." (ob. cit., 5ª edição, pg. 41 – ed. Malheiros)

O professor Alexandre de Moraes, que atualmente compõe o Conselho Superior da Magistratura ensina que:

"Atos de Improbidade Administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e definitivamente tipificada em lei federal, ferem diretamente ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público." (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Ed. Atlas. 2002, pg. 2.610)

Para Ives Gandra, citado por Mauro Roberto Gomes de Mattos na obra "O Limite da Improbidade Administrativa"¹

"É irresponsável aquele que macula, tísna, fere, agride a moralidade pública, sendo ímprobo administrador, favorecendo terceiros,

¹ Ob. Cit. 2ª edição, pg. 05. Editora América Jurídica.

*praticando concussão ou sendo ímprobo administrador, ou sendo instrumento de corrupção.*²

Por sua vez, Marino Pazzaglini Filho, no livro "Lei de Improbidade Administrativa Comentada", de forma contundente declara:

*"A improbidade administrativa, sinônimo jurídico de corrupção e malversação administrativa, exprime o exercício da função pública com desconsideração aos princípios constitucionais expressos e implícitos que regem a administração Pública."*³ g.n.

Da obra "Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público"⁴ podemos extrair que :

"Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designatório técnico para a chamada corrupção administrativa, que sob diversas formas promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo tráfico de influência nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento do interessados da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos". (ob. cit. pgs.5 e 6; 2ª edição, ed. América Jurídica)

Os conceitos supratranscritos nos conduzem com muita segurança a noção de que a improbidade administrativa, do ponto de vista técnico-jurídico, é conduta afeta ao desonesto, ao corrupto, ao nefasto, ao sujeito que intenta contra o erário, que se apropria ilicitamente do que é público ou permite que outros possam auferir vantagem indevida em prejuízo da Administração.

A improbidade administrativa, segundo se depreende, é inerente à pessoa que se conduz desprovido de princípios éticos, com desvio de caráter, com ânimo torpe em relação aos bens que lhe são confiados.

Especificamente no caso da Lei 8.429/92, o legislador pretendeu enquadrar a conduta daquele que, desprovido de altivez moral, se sujeita

² In: Aspectos Procedimentais do Instituto jurídico do impeachment e conformação com a figura da improbidade administrativa – RT 663/205.

³ Ob. Cit. pg. 16, Editora Atlas, 1ª edição.

⁴ Ob. Cit. Autor: Waldo Fazzio Jr., Editora Atlas – 3ª edição – pg. 36.

às condutas descritas pela norma, utilizando-se da relação que mantém com o Estado em prejuízo deste.

Esta, portanto, é a mens legis da denominada “Lei de Improbidade Administrativa”, qual seja, tipificar e punir a conduta daquele que, utilizando-se do vínculo com o Poder Público, agindo desonestamente e sem limites éticos ou morais se enriquece ilicitamente, causa prejuízo ao erário ou atenta contra os princípios da Administração Pública.

2 – Culpa x Improbidade

Norteados por tal conceituação, não podemos fugir da reflexão que nos interessa no caso. Se a improbidade administrativa é conduta evada e maculada pela desonestidade e pela imoralidade, seria possível uma conduta típica improba por ato culposos, ou seja, sem intenção?

Em outras palavras, seria concebível uma desonestidade sem intenção?

Tal discussão seria desprovida de maiores ilações não fosse o fato de que o artigo 10 da norma em comento prevê de forma expressa que: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa...”

Muito embora legislação posta, causa perplexidade referida previsão legal.

Data vênia, como se demonstrará, não se coaduna tal normatização com o conceito de improbidade doutrinariamente concebido. Não me parece ter sido o espírito do legislador a proteção simplista do erário frente aos prejuízos eventualmente experimentados, pois, para condutas causadoras de lesões patrimoniais, provocadas por agentes públicos (ou não), sempre existiu a via reparatória cível, agora prevista no artigo 186 do Código Civil, ficando o agente público desidioso sujeito, ainda, às sanções na órbita Administrativa (procedimento disciplinar).

A interpretação sistemática da Lei 8.429/92 e a análise contextual da norma nos remetem insofismavelmente ao caráter de combate à corrupção que se pretendia implementar com a decantada “Lei de Improbidade”.

O móvel do legislador, incontestavelmente, foi o de punir mais severamente os casos de dilapidação da coisa pública, provocada pela horda de sujeitos inescrupulosos que insistentemente tomam de assalto o Estado.

Neste contexto, a figura da "improbidade culposa", prevista no artigo 10 da norma em comento, surge como um anacronismo, como um corpo estranho, levando a crer que o legislador disse mais do que queria dizer.

Tal incongruência legislativa não tem passado ao largo da análise Doutrinária e Jurisprudencial.

3 – Do Entendimento Doutrinário

No livro "Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais"⁵, coordenado pelos professores Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, o ex-Procurador Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, ao abordar o tema explicita:

"Pode-se, pois, conceituar improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilícitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário.

É essa qualificadora da imoralidade administrativa que aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente.

É de José Afonso da Silva a afirmação de que "todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa, mas nem sempre a lesão ao patrimônio público pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, por não estar a conduta do agente, causador da lesão, marcada pela desonestidade. (g.n.)

Assim, a conduta de um agente público pode ir contra o princípio da moralidade, no seu estrito sentido jurídico-administrativo, sem, contudo, ter a pecha de improbidade, dada a ausência de comportamento

⁵ "Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais" : 2ª edição. Editora. Malheiros, pgs. 107/111.

desonesto – atributo, esse, que distingue a espécie (improbidade) do gênero (moralidade).”

Com base nesta linha de pensamento o ilustre jurista sustenta de forma taxativa:

“Todavia, a Lei 8.429/92, prevê, em seu artigo 10, como sendo ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação culposa “que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbarateamento {sic} ou dilapidação dos bens ou haveres de entidades públicas”

Estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão “culposa”, inserida no caput do artigo 10 da lei em foco, é inconstitucional.” (pg. 108)

“Desonestidade implica conduta dolosa, não se coadunando, pois com o conceito de improbidade a conduta meramente culposa.”

O professor Marcelo Figueiredo, na obra já mencionada acima, corrobora e reforça o entendimento supra transcrito:

“De fato, ao deitarmos alguma reflexão sobre o dispositivo comentado, certas apreensões nos vêm à mente. A primeira relativa à elasticidade do conceito legal de ato de improbidade administrativa. É certo que a Constituição (art. 37, § 4º) determina que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei. Contudo, a lei integradora da vontade constitucional foi além do razoável ao dispor que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa (...)”. Ao que parece, o legislador infraconstitucional levou longe demais o permissivo da Lei Maior, ausentes a proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. Assim, se não inconstitucional, o dispositivo deve ser interpretado conforme a constituição.

Em síntese, imaginemos dada omissão culposa (involuntária, portanto) do agente público causadora de pequena lesão ao erário. Para a lei há ato de improbidade administrativa, e tollitur quaestio. Será crível afirmar-se

que tal agente terá seus direitos políticos cassados por força da lei, perderá a função pública, terá seus bens indisponíveis, etc., etc., etc. parece que a conclusão do raciocínio aponta para o absurdo, indicando o erro exegético. Enfim, é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional. A preocupação não é meramente acadêmica ou fruto de devaneio intelectual. Ao contrário, o agente que violar o art. 10 sofrerá as consequências do art. 12, I – aliás, enérgicas, como veremos mais adiante. Tal linha de raciocínio, segundo cremos, deve presidir a interpretação de toda lei, que falha, ora por erros de redação, má técnica, ora pelo conteúdo. Propõe-se a aplicação dos princípios do devido processo legal em sentido substancial, da proporcionalidade, da proibição de excesso e da racionalidade, como meio de se evitar situações arbitrárias.” (p. 102 e 103 – g.n.)

No mesmo sentido, na obra “O Limite da Improbidade Administrativa, já mencionada, o professor Mauro Roberto Gomes de Mattos, abre um título com a denominação “DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO DE IMPROBIDADE – CONDOTA CULPOSA” para se posicionar da seguinte forma:

“Como muito bem diz José Afonso da Silva, o “Improbo administrador é o devasso da Administração Pública”

Assim, como considerar devasso aquele agente público que inconscientemente, sem ser desonesto, comete equívocos?

Assim sendo, somente a conduta dolosa (consciente) é que deverá ser considerada, em tese, como possível improbidade administrativa, sob pena de vulgarização da própria norma, como ferimento ao princípio da razoabilidade, como será demonstrado a posteriori” (ob. cit. (5) p. 253)

4 – Do Entendimento Jurisprudencial

Nossos Tribunais já têm se posicionado e não destoam da Doutrina ora transcrita.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso, em julgado de 20.08.2002 assim decidiu:

“(...) Para que seja tipificada a improbidade administrativa, faz-se necessário que tenha havido a caracterização inequívoca de dolo, ou seja, de que houve vontade deliberada do agente em fraudar

a lei...” (TJ/MT, Rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento, AI nº 8368/2002, 2ª CC)

No mesmo sentido:

“(...) Como não houve indícios de dolo ou má-fé, nem foi causado prejuízo financeiro aos cofres públicos, afastada está a hipótese de improbidade administrativa. Sentença confirmada.” (TJ/MG, Rel. Des. Jarbas Ladeira, Ap. Cível nº 1.0000.00.332094-2/000, 6ª CC, DJ de 03.10.2003)

É da lavra do Ministro Garcia Vieira do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 213.994-0/MG o brilhante enunciado:

“A Lei alcança o administrador desonesto, não o inábil” (DJ de 27.09.1.999 – No mesmo sentido STJ/ROMS nº 8858/RJ, Rel. Min. Milton Luis Pereira, DJ de 19.04.99 – citados por Mauro Roberto G. de Mattos, ob cit, p. 255)

O mesmo autor mencionado por último destaca:

“Partindo-se da premissa de que o elemento subjetivo da desonestidade, que deságua na improbidade administrativa, é o dolo, não há como estender tal princípio para a culpa, eis que o divórcio entre uma e outra situação é insuperável. Não pode o legislador querer desnaturar a figura da boa-fé ou da falta de intenção de lesar o ente público, para considerá-la, em igualdade de condições, com aquelas situações caracterizadoras da devassidão do agente público desonesto que traz no seu espírito intenções impuras e imorais reveladas pela vontade de fraudar o erário.” (ob. cit. (5) p. 255/256)

Neste trecho o autor cita decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo segundo a qual:

“Inexistindo prova de que o funcionário público agiu de má-fé, presume-se a sua boa-fé, o qual deve ser excluído do pólo passivo da demanda...” (TJ/SP, RT 735/266)

5– Da Desproporcionalidade da Sanção Prevista.

Fundamentado, pois, na Doutrina e na Jurisprudência exposta, não se pode concluir, senão pela impossibilidade de que a ação culposa

possa submeter o sujeito ao elevado rigor das sanções previstas pela Lei 8.429/92.

Não descuido do fato de que são graves para a Administração os efeitos da desídia e da falta de zelo de alguns agentes, porém, não se configurando ao menos o denominado dolo eventual, não há que se falar em desonestidade ou improbidade.

Vale insistir. A reparação do dano e a eventual punição administrativa pela conduta culposa têm respaldo em outras normas, não sendo adequado, como vimos, tratar o inapto com o mesmo tratamento dispensado pela lei ao corrupto e ao desonesto.

Tal conclusão se potencializa ainda mais quando, no caso do servidor, a apuração administrativa conclui que a conduta culposa do sujeito não é justificativa sequer para demissão do mesmo.

Como coadunar a conclusão de um procedimento administrativo que considera demasiada a pena de demissão, no caso de condutas culposas, com as severas penas do artigo 12, inciso II da Lei que prevê "a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos..."

Até do ponto de vista do interesse processual, portanto, mostra-se temerária uma pretensão punitiva baseada na Lei de Improbidade.

Pondere-se que as penas do artigo 12, II não são expostas em caráter alternativo. São impostas cumulativamente. Em outras palavras, o Magistrado não pode escolher aplicar só a multa, ou só a pena de suspensão dos direitos políticos, mas terá que aplicá-las todas, cabendo-lhe apenas dosar a sanção dentro dos parâmetros estatuidos (suspensão dos direitos políticos por cinco e não por oito anos, v.g.)

Vale recorrer novamente à Doutrina para elucidar bem a situação.

O já mencionado jurista e ex-Procurador Geral da República, Aristides Junqueira, no livro "Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas" destaca que:

"A outra sanção de compulsória imposição é a perda da função pública, tendo em vista a flagrante impossibilidade de ser ela exercida por pessoa ímproba, ou seja, por pessoa que age desonestamente, de má-fé.

Com efeito, agente público que tenha cometido ato de improbidade não pode permanecer ocupando cargo ou função pública, sejam os cargos efetivos, comissionados ou eletivos, já que não há lugar para os ímprobos na Administração Pública.

Essa é a leitura que há de ser feita do art. 37, § 4º da Constituição da República.

Conseqüentemente, quando a Lei 8.429/92, em seu artigo 12, prevê, em todos os seus incisos, a imposição de sanções relativas à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos, tal imposição há de ser imperativa e cumulativa.

Ainda como conseqüência, o parágrafo único do mencionado art.12, cujo destinatário é o juiz, não está a permitir que, na "fixação das penas" nele referida, possa optar, discricionariamente, pela aplicação de uma ou outra sanção, excluindo, por exemplo, a perda da função ou a suspensão dos direitos políticos. A única discricionariedade ali permitida ao magistrado é quantitativa, e não qualitativa." (ob. cit. (5) pg. 109 g.n.)

Com efeito, não se pode sustentar Administrativamente que a pena de demissão seja demasiada e, ao mesmo tempo, pleitear perante o Judiciário, a imposição das penas do artigo 12, II da Lei de Improbidade, muito mais graves que a simples demissão do servidor.

Portanto, para os casos em que a conduta imputada é culposa, não se sustenta o tratamento dispensado pela Lei 8.429/92.

6 - Conclusão

Diante deste quadro, conclui-se que, submeter o agente negligente, imprudente ou imperito, às mesmas sanções destinadas ao sujeito desonesto e inescrupuloso, constitui-se grave equívoco que desnatura e vulgariza a mens legis.

Resta, portanto, notória a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 8.429/02, no ponto em que prevê a punição de agente a título de culpa, uma vez que este tipo de enquadramento fere frontalmente os princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da presunção de boa-fé e o espírito da própria Lei em comento, merecendo o devido reparo esta

importante norma que, sob outros aspectos, trouxe insofismáveis avanços na busca da proteção do erário.

7 - Referências Bibliográficas:

- BUENO, Cássio Scarpinella. PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende. Improbidade Administrativa (Questões Polêmicas e Atuais), 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- FAZZIO JR., Waldo. Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2.004.
- GOMES, Mauro Roberto. O Limite da Improbidade Administrativa, 2ª ed., São Paulo: América Jurídica, 2.005.
- MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, São Paulo: Atlas, 2002.
- PAZAZAGLINI FILHO, Mariano. Lei de Improbidade Administrativa Comentada, São Paulo: Atlas, 2002.

Suspensão de Liminar em Ação Popular

Dra. Ana Paula Birrer

Procuradora do Município de São Paulo -- JUD 31
OAB/SP 176.193.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por sua procuradora infra assinada, vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 4º, caput e §1º da Lei Federal n. 8.437/92 e art.527 do RITJSP requerer **SUSPENSÃO DE LIMINAR** concedida pela Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da capital do Estado de São Paulo nos autos da Ação Popular nº 829/2005 ajuizada por **LUIZ CLÁUDIO MARCOLINO**, em face da **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, do **SR. SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS** E **SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA SECRETARIA DE FINANÇAS**, conforme razões fáticas e jurídicas a seguir apresentadas:

1. DO CABIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO

Nos termos do art. 4º da Lei Federal nº 8437/92, *in litteris*:

"Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho funda-

mentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

.....
§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.(...)" (GRIFAMOS)

Intimada da decisão que concedeu a medida liminar em 14/07/2005 (doc.01), para suspender os efeitos do PREGÃO CEL-SF N°001/2005, para a contratação de serviços bancários para a Prefeitura do Município de São Paulo, entendeu por bem a Municipalidade de São Paulo interpor o recurso de Agravo de Instrumento (n°431.176.5/9), tendo sido concedido o efeito suspensivo pelo Exmo. Sr. Desembargador Relator, "**dada a relevância da fundamentação**", conforme decisão anexa, publicada no Diário Oficial do Estado do dia 16/08/2005 (doc.02).

Em 31/08/2005, os autos foram remetidos a julgamento fora da pauta e sem prévia intimação da agravante, tendo a Nona Câmara de Direito Público negado conhecimento ao agravo de instrumento, **sem analisar o mérito da decisão**, revogando o efeito suspensivo, por razões ainda não conhecidas pela Municipalidade de São Paulo, que, em razão da não intimação e da realização do julgamento fora de pauta, não pôde acompanhar o mesmo. (doc.03)

Neste sentido, revigorados os efeitos da liminar anteriormente concedida e tendo em vista a grave lesão à ordem e economia pública municipal decorrente de referida decisão, de rigor a interposição do presente pedido de suspensão, que não tem natureza jurídica de recurso, e cujos pressupostos específicos de cabimento são diversos daqueles exigidos para a interposição de agravo. Neste sentido ensina a melhor doutrina:

"As razões que justificam o pedido de suspensão de execução de pronunciamento judicial não se associam à juridicidade ou anti-

juridicidade da decisão prolatada, isto é, não são consequência de uma suposta legalidade ou ilegalidade do pronunciamento que se pretende suspender a eficácia. Bem pelo contrário, as razões e motivos da suspensão são para evitar grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas, independentemente do acerto ou desacerto que terá sua eficácia suspensa. A licitude ou ilicitude da decisão deverão ser atacadas pela via própria recursal, que terá o condão, pois, de apreciar as razões jurídicas da decisão, para só então reformá-la ou cassá-la”. – g.n.

A vista do exposto, cabível o pedido de suspensão ao Exmo. Dr. Desembargador Presidente desse E. Tribunal de Justiça, restará demonstrado que a liminar concedida pela M.M. Juíza da 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo, determinando que o Poder Executivo Municipal não pratique ato de sua competência específica, implica em ingerência indevida do Poder Judiciário, com afronta direta ao disposto no art.2º da Constituição Federal e lesão à ordem e economia pública municipal.

2. DA LIMINAR RECORRIDA

A decisão cuja suspensão se pretende foi proferida em Ação Popular ajuizada por **LUIZ CLÁUDIO MARCOLINO** em face da **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, do SR. SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS E SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA SECRETARIA DE FINANÇAS (doc.04)**.

O autor popular pleiteou e obteve a medida liminar, para sobrestar o andamento da licitação na modalidade Pregão CEL – SF nº 001/2005 (Processo Administrativo nº 2005-0.111.124-3 – Edital Anexo – doc.05), que tem por objeto 04 (quatro) itens distintos, a serem licitados individualmente, quais sejam:

1. Movimentação das disponibilidades de caixa do Poder Executivo Municipal, bem como realização das aplicações financeiras destas disponibilidades na própria instituição;

¹ Abreina Rodrigues, Marcelo – “Suspensão de Segurança – Sustação da Eficácia de Decisão Judicial proferida contra o Poder Público” – Ed. Revista dos Tribunais – 2000 – p138/137.

2. Pagamentos a servidores/funcionários ativos, inativos e a pensionistas da administração direta, autarquias e fundações;
3. Pagamentos a fornecedores da administração direta, das autarquias, das fundações, bem como dos destinatários dos recursos do item 4;
4. Movimentação das disponibilidades de caixa da Conta Sistema de Transporte Coletivo Municipal, bem como realização das aplicações financeiras na própria instituição.

Sustenta o autor popular que o Edital da Licitação está eivado de vícios que o tornam nulo de pleno direito, quais sejam:

1. permite que as contas da Prefeitura Municipal de São Paulo sejam transferidas para instituições financeiras privadas (não oficiais), seja para a movimentação das disponibilidades de caixa e realização de suas aplicações financeiras (itens 1.1.1 e 1.1.4 do Edital), seja para o pagamento de funcionários e servidores (item 1.1.2) e fornecedores (item 1.1.3);
2. prevê a realização de licitação na modalidade pregão estabelecendo, contudo, sem fundamento legal, que será vencedor do certame aquele que efetuar a oferta de maior preço;
3. não considera a proposta de “preço pago pela Administração ao vencedor” (que seria pelo critério menor preço) como critério para a classificação do participante, violando o princípio da melhor proposta.

Argumenta que os vícios apontados acarretam lesão ao patrimônio público e à moralidade administrativa.

A decisão liminar foi deferida, vazada nos seguintes termos, *verbis*:

“(...) Na espécie entendo nitida a presença do fumus boni iuris, seja em razão da elasticidade relativa à natureza das entidades financeiras admitidas a licitar (item 2 do edital), seja em decorrência da opção do licitante pela modalidade de pregão, seja ainda por conta da inexistência de previsão de lance mínimo — enfim são vários os aspectos do edital que estariam, no mínimo, a exigir um aprofundamento da análise das questões suscitadas na inicial.

Já o periculum in mora decorre da própria natureza da modalidade da licitação, uma vez que o procedimento do pregão prevê uma seqüência ininterrupta de atos.

RESSALTE-SE QUE A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS COM INSTITUIÇÕES PRIVADAS NÃO É INOVAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. A TÍTULO DE EXEMPLO, JUNTAMOS CÓPIA DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 003/2001 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, PARA A CONTRATAÇÃO DE ESTABELECIMENTO BANCÁRIO MÚLTIPLO OU COMERCIAL, PARA ADMINISTRAR A CONTA ÚNICA DE DEPÓSITOS SOB AVISO À DISPOSIÇÃO DA JUSTIÇA. Participaram do certame 07 (sete) instituições financeiras, realizada a licitação sem qualquer impugnação, com posterior homologação e contratação da instituição vencedora. (doc.06)

A liminar ora impugnada impede o prosseguimento do certame licitatório e implica em lesão à ordem e economia públicas municipal, não podendo prevalecer, como se demonstrará a seguir.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DO OBJETO DO EDITAL

O Edital de Licitação PREGÃO CEL-SF nº 001/2005 tem por objeto a contratação de serviços bancários definidos em 4 (quatro) itens autônomos:

1. Movimentação das disponibilidades de caixa do Poder Executivo Municipal e aplicações;
2. Pagamentos a servidores/funcionários ativos, inativos e pensionistas da administração direta, autarquias e fundações;
3. Pagamentos a fornecedores da administração direta, de autarquias, fundações, bem como dos destinatários dos recursos do item 4;
4. Movimentação das disponibilidades de caixa do sistema de transporte coletivo e aplicações.

Nos termos do item 2.1 do Edital, *“para os itens 1.1.1 e 1.1.4, somente poderão participar desta licitação as instituições financeiras oficiais e as que atendam ao disposto no § 1º do artigo 4º da Medida Provisória nº 2.192-*

70, de 24 de agosto de 2001, em vigor nos termos do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, ou seja, aquelas que tiverem sido privatizadas ou tiverem adquirido o controle de outras privatizadas". E, nos termos do item 2.2, "para os itens 1.1.2 e 1.1.3, poderão participar tanto as instituições descritas no item 2.1 quanto as instituições bancárias privadas, regularmente em atividade, conforme legislação específica".

De acordo com as alegações do autor popular, referidas disposições do edital, que permitem a participação de bancos privados no certame, são flagrantemente inconstitucionais, por ofensa ao art.164, § 3º, da Constituição Federal, segundo o qual:

"Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo Banco Central.

*§1º.....§2º.....
.....§3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei". – g.n.*

Sustenta o autor, em sua inicial, que o comando do art.164, §3º da Constituição Federal não se restringe aos serviços de movimentação das disponibilidades de caixa e da realização das respectivas aplicações financeiras. Ele abrange também quaisquer serviços que importem na necessidade de os entes federados depositarem suas disponibilidades de caixa em instituições financeiras, tais como o pagamento de funcionários, servidores e fornecedores. Razão pela qual, a alegada inconstitucionalidade atinge todos os itens objeto do Edital impugnado.

Sem razão o autor.

3.1.Dos Serviços de Movimentação das "Disponibilidades de Caixa"

É certo que o art.164, §3º, da Constituição Federal, dispõe que as "disponibilidades de caixa" do Município devem ser depositadas em instituições financeiras oficiais, assim consideradas aquelas controladas pelo Poder Público e os bancos estaduais ainda não privatizados. É certo também, que a norma comporta ressalvas, conforme disposição expressa do artigo ("ressalvados os casos previstos em lei").

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o pedido de medida cautelar formulado na ADI 2.600 – ES, Rel. Min. Ellen Gracie, entendeu que a lei mencionada no art.164, §3º, da Constituição Federal é **lei federal de caráter nacional**.

Em 24 de agosto de 2001 foi editada a Medida Provisória nº 2.192-70, que estabelece mecanismos objetivando incentivar a redução da presença do setor público estadual na atividade financeira bancária, dispõe sobre a privatização de instituições financeiras e dá outras providências. O art.4º, § 1º da Medida Provisória dispõe que:

"Art.4º O financiamento dos ajustes prévios imprescindíveis à privatização da instituição financeira, de que trata o inciso III do art.3º, concedido pela União ou pelo Banco Central do Brasil, restringe-se aos casos em que haja: (...)

§1º As disponibilidades de caixa dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou das entidades do poder público e empresas por ele controladas poderão ser depositadas em instituição financeira submetida a processo de privatização ou na instituição financeira adquirente do seu controle acionário, até o final do exercício de 2010 (...)" – grifamos

Referida Medida Provisória tem força de lei federal e está em vigor por tempo indeterminado, nos termos do art.2º da EC 32/2001.

O citado art.4º, §1º da MP 2.192-70/01 regulamenta a exceção prevista no art.164, §3º, da Constituição Federal. A própria Constituição permite que a regra geral seja excepcionada por lei. Presentes a relevância e urgência prevista no art.62 da Carta Magna, pode a matéria ser regulada por Medida Provisória.

Assim, não há dúvida de que o §1º do art.4º da MP nº 2.192/2001 é formalmente compatível com a Constituição. Não há, igualmente, qualquer fundamento para considerar inconstitucional o seu conteúdo.

Da aplicação da Medida Provisória decorre que apenas as instituições financeiras públicas, instituições financeiras submetidas ao processo de privatização ou instituição adquirente de seu controle acionário podem ser depositárias das disponibilidades de caixa de órgão público. Conferiu-se ao chefe do Poder Executivo de cada ente da Federação um espaço de discricionariedade para escolher a opção que melhor atenda ao interesse público no caso.

Assim, resta evidente que a disposição do edital que limita a participação no certame, para os itens 1.1.1 e 1.1.4, às instituições financeiras oficiais e às que atendam ao disposto no art.4º, §1º, da MP 2.192-70, **está em perfeita conformidade com a ordem constitucional vigente, não havendo que se falar, portanto, em inconstitucionalidade ou ilegalidade lesivas ao patrimônio e moralidade públicas.**

O autor induziu em erro a M.M. Juíza da 6ª Vara da Fazenda Pública, ao afirmar que o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a Constituição Federal não admite que as instituições mencionadas no art.4º, §1º, da MP 2.192-70 movimentem as disponibilidades de caixa dos entes federados, por afronta ao art.164, §3º, da Constituição Federal.

A constitucionalidade da MP 2.192-70 NÃO foi, sequer incidentalmente, objeto de decisão judicial do Supremo Tribunal Federal. O que se julgou nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade citadas pelo autor na inicial (ADI nº2.600-ES – Rel. Min. Ellen Gracie e ADI nº 2.661-5 – MA – Rel. Min. Celso de Mello) foi a competência, ou não, de o Estado-membro editar lei prevendo os casos de exceção à aplicação do art.164, § 3º, da Constituição Federal.

Aliás, restou expressamente consignado no voto do Ilmo. Ministro Relator Celso de Mello, nos autos da Adi nº 2.661-5 – MA, cujo trecho, por oportuno, pedimos vênua para transcrever::

“A circunstância que venho de referir impõe uma observação, que reputo necessária: não se impugnou, tanto na ADI 2.600 – ES, como na presente causa, a validade jurídico-constitucional da MP nº 2.192, pois, em ambos os processos discute-se, unicamente, a competência, ou não, de o Estado-membro, mediante ato normativo próprio, definir as hipóteses excepcionais autorizadas pelo art.164, §3º da Carta Política.

Torna-se evidente – especialmente se se considerar o precedente específico firmado pelo Plenário desta Corte (ADI 2.600-ES) – que a autorização legislativa, constante da norma ora impugnada, emanou de fonte destituída de competência constitucional, pois, segundo a cláusula de parâmetro invocada pelo autor desta ação direta (CF, art.164, §3º), falece, ao Estado-membro, poder para estabelecer qualquer ressalva que permita afastar a incidência da regra geral inscrita no preceito constitucional em referência”. - grifamos

Em momento algum negou o Plenário do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de que fossem previstas ressalvas legais à norma geral constitucional contida no art. 164, §3º, e tão pouco afastou a validade jurídico-constitucional da MP 2.192-70 para estabelecer tais ressalvas, como quis fazer parecer o autor em sua peça inaugural.

O entendimento firmado pelo STF, nos julgados citados, foi o de que o Estado-membro não possui competência normativa para, mediante ato legislativo próprio, estabelecer ressalvas à incidência da cláusula geral que lhe impõe a compulsória utilização de instituições financeiras oficiais, para os fins referidos no art. 164, § 3º da Constituição Federal.

Acerca da legalidade e constitucionalidade da contratação de serviços bancários de instituição privada pela Administração Municipal, sob o abrigo da legislação que excepciona o comando constitucional do art. 164, §3º da Constituição Federal, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (doc.07):

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FUNCIONALISMO PÚBLICO MUNICIPAL. FOLHA DE PAGAMENTO. TRANSFERÊNCIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OFICIAL PARA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA. POSSIBILIDADE.

1. As limitações do art. 475, §§ 1º e 2º não se aplicam às remessas oficiais previstas em leis extravagantes, a exemplo do mandado de segurança. Reexame conhecido.

2. É possível o município de Canoas transferir a folha de pagamento de seus professores de instituição financeira oficial para instituição financeira privada, vez que o comando do art. 164, §3º, da CF/88 é excepcionado pelas hipóteses legalmente previstas. Inteligência do art. 4º, §1º, da Medida Provisória 2.192-70/01.

3. Apelação Provida" – g.n.

(Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – 4ª Câmara cível – Apelação Cível e Reexame Necessário nº 70010489375 – Apelante: Município de Canoas – Apelado: sindicato dos Professores Municipais de Canoas – Acórdão unânime julgado em 30/03/2005).

Assim, considerando-se que a participação de instituições privatizadas ou daquelas que tiverem adquirido o controle de outras privatizadas, para os itens 1.1.1 e 1.1.4 do edital de pregão impugnado, não está em-

basado em ato normativo local, mas sim, em Medida Provisória com força de lei federal nacional, em vigor por tempo indeterminado e cuja validade jurídico-constitucional não foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato impugnado.

3.2. Dos Pagamentos a Servidores/ Funcionários e Fornecedores

Argumenta o autor que os comandos do art. 164, §3º, da Constituição Federal não se restringem aos serviços de movimentação das disponibilidades de caixa e da realização das respectivas aplicações financeiras, mas abrangem também quaisquer serviços que importem na necessidade de os entes federados depositarem suas disponibilidades de caixa em instituições financeiras, tais como o pagamento de funcionários, servidores e fornecedores.

Decorre daí a conclusão de que o item 2.2. do edital impugnado, que permite a participação de instituições bancárias privadas para a prestação dos serviços elencados nos itens 1.1.2 e 1.1.3, seria ilegal e inconstitucional.

Mais uma vez a razão não socorre o autor. O conceito de “disponibilidade de caixa” há de ser entendido como o dinheiro em conta-corrente bancária disponível para saque imediato, incluindo aí as aplicações financeiras. Não alcança o serviço bancário de pagamento de fornecedores e servidores da Administração Pública.

O dispositivo constitucional veda aos entes públicos manter as “disponibilidades de caixa” depositadas ou aplicadas em bancos particulares (ressalvadas as hipóteses legalmente previstas), mas não proíbe aos órgãos públicos a abertura de contas em bancos particulares para a arrecadação de tributos municipais e preços públicos, desde que os valores arrecadados sejam imediatamente transferidos.

O mesmo raciocínio é válido para as contas abertas em bancos privados com o objetivo exclusivo de transferir os recursos da conta central do Município para a conta corrente dos servidores municipais e fornecedores.

Veja-se, a respeito, a clara lição de Carlos Ari Sundfeld:

“O primeiro ponto a destacar é que a norma que nos interessa (a do §3º) está inserida em artigo da Constituição cujo objeto é o Banco Central. Embora isso seja de grande obviedade, lembre-se que, na interpretação normativa, o parágrafo jamais pode ser lido dissociado do caput e dos restantes preceitos do artigo. Pior ain-

da: não se pode, do §3º, isolar a 2ª parte, que trata dos depósitos de Estados, Distrito Federal e Municípios, esquecer a 1ª parte, e aí formular uma leitura solta para o trecho destacado.

Mas o que vem acontecendo, por incrível que seja, é justamente isso. Instaurou-se um debate, verdadeiramente surreal, sobre o sentido da frase 'as disponibilidades de caixa ... do Poder Público (serão depositadas) em instituições financeiras oficiais...'. Todavia – é preciso dizê-lo com toda a ênfase – não há, no direito constitucional brasileiro, esse enunciado normativo. Tal texto é fruto de recorte e colagem; não saiu do Constituinte. O que existe em nossa Constituição é coisa muito, muito diversa.

Há, no art.164, o desenho constitucional do Banco Central, com a definição de suas funções. É esse o tema exclusivo de todas as normas (a do caput e dos três parágrafos). E, na 2ª parte do §3º, a Constituição disse que, para certo fim (o depósito de disponibilidades públicas de entes não federais), a função de banco central seria exercida por instituições financeiras oficiais. É esse o enunciado normativo a ser compreendido.

.....

De fato, às instituições apontadas reserva-se o depósito das disponibilidades de caixa dos entes federados. Mas qual o alcance deste privilégio? Estará correta a leitura do dispositivo segundo a qual, por deterem o "monopólio" da condição de depositárias das disponibilidades de caixa dos entes federados, as instituições nele referidas detêm também o benefício da exclusividade para prestar todos os serviços financeiros que envolvam recursos atinentes a estas disponibilidades? Caberá aplicá-lo com tal amplíssimo alcance?

A resposta é negativa.

Impossível aplicar o preceito constitucional a ponto de a reserva de mercado nele prevista abranger todos os serviços financeiros que envolvam o recebimento de importâncias destinadas ao Erário, ou o pagamento de importâncias dele provenientes. A razão é evidente: tais serviços, além de não se inserirem nas funções próprias de um banco central, são com ela completamente incompatíveis.

O Texto Constitucional não estabeleceu, definitivamente, uma reserva de mercado – em benefício do Banco Central do Brasil, na esfera federal, ou das instituições financeiras oficiais, nas esferas estadual, distrital e municipal – para a prestação de serviços financeiros que envolvam o recebimento de importâncias destinadas ao erário, ou o pagamento de importâncias dele provenientes.

Portanto, à questão que resume o debate objeto deste parecer – o processamento de folhas de pagamento de servidores estatais é, no Brasil, uma função típica de banco central? – é preciso dar resposta negativa. Não é função de banco central processar folha de pagamento de servidores. Essa atividade é típica de agentes financeiros comuns. Como a menção a instituições oficiais na 2ª parte do §3º do art. 164 da Constituição foi feita apenas para conferir-lhes certa função de banco central, não se pode entender que nela se inclui o processamento de folha de pagamentos. Não há, portanto, reserva dessa atividade para instituições financeiras oficiais.

Se não existe essa reserva na Constituição – e, mais, se ela não foi prevista em qualquer lei vigente – deve ser necessariamente contratada por licitação a prestação do serviço de processamento de folhas de pagamentos de servidores públicos, franqueando-se a participação no certame a todas as instituições financeiras, oficiais ou não.

.....

Ademais, uma leitura ampliada do §3º do art. 164, no sentido de que a reserva de mercado nele estabelecida abarca todos os serviços bancários que envolvam recursos do Tesouro, viola os ditames constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 173, caput e inciso IV).²

No mesmo sentido o parecer de Luiz Carlos Sturzenegger:

"Temos então – como decorrência da premissa de que o papel de depositárias de disponibilidades públicas não confere às instituições financeiras oficiais qualquer reserva quanto ao serviço de

² Sundfeld, Carlos Ary – parecer elaborado em 06/12/2004 após consulta da União de Bancos Brasileiros S/A - UNIBANCO

pagamento de fornecedores e servidores da Administração Pública – que o conceito de depósito de disponibilidades de recursos públicos não se confunde com serviços de pagamento de fornecedores e servidores da Administração Pública.

Entendimento em sentido contrário se mostraria em franca oposição à razão de ser, ao sentido e o alcance do art. 164 da Constituição, e levaria, como decorrência de lógica irrefutável, à situação absurda de o Banco Central do Brasil, executor da política monetária do País – e só por isso depositário das disponibilidades de caixa da União – estar às voltas, diariamente, com os serviços de pagamento de centenas de milhares de fornecedores e servidores da Administração Pública Federal.

Se o conceito de depósito de disponibilidade de caixa dos entes públicos não alcança o serviço bancário de pagamento de fornecedores e servidores da Administração Pública, é fora de qualquer dúvida que a contratação de tais serviços há de decorrer de procedimento licitatório aberto a todas as instituições aptas à execução do serviço.

Não se identificando os serviços aqui discutidos com a exceção contemplada no §3º do art.164 da Constituição, incide, sem dúvida alguma, a norma geral que decorre dos arts.1º, IV, 37, caput e XXI, 173 e 175 da Constituição, a impor, em respeito aos princípios da livre iniciativa, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da economicidade, que se realize, para a sua contratação, licitação pública”.³

Acerca da constitucionalidade da contratação de Banco Particular para o pagamento de servidores municipais, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA PREFEITO MUNICIPAL – CRÉDITO DA FOLHA DE PAGAMENTO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS EM CONTA DE BANCO PARTICULAR – NÃO OFENSA AO ART.164, §3º, DA CF/88. Não caracteriza desacato ao parágrafo 3º do art.164 da CF/88, ao impor que “as disponibilidades de caixa dos Municípios serão depositados em

³ Sturzenegger, Luiz Carlos – parecer datado de 15/04/2005 em consulta formulada por União de Bancos Brasileiros S/A - UNIBANCO

instituições financeiras oficiais”, o depósito líquido da folha de pagamento em banco particular, sem custo para o Município, eis que tal crédito fica disponibilizado aos servidores, não ao Município”

(Apelação Cível nº1.0000.00.352980-7/000 – Comarca de Cambuí – Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Apelado: Prefeito Municipal de Cambuí – Relator: Exmo. Sr. Dês. Orlando Carvalho).

Por todo o exposto, demonstrado que no conceito de depósito de disponibilidades de caixa não estão incluídos os serviços bancários de pagamento de fornecedores e servidores da Administração Pública, interpretação equivocada do autor popular, que viola os ditames constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (art.173, caput e inciso IV), resta evidente a constitucionalidade e legalidade do item 2.2. do edital impugnado, que permite a participação de instituições bancárias privadas para a prestação dos serviços elencados nos itens 1.1.2 e 1.1.3.

4. DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO PREGÃO

Questiona ainda o autor popular a utilização da modalidade pregão para licitar os serviços arrolados no edital do Pregão CEL-SF nº 01/2005. Todavia, tal questão encontra-se superada, inclusive, com apreciação do Tribunal de Contas do Município (doc.08).

Com efeito, conforme discriminado no edital o objeto da licitação foi dividido em 4 (quatro) itens, que descrevem os serviços a serem prestados pela licitante (ou licitantes) vencedora, e que são serviços de administração e gerenciamento da movimentação financeira de uma pessoa jurídica, no caso a Prefeitura do Município de São Paulo.

É certo que são serviços que para sua execução dependem de alta tecnologia. Todavia, não os afastam do conceito de serviços comuns, para fins de utilização da modalidade pregão para licitá-los.

Nesse sentido, a Lei Federal nº 10.520/2002 determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar da licitação na modalidade pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns, dispondo em seu artigo 1º, parágrafo único.

“ART. 1º

Parágrafo único – Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (grifou-se)

Observe-se, assim, que a Lei 10.520/2002, como norma geral, estabeleceu os parâmetros que devem ser utilizados para a definição de bem e serviço comuns, sem, no entanto, trazer qualquer elenco desses serviços.

Portanto, para fins do determinado na Lei Federal nº 10.520/2002, de resto confirmada pela Lei Municipal nº 13.278/2002, a caracterização de um serviço comum, ou não, reside na possibilidade de especificação, pelo edital, dos padrões de desempenho e qualidade, e não no grau de conhecimento técnico aprofundado.

Nas palavras do eminente professor de Direito Administrativo, Jessé Torres Pereira Junior⁴, consideram-se como comuns, para fins de aplicação do pregão, **“compras e serviços que apresentem três notas distintivas básicas:**

- a) aquisição habitual e corriqueira no dia-a-dia administrativo;**
- b) refiram-se a objeto cujas características encontrem no mercado padrões usuais de especificação;**
- c) os fatores e critérios de julgamento das propostas sejam rigorosamente objetivos centrados no menor preço.”**

Conforme se pode confirmar pela análise do Edital impugnado, os serviços objeto do presente certamente possui as três características acima indicadas. Sua aquisição, no dia-a-dia da Administração Municipal, como de resto de todas as esferas públicas, é habitual e corriqueira. Tanto assim, que a Prefeitura do Município de São Paulo mantém, atualmente, contrato de prestação de tais serviços com o Banco do Brasil S/A e convênios com a Caixa Econômica Federal e com o Banespa para a realização de pagamentos relativos à folha remuneratória dos servidores da Administração Direta Municipal.

Ademais, os padrões de especificação dos serviços são comuns a todas as instituições financeiras que os prestam, não havendo padrões es-

⁴ Curso de Capacitação e Atualização: Pregão (Presencial e Eletrônico) e Sistema de Registro de Preços (Curso promovido pela Zênite Assessoria & Promoções em Brasília - DF, dias 02, 03 e 04 de abril de 2002; Curitiba-PR, Editora Zênite, 2002 - pág.9

pecíficos que necessitassem de um projeto especialmente elaborado para a prestação de tal serviço. Aliás, as especificações encontram-se objetivamente explicitadas no Edital de convocação, como determina a lei.

Nos termos da lição de Vera Scarpinella:

"Assim é que o objeto comum para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não é só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital.

A descrição detalhada e extensa do objeto no edital é medida garantidora de clareza, não se configurando como fator impeditivo de contratação por meio de pregão. Importa, para fins de cabimento da modalidade, que as propostas possam ser objetivamente comparadas, tendo em vista o critério de menor preço, bem como que a sumariada do procedimento (sua estrutura procedimental) não seja fator limitador da segurança e certeza na contratação. Como se disse, a análise do cabimento do pregão não leva em conta se o universo de fornecedores é pequeno ou grande; mas sim a capacidade do pregoeiro de aferir as condições técnicas mínimas exigidas no edital na sessão pública do pregão." 5- grifou-se.

Por fim, para espancar quaisquer dúvidas sobre a viabilidade da utilização da modalidade eleita para a licitação em questão, foi encaminhado pelo Exmo. Prefeito Municipal o ofício nº 070/2005 – PREF.G ao DD. Presidente do Egrégio Tribunal de Contas do Município de São Paulo, formulando-se vários quesitos.(doc.08)

Dentre eles, indagou-se: **"QUESITO 1 – É possível a utilização da modalidade pregão, para conseguir-se a melhor oferta para o Município de São Paulo? Neste caso, o vencedor, para cada item, seria a instituição financeira que apresentasse a maior oferta de pagamento em dinheiro ao Município."**

³ Scarpinella, Vera – "Licitação na Modalidade Pregão" – Ed. Malheiros – 1ª edição/2003 – p.81/82.

Por sua vez, o Tribunal de Contas do Município nos autos do TC 2.471.05-77, proferiu v. acórdão conhecendo da consulta e respondendo, taxativamente, quanto ao quesito 1 **“Resposta: sim, a modalidade pregão pode ser utilizada, sendo também possível estabelecer o maior lance ou oferta de pagamento em dinheiro ao Município como critério de julgamento e classificação das propostas”**. (doc. 08)

Referida questão também já foi analisada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nos autos TC – 032512/026/04, consoante voto do Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho:

“(...) Por outro lado, não merece prosperar a impugnação formulada contra o critério de julgamento, pautado na maior oferta pela exploração do objeto, com valor mínimo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Na específica hipótese ora apreciada, não há ofensa ao art.45, §5º, da Lei de Licitações, visto que o critério de julgamento encontra amparo no inciso IV do mesmo dispositivo, pois, ainda que aquele comando disponha acerca da concessão de direito real de uso, deve ser aplicado também nas hipóteses de permissão, vez que a aferição da maior oferta pela outorga é a única forma de se alcançar a proposta mais vantajosa(...)”

(TC 032512/026/04 – Representante: Caixa Econômica Federal – Representada: Prefeitura Municipal de Taboão da Serra – Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho – Tribunal Pleno – Sessão 08/12/04).

A modalidade de licitação pregão, pelos benefícios trazidos para a Administração Pública, e já comprovados, é a mais recomendada para o caso em questão, tendo em vista a possibilidade de disputa entre as instituições interessadas, bastando para tanto que a Administração Municipal estabeleça requisitos taxativos na edição do edital da licitação (o que foi feito), cabendo às futuras licitantes apenas o oferecimento do preço mais vantajoso (preço que estas instituições irão pagar para a Administração em contraprestação ao direito de gerenciar a conta municipal).

Como a Lei Federal nº 10.520/2002, em seu art.9º, autoriza a aplicação subsidiária da Lei de Licitações nº 8.666/93, não há óbice a que na modalidade pregão seja aplicado o disposto no art.45, §1º, desta lei que trata dos tipos de licitação (menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta), uma vez que se excetua apenas a aplicação deste dispositivo para a modalidade de concurso.

Assim, nos termos dos artigos citados, nada impede a aplicação do tipo maior lance ou oferta para o pregão, acrescentando a este fato que não houve desvirtuamento dos objetivos desta modalidade de licitação, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Ressalte-se que, recentemente, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo suspendeu "ad cautelam" o Pregão SF/CEL nº 001/2005, tendo em vista o recebimento de representação de alguns vereadores contra o certame no final da tarde do dia anterior a sua realização, **REVOGANDO A CITADA SUSPENSÃO NO DIA 22/07/2005, DADA A INEXISTÊNCIA DE RAZÕES LEGAIS PARA A SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, CONFORME MANIFESTAÇÕES EXARADAS PELOS ÓRGÃOS TÉCNICOS DAQUELA CASA (doc. nº 09).**

Nos termos da manifestação da Assessoria Técnica de Controle Externo, anexa ao citado ofício, *in verbis*:

"De minha parte, corroborando o entendimento acima, permito-me trazer a lição da Ilustre Administrativista, Profa. Vera Monteiro, que, ao cuidar da nova modalidade de licitação, afirma expressamente: "O critério para julgamento e classificação das propostas é o de menor preço (art.4º, X).*

Nota de rodapé 132: O critério de julgamento pelo menor preço não impede que a Administração faça uso da licitação por pregão para aquisição de bens ou serviços que, por qualquer razão, adotam lógica própria de comparação de propostas distintas do menor preço. Desde que possam ser objetivamente comparadas, nada impede que o pregão seja utilizado, por exemplo, para a aquisição de passagem aéreas – caso em que o critério de julgamento não costuma ser o de menor preço, mas de maior percentual de desconto oferecido pelas agências de viagens sobre o valor do volume de vendas (cf. Decreto federal 3.892/2001, atualizado pelo Decreto federal 4.002/2001)" (Licitação na Modalidade de Pregão, Coleção Temas de Direito Administrativo, vol.9, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p.145).

Da lição acima transcrita, forçoso inferir que não há qualquer ilegalidade no Edital impugnado, pois o critério adotado culminará – necessariamente – no menor valor a ser despendido pela Administração, ou pelo menos adstrito ao limite por ela mesmo imposto, além de assegurar a melhor receita para os investimentos". – g.n.

No tocante à não fixação de um valor mínimo às propostas de pagamento à Prefeitura, bem como da fixação do valor máximo de R\$ 0,40 (quarenta centavos) por documento de arrecadação, como remuneração devida pela Prefeitura à licitante vencedora, causa estranheza a impugnação do autor popular, já que é determinação expressa do art.40, X, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“Art.40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

.....
*X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, **permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos**, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48 (..)” – g.n.*

Quanto à fixação do preço máximo de R\$ 0,40 por documento de arrecadação, ressalte-se que atualmente o valor pago aos bancos é de R\$ 1,30 em média, por documento. A Prefeitura não consegue reduzir esse custo atual de arrecadação, dada a pressão das instituições bancárias e a negociação, feita somente por intermédio da FEBRABAN.

Pelo exposto, resta evidente que, também quanto ao aspecto formal – modalidade e tipo de licitação escolhida para a contratação dos serviços bancários, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade lesiva ao patrimônio ou moralidade públicas.

5. DOS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA SUSPENSÃO: DA LESÃO À ORDEM E ECONOMIA PÚBLICA MUNICIPAL

Ao interferir na atuação discricionária da Administração Pública, para, conforme critérios de conveniência e oportunidade, licitar a contratação de serviços bancários, o comando judicial que concedeu a liminar colocou em risco a ordem pública municipal, em detrimento do interesse público.

Ressalte-se que ao conceito de ordem pública deve-se emprestar um sentido amplo, conforme lição de HELY LOPES MEIRELLES: *“Interpretando construtivamente e com largueza a “ordem pública”, o então Presidente do TRF e atual Ministro do STF José Néri da Silveira explicitou que nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. Realmente, assim há que ser entendido o conceito de ordem pública para que o Presidente do Tribunal competente possa resguardar os altos interesses administrativos, cassando liminar ou suspendendo os efeitos da sentença concessiva de segurança quando tal providência se lhe afigurar conveniente e oportuna”*.⁶ G.n.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Agravo Regimental em Suspensão de Segurança:

“(..) Suspensão de segurança. Liminar concedida em mandado de segurança impetrado contra a Assembléia Legislativa do Estado, por cidadão que pretende concorrer a vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas do mesmo Estado, sustando-se a tramitação de procedimento legislativo em curso em que era apreciado nome já indicado para prover a vaga. Fundamentação constitucional da causa. Competência do Presidente do STF para conhecer do pedido. Legitimidade da Assembléia Legislativa para requerer a suspensão da liminar. Se a cautelar deferida, em mandado de segurança, determina que o Poder Legislativo não pratique ato que se arrola entre os de sua competência específica, atendendo, apenas, pedido de particular, que não possui, prima facie, título de direito constituído a impedir o ato legislativo impugnado, há ameaça de lesão grave à ordem pública, nesta compreendida a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público e o devido exercício das funções próprias, no âmbito de qualquer dos poderes do Estado (...)” (DJ 30.04.1992, P.5.722) g.n.

Afora a lesão à ordem, a medida liminar concedida põe em risco a economia pública municipal, como adiante se demonstrará.

⁶ Meirelles, Hely Lopes – “Mandado de Segurança” – Malheiros Editores – 27ª edição – p.89

A nova Administração Municipal ao assumir seu governo deparou-se com um quadro de grave crise econômico-financeira consistente em enorme endividamento do Município de São Paulo, que de resto já vinha sendo noticiado, desde o início do segundo semestre do exercício anterior (2004), pelos grandes veículos da imprensa escrita e falada.

Assim, e não cabe aqui falar em responsabilidades dessa ou daquela gestão, tomou-se imperioso à atual Administração encontrar uma solução para equacionar referido problema de 'caixa', tendo como norte a manutenção das execuções dos serviços afetos à municipalidade e aos municípios.

Da notícia veiculada na página da Internet da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco (doc.10) extrai-se que, em recente licitação de serviços bancários levada a efeito por aquele Estado, semelhante à licitação impugnada nestes autos, com movimentação de recursos de R\$ 5,7 bilhões, pouco maior que **um terço** da movimentação de recursos do Município de São Paulo, o Estado de Pernambuco conseguiu arrecadar **R\$ 240,2 milhões**, a título de remuneração da instituição bancária vencedora, para pagamento ao longo de 5 anos.

Evidente, portanto, o interesse público na licitação, tendo em vista a vantajosa remuneração que poderá ser auferida e posteriormente revertida em prol da coletividade.

Além do valor a ser recebido pelo Município de São Paulo em razão da remuneração prevista na licitação, haverá enorme economia, já que os bancos vencedores deverão arrecadar as receitas municipais a um custo de apenas R\$ 0,40 por documento, conforme previsão do edital, enquanto o valor atualmente pago aos bancos é de R\$ 1,30 em média. Note-se que, conforme anteriormente ressaltado, a Prefeitura não consegue reduzir esse custo atual de arrecadação, dada a pressão das instituições bancárias e a negociação, feita somente por intermédio da FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos.

Em 2004, a despesa com a arrecadação na prefeitura (pagamento aos bancos) foi de aproximadamente R\$ 40,6 milhões. Considerando o valor médio acima apontado e atualmente pago para um total de 31 milhões de documentos de arrecadação (doc.10)

Com a licitação, a Prefeitura pagará no máximo R\$ 0,40 por documento de arrecadação, conforme expressamente previsto no edital. Isso significa, além do valor arrecadado com a remuneração das instituições

vencedoras, uma economia adicional anual de R\$ 28,2 milhões que, multiplicado pelos 5 anos de vigência do contrato, redundam em uma economia para a Prefeitura de **R\$ 112,8 MILHÕES**.

Dado o contexto de enormes dificuldades econômicas enfrentadas pelo Município de São Paulo, o interesse público na impugnada licitação é evidente e a decisão que determinou o sobrestamento do processo licitatório, por óbvio, importa em grave lesão à economia pública.

A prevalecer a r. decisão combatida, estar-se-á privilegiando o interesse particular das instituições financeiras que atualmente prestam serviços à Prefeitura do Município de São Paulo, em detrimento do interesse público que, no caso, consubstancia-se na celebração de contratos mais vantajosos e que serão firmados baseados nos princípios da competitividade, publicidade, impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, o que merece atenção desse E. Tribunal de Justiça, mediante o deferimento do presente pedido de suspensão de liminar.

Ressalte-se o entendimento pacífico desse Tribunal quanto ao cabimento da suspensão das decisões que obstem ou paralise a contratação de serviços, evitando-se os graves prejuízos à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas:

“Na realidade, ao abortar a licitação em curso, compelindo a administração a encetar novo procedimento com regras diversas, a decisão hostilizada, por via indireta, está a empecer, pelo menos durante um prazo considerável, a atividade administrativa destinada a melhoria da qualidade do serviço de transporte coletivo.

Deveras, não se mostra razoável obrigar-se a Prefeitura a aguardar o desfecho do recurso tirado contra sentença – cujo julgamento, se sabe, não se dará num curto período -, para só então ultimar o certame e efetuar as contratações.

Desenhado, destarte, um panorama de lesão à ordem pública, cujo conceito, na esteira da lição do Ministro José Nery da Silveira (TFR, Suspensão de Segurança nº 4405-SP), que fez escola, mostra-se bastante lato.

Visualiza-se, na espécie, uma situação em que o interesse do impetrante deve ceder passo ao interesse do Poder Público e de toda a coletividade, interesse este consubstanciado na imediata otimização do serviço de transporte coletivo. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da supremacia do inte-

resse público sobre o interesse privado, que se acha na essência do incidente da suspensão de segurança (MARCELO ABELHA RODRIGUES, Suspensão de Segurança, RT, - PÁGS. 100/106)

*Ante o exposto, defere-se o pedido, suspendendo-se os efeitos da sentença, até que esta corte aprecie o mérito da causa.”
(TJSP, pedido de suspensão nº102.375.0/4)*

Com efeito, indiscutível que não há ação que melhor espelhe o interesse da coletividade que não aquela ligada à ordem e economia públicas, que por reflexo atinge toda uma gama de interesses da coletividade, desde o transporte público até a saúde da população.

Ressalte-se que havia outras duas decisões liminares determinando a suspensão do PREGÃO CEL-SF Nº 001/2005, proferidas pelo Tribunal de Contas de São Paulo e nos autos do Mandado de Segurança nº124.367.0/9, em curso nesse E. Tribunal de Justiça, impetrado pelo BANESPA – Banco do Estado de São Paulo. **Ambas as decisões encontram-se REVOGADAS (docs. 09 e 11), sendo a liminar impugnada no presente pedido de suspensão, a única decisão judicial a obstar o prosseguimento do certame.**

Desta maneira, em consonância com todas as razões aqui expostas, requer a Municipalidade de São Paulo a **SUSPENSÃO DA LIMINAR CONCEDIDA PELA M.M. JUÍZA DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**, possibilitando-se o prosseguimento da licitação na modalidade Pregão CEL – SF nº 001/2005 (Processo Administrativo nº 2005-0.111.124-3), que tem por objeto a contratação de serviços bancários, divididos em 04 (quatro) itens distintos, a serem licitados individualmente, como medida da mais alta e lúdima **JUSTIÇA!**

São Paulo, 01 de setembro de 2005.

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS

- **doc 01** – Cópia da Decisão Liminar concedida;
- **doc. 02** Cópia da decisão proferida no agravo de Instrumento nº 431.176.5/9, concedendo efeito suspensivo ao recurso **dada a relevância da fundamentação**;
- **doc.03** - Extrato integral de Andamento Processual demonstrando a não intimação da agravante da data do julgamento, bem como o resultado do mesmo, pelo não conhecimento do agravo de instrumento, sem análise da decisão agravada, e revogação do efeito suspensivo;
- **doc.04** - Petição inicial da Ação Popular;
- **doc.05** – Edital do Pregão nº 001/2005 CEL-SF;
- **doc.06** - Edital de Concorrência nº 003/2001 do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA para a contratação de serviços bancários;
- **doc.07** – Acórdão do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul;
- **doc.08** - Consulta prévia feita pelo Sr. Prefeito de São Paulo ao Tribunal de Contas e Resposta à consulta – da Legalidade do Certame;
- **doc.09** - Ofício do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, revogando a suspensão do certame, com manifestações dos órgãos técnicos;
- **doc.10** – Documentos que comprovam a vantagem da licitação à economia pública do Município de São Paulo.
- **doc.11** – Decisão do Exmo. Sr. Desembargador Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo que cassou a medida liminar no Mandado de Segurança nº 124.367-0/9

BIBLIOGRAFIA

1. Abelha Rodrigues, Marcelo – “Suspensão de Segurança – Sustação da Eficácia de Decisão Judicial proferida contra o Poder Público” – Ed. Revista dos Tribunais – 2000 – p136/137.
2. Sundfield, Carlos Ary – parecer elaborado em 06/12/2004 após consulta da União de Bancos Brasileiros S/A – UNIBANCO
3. Sturzenegger, Luiz Carlos – parecer datado de 15/04/2005 em consulta formulada por União de Bancos Brasileiros S/A – UNIBANCO
4. Curso de Capacitação e Atualização: Pregão (Presencial e Eletrônico) e Sistema de Registro de Preços (Curso promovido pela Zênite Assessoria & Promoções em Brasília - DF, dias 02, 03 e 04 de abril de 2002; Curitiba-PR, Editora Zênite, 2002 - pág.9
5. Scarpinella, Vera – “Licitação na Modalidade Pregão” – Ed. Malheiros – 1ª edição/2003 – p.81/82.
6. Meirelles, Hely Lopes – “Mandado de Segurança” – Malheiros Editores – 27ª edição – p.89
7. Jurisprudências coletadas do Supremo Tribunal Federal, Tribunal de Justiça dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul
8. Jurisprudências coletadas de consultas formuladas aos Tribunais de Contas do Município e do Estado de São Paulo

Prêmio "OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO"- 2006

Informações em Mandado de Segurança – ISS dos Notários e Registradores

Dr. Paulo Marcos Rodrigues de Almeida

Procurador do Município de São Paulo – FISC 42

RESUMO DA PEÇA PROCESSUAL

(Informações-Defesa do Município no MS 1182/053.06.125226-6, 2ªVFP)

A partir do segundo semestre de 2006, o Município de São Paulo foi alvo de uma avalanche de ações judiciais questionando a constitucionalidade da cobrança do imposto sobre serviços – ISS incidente sobre os serviços notariais e de registro, prestados pelos mais de cem cartórios extrajudiciais existentes na cidade. Foram mais de uma centena de ações declaratórias de inexistência de relação jurídica tributária e mandados de segurança ajuizados no curto período de três meses.

A presente peça processual é uma das inúmeras defesas produzidas pelo Procurador signatário quando do exercício de suas atribuições junto à Subprocuradoria responsável pelo contencioso tributário relativo ao ISS no Departamento Fiscal da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo (FISC 42).

Trata-se de informações em mandado de segurança, dividindo-se a peça em seis tópicos, abrangentes desde a detida exposição da realidade fática subjacente à impetração até a questão tributária de fundo, relativa à legitimidade da cobrança do ISS dos notários e registradores, passando pelo exame de questões processuais relevantes, representativas de obstáculos ao julgamento do mérito da ação mandamental.

Relativamente às questões processuais, as informações apontam a pendência de ação declaratória com idêntico objeto movida pelo titular do cartório impetrante e a decadência do direito à impetração. No tocante ao mérito, a peça aborda o

descumprimento de obrigações tributárias acessórias e a inexistência de imunidade tributária recíproca na espécie, analisando a natureza jurídica dos serviços notariais e de registro e da verba percebida a título de remuneração pelos notários e registradores, bem como a base de cálculo do ISS na espécie, concluindo-se pela constitucionalidade da tributação lançada pelo Município de São Paulo.

A defesa em evidência foi acolhida pelo MD. Juízo da 2ªVFP, que denegou a segurança pretendida e reconheceu a legitimidade da cobrança do ISS no caso.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª
VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SÃO PAULO**

MANDADO DE SEGURANÇA

Autos nº 1182/053.06.125226-6

O **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, por seu Procurador infra-assinado, requerendo seu ingresso no feito como assistente litisconsorcial passivo nos autos do mandado de segurança em epígrafe, impetrado por **12º Tabelião de Notas de São Paulo**, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar suas **INFORMAÇÕES-DEFESA**, consubstanciadas nas razões adiante expostas.

1. SÍNTESE DO PROCESSADO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por serventia extrajudicial, em que se postula seja *suspensa definitivamente a cobrança do ISS* sobre os serviços notariais e de registro que presta (item 21.1 da lista anexa à Lei Complementar 116/03, reproduzido na Lei Municipal nº 13.701/03), (cf. pedido final, à fl. 46).

Sustenta o demandante que, por força da Lei Complementar 116/03, está sujeito ao recolhimento do ISS calculado com alíquota fixa de até 5% sobre a receita bruta aferida.

Relata o autor do *writ* que a lei municipal que cuida do ISS na Cidade de São Paulo (Lei 13.701/03) criou dois códigos de recolhimento aplicáveis aos serviços notariais e de registro, sendo um referente a pessoa jurídica (03875), para recolhimento do tributo à alíquota de 5% sobre o faturamento, e outro referente a pessoa física (04014), para recolhimento do tributo à alíquota de 5% sobre R\$ 909,77 (regime especial de recolhimento).

Alega o impetrante que, “*objetivando regulamentar a exigência do ISSQN conforme a Lei 13.701/03, a Prefeitura do Município de São Paulo editou o Decreto nº 47.350 de 06/06/2006, instituindo a nota fiscal eletrônica – Nfe*” (cf. fl. 03). Na mesma data, teria sido editada pela Secretaria de Finanças do Município a Portaria SF 72/06, “*que incluiu as serventias extrajudiciais não oficializadas na relação dos prestadores de serviços obrigados à emissão do referido documento fiscal, além de classificar a atividade no código 03875, ou seja, na qualidade de pessoa jurídica*” (cf. fl. 04).

Aqui, então, surge o ato apontado como coator pelo impetrante, que entende que “*a partir de 01/09/2006, conforme enunciado pela referida Portaria, o notário e registrador inscrito no CCM com base no CNPJ – código 03875, portanto, na qualidade de pessoa jurídica, estará, dessa forma, obrigado a emitir a nota fiscal eletrônica bem como recolher o ISSQN utilizando como base de cálculo o faturamento*” (cf. fl. 04).

Sustenta o autor do *writ*, ainda, que, após a edição da Portaria SF 72/06, “*ficou evidente a pretensão da Municipalidade em exigir o ISSQN sobre o total das notas fiscais emitidas*” (cf. fl. 05).

Diante disso, o impetrante promoveu o cancelamento de sua inscrição como pessoa jurídica no Cadastro de Contribuintes Mobiliários – CCM, visando a afastar a alegada pretensão do Fisco Municipal de exigir o ISS com base no total do faturamento.

O ato coator contra o qual se insurge o impetrante, portanto, é a alegada possibilidade de exigência do ISS incidente sobre os serviços notariais e de registro tomando como base de cálculo o total do faturamento do cartório desde a entrada em vigor da Lei 13.701/03 até a data do cancelamento do CCM com base no CNPJ, possibilidade essa que, segundo entende, surgiu com a edição do Decreto 47.350/06 e da Portaria SF 72/06, que regulamentam a emissão da nota fiscal eletrônica no Município de São Paulo.

Requeru o impetrante a concessão de medida liminar “*para que a autoridade coatora se abstenha de exigir os recolhimentos do ISS sobre os*

serviços notariais e registrais por ele prestados desde o início da vigência da Lei Municipal nº 13.701/03 até 25 de agosto de 2006, data do cancelamento da inscrição no CCM com base no CNPJ, nos moldes da LC 116/03, Lei Municipal nº 13.701/03, Decreto 47.350/06 e Portaria nº 72” (cf. fl. 46).

Entendendo este MD. Juízo que, “*com base na nova legislação municipal acima apontada e Cadastro de Contribuintes Mobiliários, o Município de São Paulo passou a classificá-lo como pessoa jurídica, incidindo a base de cálculo própria destes contribuintes*”, foi deferida a liminar postulada, para impedir a autoridade impetrada de adotar medidas tendentes à constituição do crédito tributário discutido (cf. r. decisão de fls. 59/61).

Por fim, após discorrer longamente sobre a ilegitimidade constitucional da tributação dos serviços notariais e de registro (por se tratar de serviço público, delegado pelo Estado e remunerado diretamente pelos usuários mediante o pagamento de tributo, fazendo incidir a imunidade tributária recíproca outorgada pela norma inscrita no art. 150, VI, a da Constituição Federal) – não obstante nenhuma linha tenha sido escrita contra a nova legislação municipal que, alegadamente, seria a base do afirmado ato coator – pede o impetrante seja definitivamente afastada a incidência do ISS sobre os serviços que presta.

Notificada a autoridade tida por coatora, ora vem o Município, regularmente intimado (cf. Lei 10.910/04, art. 19), requerer sua admissão no processo e apresentar a defesa do ato impugnado no *writ*.

2. DA REALIDADE DOS FATOS

Presente o relatório acima, impõe-se registrar, contudo, que os fatos subjacentes à impetração não são tais e quais noticiados pelo impetrante, cabendo esclarecer este MD. Juízo da realidade de fato existente.

Com efeito, afirma o impetrante que os tabeliães e oficiais de registro estão, no âmbito da Lei Complementar 116/03, sujeitos à cobrança do ISS com alíquota fixa de até 5% sobre a receita bruta auferida (v. fl. 03).

Data venia, isso não é verdade.

Não obstante seja sabido competir à lei municipal a fixação do valor da base de cálculo e do percentual das alíquotas do ISS – e não à lei complementar, portanto, que só estabelece normas gerais sobre o tributo

– mesmo a lei municipal paulistana não sujeita os notários e oficiais de registro à alíquota de 5% sobre a receita bruta auferida.

A Lei Municipal 13.701/03, que alterou a legislação do imposto sobre serviços na Cidade de São Paulo, adequando-a à Lei Complementar 116/03, estabeleceu para os tabeliães e registradores um regime especial de recolhimento, o mesmo dos profissionais autônomos, em que se tem em consideração uma receita bruta mensal de R\$ 800,00. Confira-se:

“Art. 15. Adotar-se-á regime especial de recolhimento do imposto: I - quando os serviços descritos na lista do “caput” do artigo 1º forem prestados por profissionais autônomos ou aqueles que exerçam, pessoalmente e em caráter privado, atividade por delegação do Poder Público, estabelecendo-se como receita bruta mensal os seguintes valores:

a) R\$ 800,00 (oitocentos reais), para os profissionais autônomos ou aqueles que exerçam, pessoalmente e em caráter privado, atividade por delegação do Poder Público, cujo desenvolvimento que exija formação em nível superior; (...)” (grifamos).

Ou seja, por força da legislação municipal, está o impetrante obrigado ao recolhimento de ISS calculado à alíquota de 5% sobre R\$ 909,77 (valor atualizado para o presente exercício 2006).

De outra parte, afirma o impetrante que, “*objetivando regulamentar a exigência do ISSQN conforme a Lei 13.701/03, a Prefeitura do Município de São Paulo editou o Decreto nº 47.350 de 06/06/2006, instituindo a nota fiscal eletrônica – Nfe”* (v. fl. 03).

Data venia, isso também não é verdade.

A Nota Fiscal Eletrônica de Serviços – NF-e foi instituída pela Lei Municipal 14.097/05 e regulamentada pelo Decreto 47.350/06, consistindo no “documento emitido e armazenado eletronicamente em sistema próprio da Prefeitura do Município de São Paulo, com o objetivo de registrar as operações relativas à prestação de serviços” (Decreto 47.350/06, art. 1º).

Ou seja, a instituição da NF-e nada tem que ver com a “regulamentação da exigência do ISSQN conforme a Lei 13.701/03”. Cuida-se, tão somente, da disciplina de obrigações acessórias relativas aos prestadores de serviço, que continuam cumprindo a obrigação principal – i.é., recolhendo o ISS – na conformidade da Lei Municipal 13.701/03.

Afirma o impetrante, ainda, que o Município “veiculou a Portaria nº 72 que incluiu as serventias extrajudiciais não oficializadas na relação dos prestadores de serviços obrigados à emissão do referido documento fiscal, além de classificar a atividade no código 03875, ou seja, na qualidade de pessoa jurídica” (v. fl. 04). Assim, “a partir de 01/09/2006, conforme enunciado pela referida Portaria, o notário e registrador inscrito no CCM com base no CNPJ – código 03875, portanto, na qualidade de pessoa jurídica, estará, dessa forma, obrigado a emitir a nota fiscal eletrônica bem como recolher o ISSQN utilizando como base de cálculo o faturamento” (v. fl. 04)

Aqui, *data venia*, confunde-se redondamente o impetrante.

Em primeiro lugar, a Portaria SF 72/06 não classificou a atividade dos notários e registradores no código 03875 (pessoa jurídica), nem tampouco os obrigou a recolher o ISS utilizando como base de cálculo o faturamento.

O código de recolhimento mencionado (03875 – serviços de registros públicos, cartorários e notariais, pessoa jurídica), assim como o código 04014 (*prestação de serviço não referenciado em outro código do grupo Jurídicos, Econômicos e Técnico-Administrativo, prestado por profissional autônomo, cujo desenvolvimento exija formação em nível superior ou por quem exerça, pessoalmente e em caráter privado, atividade por delegação do Poder Público*) foram criados pela Portaria SF 14/04, que aprovou novas tabelas de códigos de serviço, cálculo, livros e documentos fiscais do imposto sobre serviços, tendo em vista a Lei Municipal 13.701/03, que alterou a legislação do ISS na Cidade de São Paulo para adequá-la à Lei Complementar 116/03 (v. doc. anexo).

Assim, é equivocada a afirmação de que o impetrante, por força da nova legislação relativa à Nota Fiscal Eletrônica (particularmente a Portaria SF 72/06), estaria obrigado a “recolher o ISSQN utilizando como base de cálculo o faturamento” (cf.. fl. 04). E isso porque a indigitada Portaria SF 72/06 nada mais fez que relacionar códigos de serviço já existentes (criados pela Portaria SF 14/04) para obrigá-los à emissão do novo documento fiscal. O regime de recolhimento do ISS, como já assinalado, é aquele previsto na Lei Municipal 13.701/03, em nenhum momento alterado pela legislação atinente à obrigação acessória.

Vale dizer, a Lei Municipal 14.097/05, o Decreto 47.350/06 e a Portaria SF 72/06 (que instituem e regulamentam a NF-e) impugnados neste *writ*, em nenhum momento classificam o impetrante neste ou naquele código, tampouco afirmam que as serventias extrajudiciais estão obrigadas a recolher o ISS à alíquota de 5% sobre o faturamento, fato que caracterizaria, segundo a inicial, o suposto ato coator.

Nesse passo, se o ato apontado como coator seria a inscrição do impetrante no código de serviço 03875 (pessoa jurídica), que supostamente o obrigaria a recolher o ISS calculado com base no total de seu faturamento (como afirmado à fl. 07), insurge-se o impetrante não contra a Portaria SF 72/06, como afirma, mas sim contra a Portaria SF 14/04 – que criou o código combatido – e, em última análise, contra a própria Lei Municipal 13.701/03, que instituiu os regimes de recolhimento do ISS.

Veja-se que o impetrante não foi inscrito no código 03875 porque está a obrigado a emitir a NF-e; ao contrário, o impetrante só se viu obrigado a emitir a NF-e porque *já estava inscrito no CCM sob o código 03875*, como pessoa jurídica. O próprio impetrante se desmente, ao afirmar, textualmente, *“que sempre manteve inscrição no CCM Cadastro de Contribuintes Mobiliários com base no CNPJ e em nome da Serventia, considerando que referida inscrição no CCM era necessária apenas para recolhimentos de algumas taxas municipais”* (cf. fl. 04).

O que fez a Portaria SF 14/04 – ao criar os novos códigos de serviço adequados à Lei Complementar 116/03 – foi promover a atualização dos códigos antigos para os contribuintes já inscritos no Cadastro de Contribuintes Mobiliários (cf. determinado pelo item 3 do ato normativo). Assim, estando o impetrante inscrito no CCM como pessoa jurídica desde 26.03.1979, sob o nº 8.457.069-5, com código de estabelecimento 32301, houve a sua inclusão no novo código da pessoa jurídica, cumprindo registrar, por oportuno, que mais do que *direito* de pedir a revisão da atualização de ofício, era *dever* de todo contribuinte comunicar ao Fisco eventuais equívocos, promovendo a atualização cadastral junto ao CCM quando a correlação procedida de ofício não correspondesse à atividade de fato exercida (cf. CTN, art. 113, §2º e item 4 da Portaria SF 14/04).

Esta a realidade dos fatos.

3. DA PENDÊNCIA DE AÇÃO DECLARATÓRIA VERSANDO PRECISAMENTE O MESMO OBJETO DESTES MANDADOS DE SEGURANÇA: CONEXÃO

Antes de adentrar no exame das questões suscitadas na presente demanda, impende registrar, preliminarmente, que foi ajuizada pelo representante do cartório extrajudicial impetrante, sr. Homero Santi, ação declaratória (autos nº 1232/053.06.126387-0, distribuídos aos 11.09.2006 à 3ª Vara da Fazenda Pública) visando a declarar a inexistência precisamente da relação jurídica discutida neste *writ*, isto é, relação jurídica tributária que obrigue o 12º Tabelião de Notas de São Paulo a recolher o ISS sobre serviços notariais e de registro (vide docs. em anexo).

Na ação declaratória referida, ocupa o pólo ativo da demanda o sr. Homero Santi, na qualidade de “representante legal do 12º Tabelionato de Notas de São Paulo”, deduzindo *pedido idêntico* ao deduzido neste mandado de segurança; ou seja, requer o autor a procedência do pedido para “suspender definitivamente a cobrança do ISS” sobre os serviços notariais e de registro a cargo da serventia extrajudicial que titulariza (v. docs. em anexo).

O presente mandado de segurança, por sua vez, foi impetrado pela própria serventia extrajudicial, “*por seu representante legal HOMERO SANTI*” (vide fl. 02), e traz o mesmo pedido da ação declaratória mencionada, postulando-se a concessão da segurança “para suspender definitivamente a cobrança do ISS” (vide fl. 46).

Assim, está-se diante de duas demandas visando à tutela jurisdicional do mesmo interesse, duas ações com o mesmo objeto: uma interposta pelo representado, por seu representante (este *writ*) e outra ajuizada pelo representante, em defesa do representado (a ação declaratória).

Presente este cenário, não resta dúvida de que uma das duas ações deve ser extinta por ilegitimidade ativa *ad causam*, uma vez que, sendo único o interesse perseguido (não tributação por ISS dos serviços prestados pelo 12º Tabelião de Notas de São Paulo), não podem representante e representado ser seus titulares ao mesmo tempo. Vale dizer, ou o afirmado direito de não ser tributado pertence ao cartório enquanto núcleo de funções públicas provido de personalidade judiciária (o Tabelionato, o Ofício de Registros, etc.) ou pertence ao momentâneo titular da serventia enquanto pessoa física.

Tal afirmação assume relevo ainda maior quando se vislumbra a possibilidade de decisões contraditórias, podendo ocorrer de se conceder a ordem neste mandado de segurança (“suspendendo definitivamente a cobrança do ISS” na espécie) e de se julgar improcedente o pedido da ação declaratória concorrente (reconhecendo-se o dever de pagar o imposto sobre os mesmos serviços), tornando irremediavelmente inexecutíveis os julgados.

Entende este Procurador ser parte legítima para buscar a tutela jurisdicional, na espécie, a serventia extrajudicial enquanto entidade, sendo ela quem titulariza a relação jurídica de direito material discutida, e não o seu ocupante momentâneo, que é mero representante do ente. Afinal, como sempre e sempre afirmado pela doutrina, *representante não é parte* (vide, por todos, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de Direito Processual Civil, II, p. 114). Por essa razão, deixa-se de arguir a ilegitimidade ativa *ad causam* neste processo, para fazê-lo na ação declaratória.

Contudo, é de rigor trazer a este juízo a notícia da existência de ação com idêntico objeto ajuizada pelo representante da impetrante e subscrita pelo mesmo patrono que assina a inicial deste *writ*.

Sem embargo da máxima amplitude que se deva dar à liberdade de demandar e ao direito constitucional de ação, quer nos parecer que as iniciativas processuais do 12º Tabelião de Notas de São Paulo – e de inúmeros outros tabeliães e registradores que têm adotado o mesmo procedimento de propor duas ações idênticas, uma em nome do cartório e outra em nome de seu titular – conduzem a manifesto tumulto jurídico-processual, carreando aguda insegurança e incerteza para as relações jurídicas que se discute em juízo.

Assim, a se duvidar de má-fé – móvel que exigiria pronta e severa censura judicial – é inegável que a situação noticiada está a merecer, ao menos, adequado equacionamento, a fim de se evitar a proliferação de decisões conflitantes e julgados inexecutíveis. Vale dizer, ainda que se admita a viabilidade jurídica da co-existência do mandado de segurança e da ação declaratória com o mesmo objeto, é inegável a existência ao menos de conexão na espécie, visto que a causa de pedir e o pedido deduzidos são rigorosamente idênticos em ambas as ações (suspensão definitiva da cobrança do ISS, por suposta incidência da imunidade tributária recíproca).

Presente esse cenário, é de rigor o reconhecimento de que o presente mandado de segurança e a ação declaratória nº 1232/06 da 3ªVFP

são *conexos*, nos exatos termos do art. 103 do Código de Processo Civil (identidade do objeto e também da causa de pedir).

Diante da manifesta conexão entre as duas demandas, impõe-se – por exigência da norma constante do art. 105 do CPC – sejam reunidas as ações propostas em separado para que recebam julgamento simultâneo. Correndo em separado as duas ações conexas, e tendo os juízos desta 2ª VFP e da 3ªVFP a mesma competência territorial, aplica-se o disposto no art. art. 106 do Estatuto Processual, que estabelece, nesses casos, a prevenção do juízo que despachou em primeiro lugar.

Considerando que nestes autos o despacho notificatório se deu aos 25.09.2006 – depois, portanto, de ordenada a citação nos autos do processo 1232/06 da 3ªVFP (que se deu aos 15.09.2006, cf. docs. em anexo) – tem-se, inescapavelmente, de reconhecer a prevenção do MD. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, que se tornou o único juízo competente para conhecer das questões versadas na presente demanda.

Sendo assim, diante da prevenção do MD. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, impõe-se a remessa dos presentes autos àquele MD. Juízo para julgamento conjunto das demandas, o que desde já se requer.

4. DA DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO DO WRIT EM RELAÇÃO AOS ATOS IMPUGNADOS

Antes de examinarmos o mérito da impetração, cumpre anotar, preliminarmente, que o presente mandado de segurança não comporta conhecimento, tendo em vista o decurso do prazo decadencial de 120 dias desde a ciência inequívoca dos atos combatidos.

Não obstante a narração confusa dos fatos no libelo inicial, com a menção equivocada a certos atos normativos e a omissão de outros, é inegável, até por conta do pedido final formalmente deduzido, que o impetrante pretende ver-se livre da incidência do ISS calculado pela alíquota de 5% sobre o total de seu faturamento, insurgindo-se declaradamente contra a sua inscrição no código de recolhimento 03875, como pessoa jurídica.

Presente este cenário, é de ver que o suposto ato coator combatido – a inscrição no CCM como pessoa jurídica, pelo código de recolhimento 03875 – foi determinada pela Portaria SF 14/04 e não pela nova legislação

relativa à nota fiscal eletrônica – NF-e, como já esclarecido no item 2 desta peça. Como já assinalado, a Portaria SF 72/06 não classificou a atividade do impetrante no código 03875 (pessoa jurídica) nem tampouco o obrigou a recolher o ISS utilizando como base de cálculo seu faturamento.

Foi a Portaria SF 14/04 – que aprovou novas tabelas de códigos de serviço tendo em vista a Lei Municipal 13.701/03 e a Lei Complementar 116/03 – o ato normativo que criou os códigos de recolhimento 03875 (serviços de registros públicos, cartorários e notariais, pessoa jurídica) e 04014 (*prestação de serviço não referenciado em outro código do grupo Jurídicos, Econômicos e Técnico-Administrativo, prestado por profissional autônomo, cujo desenvolvimento exija formação em nível superior ou por quem exerça, pessoalmente e em caráter privado, atividade por delegação do Poder Público*).

Assim, não é por força da nova legislação relativa à Nota Fiscal Eletrônica (particularmente a Portaria SF 72/06) que o impetrante estaria obrigado a “recolher o ISSQN utilizando como base de cálculo o faturamento” (cf.. fl. 04). E isso porque a indigitada Portaria SF 72/06 nada mais fez que relacionar os códigos de serviço antes criados pela Portaria SF 14/04, obrigando-os à emissão do novo documento fiscal. O regime de recolhimento do ISS, repise-se, é aquele previsto na Lei Municipal 13.701/03, que em nenhum momento foi alterado pela legislação atinente à obrigação acessória da NF-e.

Vale dizer, a Lei Municipal 14.097/05, o Decreto 47.350/06 e a Portaria SF 72/06 (que instituem e regulamentam a NF-e), impugnados neste *writ*, em nenhum momento classificaram o impetrante neste ou naquele código nem tampouco afirmaram que as serventias extrajudiciais estão obrigadas a recolher o ISS à alíquota de 5% sobre o faturamento, fato que caracterizaria, segundo a inicial, o suposto ato coator.

Nesse passo, se o ato apontado como coator é a inscrição do impetrante no código de serviço 03875 (pessoa jurídica) e a obrigação de recolher o ISS calculado com base no total de seu faturamento (como afirmado à fl. 07), insurge-se o impetrante não contra a Portaria SF 72/06, como afirma, mas sim contra a Portaria SF 14/04 – que criou o código combatido – e, em última análise, contra a própria Lei Municipal 13.701/03, que instituiu os regimes de recolhimento do ISS.

À luz destes fatos, é indisputável que o suposto ato coator impugnado neste *writ* ocorreu já há bem mais de 120 dias (vez que a publica-

ção da Portaria SF 14/04 se deu aos 03.03.2004), fazendo incidir a norma inscrita no art. 18 da Lei 1.533/51, que prevê o prazo decadencial para a impetração do mandado de segurança.

Com efeito, o dispositivo legal mencionado estipula o prazo de 120 dias, contados da ciência, pelo interessado, dos atos que impugna, para a veiculação de sua pretensão valendo-se do mandado de segurança.

Não se afigura zelo excessivo lembrar que o prazo decadencial para impetração do mandado de segurança, não obstante as críticas de que já se viu alvo, teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em valioso acórdão da relatoria do eminente Min. CELSO DE MELLO (MS-AgR 23.795-DF, DJ 02.03.2001), visto que o prazo de 120 dias opera a extinção apenas do direito de impetrar o *writ* constitucional, e não a extinção do próprio direito subjetivo afirmado pelo impetrante, que remanesce, se digno de proteção, amparável por qualquer outro meio ordinário de tutela jurisdicional. O tema, hoje, é objeto de súmula, inclusive (verbete nº 632 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal).

Assim, decorrido o prazo decadencial entre a ciência do ato combatido (ocorrida com a publicação do ato normativo) e a efetiva impetração desta ação mandamental aos 31.08.2006, impõe-se o reconhecimento da extinção do direito de impetrar o *writ* constitucional para impugnação dos atos indicados, devendo ser extinto o processo sem apreciação do mérito, face à decadência.

Nesse passo, requer o Município, desde já, o reconhecimento da decadência nos termos do art. 18 da Lei 1.533/51 e a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito.

5. NO MÉRITO

5.1. Do descumprimento da obrigação acessória de promover a atualização cadastral junto ao Cadastro de Contribuintes Mobiliários

Na remota hipótese de restar não acolhida a preliminar de decadência acima aventada, impende agora, em obséquio ao princípio da eventualidade, examinar o mérito da impetração, em que melhor sorte não assiste ao autor do *writ*, havendo de ser denegada a segurança.

Como já assinalado, o ato apontado como coator seria a “imminente possibilidade” de o Fisco Municipal exigir o recolhimento do ISS sobre

os serviços notariais e de registro com base no total do faturamento do impetrante (como afirmado à fl. 07), por ter sido ele inscrito no código de recolhimento 03875 (pessoa jurídica).

Em primeiro lugar, não se pode perder de perspectiva que, se há “possibilidade” de cobrança do ISS segundo este ou aquele regime de recolhimento, tal não se deve a uma “opção” do Fisco Municipal, mas sim ao dever constitucional de cobrar o tributo nos moldes instituídos pela lei. Deveras, os regimes de recolhimento do ISS na Cidade de São Paulo (geral e especial) foram instituídos pela Lei Municipal 13.701/03, uma vez que somente a lei pode fixar a alíquota do tributo e sua base de cálculo (CTN, art. 97, IV).

Assim, foi a Lei Municipal 13.701/03 que estabeleceu o regime geral de que *“a base de cálculo do imposto é o preço do serviço, como tal considerada a receita bruta a ele correspondente”* (art. 14). Do mesmo modo, a Lei Municipal 13.701/03 determinou a adoção de “regime especial de recolhimento do imposto” para (a) os profissionais autônomos, (b) os que exercem, pessoalmente e em caráter privado, atividade por delegação do Poder Público e (c) as sociedades cujos profissionais (sócios, empregados ou não) são habilitados ao exercício da mesma atividade e prestam serviços de forma pessoal, em nome da sociedade, assumindo responsabilidade (art. 15).

Presente este panorama, é de ver que os notários e registradores foram submetidos, pela Lei Municipal 13.701/03, a regime especial de recolhimento, em que se tem em consideração uma receita bruta mensal de R\$ 800,00, como já assinalado no item 2 supra.

Assim, sendo variável o valor do repasse feito pelo Estado como remuneração dos notários e registradores (estabelecido em percentuais na legislação estadual, em razão do volume possivelmente maior ou menor de atos praticados num período), foi estabelecido pela lei municipal o valor fixo de R\$ 800,00, com as devidas atualizações, como sendo o preço do serviço pago pelo Estado ao seu delegatário.

Bem se vê, portanto, o quão equivocada é a afirmação do impetrante, de que, por força da nova legislação relativa à Nota Fiscal Eletrônica (particularmente a Portaria SF 72/06), estaria obrigado a *“recolher o ISSQN utilizando como base de cálculo o faturamento”* (cf.. fl. 04). E isso porque a indigitada Portaria SF 72/06 nada mais fez que relacionar códigos de serviço já existentes (criados pela Portaria SF 14/04) como

obrigados à emissão do novo documento fiscal. O regime de recolhimento do ISS era e continua sendo aquele previsto na Lei Municipal 13.701/03, em nenhum momento alterado pela legislação atinente à obrigação acessória da NF-e.

Vale dizer, a Lei Municipal 14.097/05, o Decreto 47.350/06 e a Portaria SF 72/06 (que instituem e regulamentam a NF-e), impugnados neste *writ*, em nenhum momento classificaram o impetrante neste ou naquele código nem tampouco afirmaram que as serventias extrajudiciais estão obrigadas a recolher o ISS à alíquota de 5% sobre o faturamento, fato que caracterizaria, segundo a inicial, o suposto ato coator.

O que se passa na espécie – como já esclarecido no item 2 supra – é que o impetrante só se viu obrigado a emitir a NF-e porque já estava inscrito no CCM como pessoa jurídica desde 26.03.1979, sob o nº 8.457.069-5, apresentando o código de estabelecimento 32301. O próprio impetrante afirma *“que sempre manteve inscrição no CCM Cadastro de Contribuintes Mobiliários com base no CNPJ e em nome da Serventia”* (cf. fl. 04).

Tendo em vista a alteração do arcabouço legislativo que disciplina o ISS, com a promulgação da Lei Complementar 116/03 e da Lei Municipal 13.701/03, houve a necessidade de adequação dos códigos de recolhimento existentes no Município, considerando a exclusão de alguns itens e a inclusão de outros na lista anexa de serviços. Foi editada então, pela Secretaria de Finanças do Município, a Portaria SF 14/04, que aprovou as novas tabelas de códigos de serviço, cálculo, livros e documentos fiscais do imposto sobre serviços, criando, dentre vários outros, os códigos 03875 e 04014, em que se poderia inscrever os prestadores de serviços notariais e de registro, conforme estivessem inscritos no Cadastro de Contribuintes Mobiliários como pessoas físicas ou jurídicas.

Ao criar os novos códigos de serviço adequados à Lei Complementar 116/03, a Portaria SF 14/04 impôs ao Departamento de Rendas Mobiliárias o dever de promover, de ofício, a atualização dos códigos antigos para os contribuintes já inscritos no Cadastro de Contribuintes Mobiliários. Veja-se, a propósito, o disposto pelo item 3 da referida Portaria:

“3 - Para os contribuintes já inscritos no Cadastro de Contribuintes Mobiliários – CCM até esta data, o Departamento de Rendas Mobiliárias promoverá, com os dados constantes do cadastro, a alteração de ofício dos códigos de serviço” (Portaria SF 14/04).

E a Portaria SF 14/04, ao assim determinar, nada mais fez que cumprir a legislação municipal pertinente, que estabelece que *“a Administração poderá promover de ofício inscrição, alterações cadastrais ou cancelamento da inscrição, na forma regulamentar”* (Lei Municipal 8.809/78, art. 7º).

Assim, considerando que nos dados constantes do cadastro figurava a inscrição do impetrante no CCM como pessoa jurídica desde 26.03.1979, foi promovida a sua inclusão no novo código criado para as pessoas jurídicas (código 03875).

Diante desta situação, entendendo o impetrante que sua inclusão no código de recolhimento da pessoa jurídica era indevida, deveria ter procurado o Fisco e requerido a alteração do cadastro, para figurar no código próprio daqueles que exercem, *pessoalmente e em caráter privado*, atividade por delegação do Poder Público (código 04014).

A mesma Portaria SF 14/04, aliás, assim determinou. Veja-se:

“4 – Na hipótese da conversão procedida pela Administração na forma do item 3 não corresponder à atividade ou objeto social exercido pelo contribuinte, o mesmo deverá promover a atualização cadastral junto ao CCM” (Portaria SF 14/04).

Em realidade, afigurava-se verdadeiro dever instrumental do impetrante – como de todo e qualquer contribuinte, aliás – promover a atualização de seus dados cadastrais diante da constatação de equívocos por parte da Administração. A mesma lei municipal acima citada determina que *“os dados apresentados na inscrição deverão ser alterados pelo contribuinte, na forma e nos prazos regulamentares, sempre que ocorram fatos ou circunstâncias que impliquem sua modificação”* (Lei Municipal 8.809/78, art. 6º).

Contudo, mesmo diante do dever legal de provocar o Fisco Municipal, permaneceu inerte o impetrante, eximindo-se do cumprimento da obrigação acessória que lhe competia. Inerte e silente por mais de dois anos, agora vem o impetrante queixar-se diretamente ao Judiciário de suposto equívoco a que ele mesmo dera causa.

Repise-se. A inclusão do impetrante no novo código de recolhimento da pessoa jurídica (código 03875, Portaria SF 14/04) só se deu porque ele, impetrante, já estava inscrito como pessoa jurídica junto ao Fisco. Nesse cenário, não havia como o Fisco ignorar os dados de que dispunha e incluir o contribuinte em código diverso.

Sendo assim, nada há de ilegal ou abusivo na conduta da Administração impugnada neste *writ*.

5.2. Da inexistência de imunidade tributária recíproca na espécie

Ainda que se saiba ser o mandado de segurança ação constitucional vocacionada a proteger direito líquido e certo ameaçado ou violado por ato ilegal ou abusivo de autoridade quando incabíveis o *habeas corpus* e o *habeas data*, não sendo, por isso mesmo, mero sucedâneo da ação declaratória de inexistência de relação jurídica, impende rebater as extensas colocações do impetrante extraídas de sua ação declaratória (ação nº 1232/06, 3ªVFP) e trazidas como causa de pedir também deste mandado de segurança.

Ao invocar a imunidade tributária recíproca de maneira abstrata e genérica, vale dizer, desvinculada de qualquer ato concreto de autoridade, pretende o impetrante, indisfarçavelmente, obter com este mandado de segurança provimento jurisdicional que o livre da incidência do ISS para sempre e em qualquer caso. Almeja-se, bem se vê, um salvo-conduto.

Sem embargo da indisfarçada desvirtuação do *writ* mandamental na espécie, é de ver que, ainda que se admitisse a viabilidade de se obter uma tal providência por meio do *mandamus*, ainda assim seria o caso de denegação da ordem.

5.2.1. Da regularidade formal da exação

Em primeiro lugar, é de ver que, formalmente, vício nenhum é apontado pelo demandante na exação em tela, repousando sua irresignação exclusivamente na alegação de inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre serviços notariais e de registro.

Deveras, com a promulgação da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, foram incluídos na lista anexa de serviços tributáveis, no item 21.01, os serviços de registros públicos, cartorários e notariais, iniciativa seguida pelo Município de São Paulo, que, promulgando a Lei Municipal nº 13.701/03, relacionou no art. 1º, item 21.01, os serviços de registros públicos, cartorários e notariais como hipótese de incidência do ISS.

Assim, determinado pela Constituição Federal que os serviços tributáveis sejam definidos em lei complementar, e estabelecidos pelo le-

gislador complementar quais sejam esses serviços, o legislador municipal nada mais fez que dar efetividade aos comandos constitucional e legal, editando a lei instituidora do tributo, em atendimento ao disposto pelo art. 97, I do Código Tributário Nacional.

A quaestio juris, portanto, repise-se, cinge-se a apurar a possibilidade constitucional de se incluir os serviços notariais dentre aqueles tributáveis por meio do ISS.

5.2.2. Da natureza jurídica da atividade notarial e de registro

Sustenta o demandante, Tabelião, que, por expressa determinação constitucional, presta serviço público. Olvida-se, no entanto – convenientemente – de um acréscimo constitucional que revela a verdadeira natureza jurídica de sua atividade.

Com efeito, as serventias extrajudiciais são instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas, destinadas a “*garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos*” (Lei 8.935/94, art. 1º).

Assim, como já assinalado pelo C. Supremo Tribunal Federal, “*os notários públicos e os oficiais registradores ‘são órgãos da fé pública instituídos pelo Estado’ e desempenham, nesse contexto, ‘função eminentemente pública’*” (RE 178.236-6, Pleno, voto do Min. CELSO DE MELLO). Trata-se, à toda evidência, do “*exercício de parcela da autoridade do Estado (do poder certificante) – que goza da presunção juris tantum de fé pública*” (idem).

Cumprir lembrar, neste ponto, em abono ao quanto afirmado, que a função dos Oficiais do Registro Civil das Pessoas Naturais é exercida, no exterior, pelos Cônsules do Brasil, circunstância que acentua ainda mais o caráter público das atividades notariais e registrais.

Contudo, não obstante se reconheça a oficialidade de que se revestem as funções notariais e de registro público, não se pode olvidar que são elas exercidas, obrigatoriamente, por força de expresso mandamento constitucional (CF, art. 236), em *caráter privado*. Aliás, a bem se atentar para a redação constitucional, a ênfase da norma em destaque, dada pela proposição que inaugura o dispositivo, é justamente para o fato de que “*os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado*”.

Nesse passo, está-se diante de atividades próprias do Poder Público, cuja prestação é traspassada para particulares mediante delegação, afim de que estes dela se desincumbam sob regime próprio, desvinculado do regime a que se submetem os serviços públicos prestados diretamente pelo aparelho estatal.

Assim, na precisa lição do eminente Min. CARLOS AYRES BRITTO, *“serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos propriamente. Categorizam-se como atividade jurídica stricto sensu, assemelhadamente às atividades jurisdicionais. E como função pública lato sensu, a exemplo das funções de legislação, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos que, nem por ser de exclusivo domínio estatal, passam a se confundir com serviço público”* (ADIn 2.602-0-MG, Pleno, grifamos).

Os titulares de serviços notariais e de registros, portanto, conquanto exprimam manifestação estatal em seu ofício, são estranhos ao conceito de funcionário ou de servidor público, posto que, por expressa determinação constitucional, conservam sua qualidade de particulares.

Não são servidores públicos titulares de cargos públicos de provimento efetivo na Administração Direta, nem em suas autarquias ou fundações de direito público, tampouco no Poder Judiciário ou na esfera administrativa do Legislativo. De igual modo, não são empregados contratados de nenhum dos entes mencionados, nem tampouco de empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público.

Os notários e registradores, enquanto delegados de função pública, nada mais são, portanto, segundo a valiosa lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que *particulares em colaboração com a Administração*, isto é, uma terceira categoria de agentes públicos – ao lado dos titulares de cargos de provimento efetivo e dos empregados públicos – composta *“por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para serviço militar) –, exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico”* (Curso de Direito Administrativo, 17ª edição, p. 232).

São particulares, “alheios à intimidade do aparelho estatal”, que *“praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados*

de força jurídica oficial” (idem, ibidem), tal como ocorre, por exemplo, com os diretores das Faculdades particulares regularmente reconhecidas, que não perdem a condição de particulares pelo só fato de exercerem função delegada pelo Poder Público.

Presente este panorama, é de ver que não aproveita ao impetrante a alegação de que os serviços notariais e de registro seriam intributáveis por se cuidar de serviços públicos, visto que, públicos na essência, são eles cometidos a particulares para que os prestem em *caráter privado* (CF, art. 236), da mesma forma que todos os outros serviços públicos concedidos, permitidos ou delegados.

Resta então, a questão de se saber se a remuneração percebida pelos notários tem natureza tributária (hipótese em que restaria confirmada a natureza pública da prestação dos serviços e afastaria, inclusive, a incidência do imposto de renda na espécie).

5.2.3. Da natureza não tributária da remuneração paga pelo Estado aos notários e oficiais de registro

É preciso muito cuidado para não confundir – como maliciosamente pretende o impetrante – as custas e emolumentos pagos pelos usuários dos serviços notariais e de registro *ao Estado* com a remuneração paga *pelo Estado* aos tabeliães e oficiais de registro.

Deveras, está-se a tratar de valores absolutamente diversos: (a) aqueles pagos pelos usuários do serviço estatal ao Estado, por meio do mecanismo de arrecadação conhecido como substituição tributária (as “custas e emolumentos”) e (b) a remuneração dos particulares titulares das serventias extrajudiciais devida pelo Estado, que lhes delega a função.

Com relação aos primeiros, é de ver que o C. Supremo Tribunal Federal tem proclamado reiteradamente a natureza jurídica de *taxa* das custas e emolumentos devidos às serventias extrajudiciais. No julgamento da ADIn 1.378 (MC)-ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *exempli gratia*, ficou assentado que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos” (RTJ 168/95). Confira-se ainda, no mesmo sentido, os acórdãos da ADIn 1.772 (MC)-MG,

Rel. Min. CARLOS VELLOSO (DJ 08.09.2000) e ADIn 1.145-6-PB, Pleno, Rel. Min. CARLOS VELLOSO (DJ 08.11.2002).

Compreende-se facilmente que assim o seja, visto tratar-se do desempenho de função eminentemente pública, verdadeiro exercício de parcela do poder estatal, ainda que sob regime de direito privado.

Contudo, tal circunstância – que não se discute – é absolutamente irrelevante para o deslinde da causa em tela.

E isso porque o que se está a tributar são os serviços prestados em caráter privado pelo impetrante, vale dizer, *o valor que está a servir de base de cálculo do imposto sobre serviços não é, à toda evidência, aquele pago pelos contribuintes de fato ao Estado, sob a forma de custas e emolumentos e mediante o mecanismo da substituição tributária, mas sim o valor pago pelo Estado aos notários e registradores, como remuneração pelo serviço prestado.*

Não obstante as investidas retóricas do ilustre patrono do impetrante, não se pode perder de perspectiva que *a remuneração dos tabeliães e registradores não se confunde com as custas e emolumentos pagos pelos usuários do serviço*, do mesmo modo que a remuneração dos escrivães e serventuários dos Ofícios Judiciais, por exemplo, não se confunde com as custas e despesas processuais.

Com efeito, é preciso ter presente que as custas e emolumentos pagos como contra-prestação dos serviços notariais e de registro constituem receita pública (Lei 4.320/64, arts. 9º, 56 e 57), *instituída e titularizada pelo Estado*, que é o sujeito ativo da relação jurídica tributária existente, único detentor de competência impositiva na espécie – dada sua condição de pessoa política – e senhor absoluto dessa receita.

É preciso ter presente, por relevante, que as custas e emolumentos são instituídos como contraprestação de toda a gama de serviços concernentes às funções técnico-administrativas destinadas *“a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos”* (Lei n.º 8.935/94, art. 1º) e não só à parcela delegada aos notários e oficiais de registro.

Ou seja, ao contrário do que pretende fazer crer o impetrante, o titular das custas e emolumentos pagos como contraprestação pelos serviços notariais e de registro é o Estado e não, à toda evidência, o titular da serventia, que é mero substituto tributário, que apenas recebe e repassa

os valores recebidos dos usuários do serviço ao Estado, nos prazos e na forma determinada pela legislação estadual.

Se é certo que as custas e emolumentos constituem receita tributária, qualificando-se como *taxa* – como admite e propugna o próprio autor do *writ* – seria um contra-senso afirmar que esses valores pertenceriam não ao ente tributante, mas ao particular delegatário do serviço, que atua, por força de lei, como substituto tributário na espécie. Aliás, nem poderia ser diferente – não obstante o esforço empreendido pelo ilustre patrono do impetrante – uma vez que “*a competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos*” (CTN, art. 7º).

Como já assinalado, os notários e registradores apenas intermedeiam o recolhimento do tributo, mediante o mecanismo da substituição tributária, conforme disposto pela Lei de Custas (Lei Estadual 11.331/02), como, de resto, reconhecido pelo próprio impetrante em sua inicial:

“Art. 1º. Os emolumentos relativos aos serviços notariais e de registro têm por fato gerador a prestação de serviços públicos notariais e de registro previstos no art. 236 da Constituição Federal e serão cobrados e recolhidos de acordo com a presente lei e as tabelas anexas.

Dos Contribuintes e Responsáveis

Art. 2º. São contribuintes dos emolumentos as pessoas físicas ou jurídicas que se utilizarem dos serviços ou da prática dos atos notariais e de registro.

Art. 3º. São sujeitos passivos por substituição, no que se refere aos emolumentos, os notários e os registradores.

(...)”.

Presente este cenário jurídico-normativo, resta evidente que, ao contrário do quanto afirmado pelo demandante, os notários e registradores não titularizam as custas e emolumentos, que pertencem, por sua própria natureza tributária, ao Estado.

Depreende-se claramente que o titular da serventia é mero arrecadador do tributo, que, *por substituição*, recebe e repassa os emolumentos ao Estado, nos prazos e na forma determinada pela Lei Estadual nº 11.331/02, retendo para si os valores que lhe cabem, após o repasse contábil ao Estado, vez que a totalidade dos valores recolhidos ingressam no orçamento como receitas do Estado (Lei 4.320/64, arts. 9º, 56 e 57).

Para que se admita a tese do impetrante é preciso que, antes, se reconheça a possibilidade jurídica de um particular titularizar receita tributária, circunstância que conduziria à flagrante violação das disposições do art. 7º do Código Tributário Nacional, segundo o qual a competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra.

Ter-se-ia, também, de admitir a possibilidade de ser atribuída a um particular, agente delegatário – *in casu*, substituto tributário – a cobrança de tributo, que como é cediço, compete exclusivamente às pessoas políticas, dentro da rígida repartição de competências tributárias estabelecida pela Constituição Federal.

O substituto tributário, contudo, indisputavelmente, é responsável apenas pela retenção e recolhimento do tributo.

Assim, uma vez que as taxas pertencem – tributária, orçamentária e financeiramente – ao Estado-membro, o que recebem os titulares das serventias extrajudiciais é apenas parcela dos emolumentos cobrados daqueles que se utilizam dos serviços notariais e de registro, parcela essa que, já integrada ao erário estadual, deixa de ostentar sua originária natureza tributária e se apresenta como quaisquer outros valores provenientes dos cofres públicos.

Vale lembrar, neste ponto, por mero favor dialético, que as disposições dos §§1º e 3º do art. 7º do CTN não se aplicam ao caso dos autos, como é evidente. Tampouco se cuida das hipóteses de entrega do produto de arrecadação taxativamente previstas no art. 159 da Constituição Federal.

Afirmado que os notários e registradores recebem do Estado – e não dos usuários do serviço – apenas parcela dos valores recolhidos como contraprestação dos serviços prestados, impõe-se enfatizar que *as custas e emolumentos concernentes aos serviços notariais não representam exclusivamente a contraprestação do efetivo custo da atividade desempenhada pelos titulares das serventias.*

E isso porque os serviços de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos não se resumem à atividade concretamente desempenhada pelos particulares delegatários de parcela dessa função estatal.

Deveras, os notários e registradores realizam, em favor do público em geral, apenas parcela da totalidade dos serviços públicos de notas e

registro, sendo certo que outras funções, não delegadas – e algumas até mesmo indelegáveis – são realizadas diretamente pelo próprio Poder Público, por meio do aparelho estatal, como, por exemplo, a licitação e a compra de selos para aposição nos atos de certificação e registro, a realização de correições e fiscalizações, serviços de direcionamento e definição das atribuições e limites territoriais dos respectivos serviços notariais.

Assim, não obstante a falsa impressão inicial, percebe-se facilmente que parcela significativa dos emolumentos cobrados dos tomadores dos serviços notariais e de registro representa contraprestação de serviços desempenhados pelo próprio Estado, por seus servidores, e não pelos tabeliães e registradores, delegados de função pública alheios à intimidade do aparelho estatal.

Veja-se, a propósito, o que dizem as normas gerais para fixação dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, dispostas, por força do §2º do art. 236 da Constituição Federal, na Lei Federal 10.169/00, convenientemente “esquecida” pelo demandante em sua petição inicial:

“Art. 1.º Os Estados e o Distrito Federal fixarão o valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro, observadas as normas desta lei.

Parágrafo único. O valor fixado para os emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados.” (grifamos).

Portanto, à luz do disposto pelas normas gerais aplicáveis à espécie, e ante o caráter vinculado da espécie tributária em tela (taxa), o valor cobrado dos usuários do serviço – custas e emolumentos – deverá levar em conta o custo efetivo de *todos* os serviços envolvidos na atividade notarial e de registro, bem como a remuneração a ser paga ao particular delegatário que presta *parcela* do serviço, em caráter privado.

Nesse contexto, cumpre lembrar a legislação estadual paulista que cuida do tema, já referida (Lei Estadual 11.331/02):

“Art. 19 Os emolumentos correspondem aos custos dos serviços notariais e de registro na seguinte conformidade:

I - relativamente aos atos de Notas, de Registro de Imóveis, de Registro de Títulos e Documentos e Registro Civil das Pessoas Jurídicas e de Protesto de Títulos e Outros Documentos de Dívidas:

- a) 62,5% (sessenta e dois inteiros e meio por cento) são receitas dos notários e registradores;
- b) 17,763160% (dezessete inteiros, setecentos e sessenta e três mil, cento e sessenta centésimos de milésimos percentuais) são receita do Estado, em decorrência do processamento da arrecadação e respectiva fiscalização;
- c) 13,157894% (treze inteiros, cento e cinquenta e sete mil, oitocentos e noventa e quatro centésimos de milésimos percentuais) são contribuição à Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado;
- d) 3,289473% (três inteiros, duzentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e setenta e três centésimos de milésimos percentuais) são destinados à compensação dos atos gratuitos do registro civil das pessoas naturais e à complementação da receita mínima das serventias deficitárias;
- e) 3,289473% (três inteiros, duzentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e setenta e três centésimos de milésimos percentuais) são destinados ao Fundo Especial de Despesa do Tribunal de Justiça, em decorrência da fiscalização dos serviços;

II – relativamente aos atos privativos do Registro Civil das Pessoas Naturais:

- a) 83,3333% (oitenta e três inteiros, três mil e trezentos e trinta e três centésimos de milésimos percentuais) são receitas dos oficiais registradores;
- b) 16,6667% (dezesseis inteiros, seis mil seiscentos e sessenta e sete centésimos de milésimos percentuais) são contribuição à Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado.” (grifamos).

Assim, diante do disposto pelas normas federais e estaduais relativas à fixação das custas e emolumentos, resta evidente que *o que tem natureza tributária são as custas e emolumentos pagos pelo público e titularizados pelo Estado*, e não a parcela repassada pelo Poder Público aos notários e registradores a título de remuneração pelos serviços prestados.

Frise-se: a remuneração dos notários e oficiais de registro não tem natureza tributária.

Cumprido lembrar, neste ponto, por relevante e oportuno, que toda a argumentação do impetrante no sentido da ilegitimidade da cobrança do

ISS sobre os serviços que presta repousa na alegação de que os notários e registradores seriam remunerados diretamente pelos usuários dos serviços prestados, mediante o pagamento de taxas. Assim, dada a natureza tributária dessa receita, estaria vedada pela Constituição da República (art. 150, VI, a) a instituição de impostos sobre os serviços por ela remunerados.

Contudo, sem embargo do respeito devido ao entendimento expandido na inicial, a alegação do impetrante, além de inverídica – como se viu nos parágrafos acima – é uma contradição em si mesma.

E isso porque, como já anunciado, de duas, uma: ou (a) as custas e emolumentos de fato pertencem aos tabeliães e registradores e, por isso mesmo, *não se revestem de natureza tributária*, pela simples razão de que particulares não detêm competência impositiva, e, por isso mesmo, essa receita pode servir de base de cálculo para a incidência do ISS; ou (b) os valores pagos pelos usuários dos serviços notariais e de registro *têm natureza tributária* e, por isso mesmo, *pertencem ao Estado*, que separa parcela dessa receita – já aqui, então, livre de sua originária natureza tributária – para remunerar os delegatários, hipótese em que se admite a tributação dos serviços pelo imposto municipal.

Veja-se que, *data venia*, não há como, no sistema jurídico-tributário brasileiro, uma determinada receita ostentar natureza tributária e não pertencer ao Estado. Ou é tributo e pertence ao Estado, ou não é tributo.

Na hipótese dos autos, como já assinalado, está-se diante de valores – custas e emolumentos – que efetivamente se revestem de natureza tributária, como já reconhecido pelo C. Supremo Tribunal Federal. Precisamente por essa razão, não há como se afirmar pertencerem esses valores aos particulares delegatários que, em colaboração com o Poder Público e sob regime de direito privado, desempenham os serviços notariais e de registro.

Diga-se mais uma vez: os valores retidos pelos tabeliães e oficiais de registro a título de sua remuneração (83,3333%, do total arrecadado no caso dos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, cf. Lei Estadual 11.331/02) não são tributo, mas sim pagamento saído dos cofres do Estado a um seu prestador de serviço.

Note-se, a propósito, que, tivesse a renda dos notários e registradores efetivamente a natureza de tributo, não poderia ela ser gravada nem mesmo pelo imposto de renda, por força da mesma imunidade tributária recíproca ora invocada, outorgada pela norma inscrita no art. 150, VI, a.

Logo, assim como se advoga a inconstitucionalidade da incidência do ISS na espécie, dever-se-ia pugnar, por imperativo lógico, também pela inconstitucionalidade da incidência do imposto de renda sobre a remuneração dos notários e oficiais de registro. Todavia, ao menos até onde se sabe, a ninguém ocorre sustentar tal tese, tamanho o absurdo jurídico e a repugnância que certamente causaria em todo o restante da massa trabalhadora brasileira, não tão bem remunerada e carente de tamanho privilégio.

Posta a questão nos termos acima, é inegável que a remuneração percebida pelos notários e registradores não se confunde com as taxas e emolumentos *devidos ao Estado*, decorrentes da relação jurídico-tributária que se estabelece entre o Estado-membro e o usuário do serviço público.

5.2.4. Da base de cálculo do imposto sobre serviços na espécie

Como já assinalado à exaustão, os notários e registradores foram submetidos, pela Lei Municipal 13.701/03, a regime especial de recolhimento, em que se toma em consideração uma receita bruta mensal de R\$ 800,00.

Assim, sendo variável o valor do repasse feito pelo Estado como remuneração dos notários e registradores (estabelecido em percentuais na legislação estadual, em razão do volume possivelmente maior ou menor de atos praticados num período), foi estabelecido pela lei municipal o valor fixo de R\$ 800,00, com as devidas atualizações, como sendo o preço do serviço pago pelo Estado ao seu delegatário.

Em realidade, o que se passa na espécie é o seguinte:

- 1) o usuário do serviço (sujeito passivo de fato) recolhe as custas e emolumentos devidos: *não é este o preço do serviço prestado pelos tabeliães e registradores*, por se tratar de receita tributária, pertencente ao Estado;
- 2) o tabelião ou registrador (sujeito passivo por substituição) faz o repasse de *toda* a receita tributária arrecadada ao Estado: *aqui também, por óbvio, não se cuida de preço do serviço notarial e de registro*;
- 3) o Estado, de posse da *totalidade* da receita arrecadada, repassa ao tabelião ou registrador o percentual referente à sua remuneração, que não ostenta natureza tributária (repassa meramente contábil, vez que, de fato, o valor fora retido pelo delegatário):

aqui é que se tem a base de cálculo do ISS incidente sobre os serviços notariais e de registro prestados pelo delegatário, sendo a efetiva remuneração do tabelião ou registrador o preço do serviço, estimado previamente pelo Fisco no valor de R\$ 800,00.

Nítido, portanto, que o Município não está a tributar serviços prestados pelo Estado nem a utilizar a totalidade dos valores arrecadados pelos notários e registradores (o que incluiria os valores retidos pelo Estado) como base de cálculo de seu imposto, mas tão somente aquela referente ao repasse a eles efetuado pelo Estado de São Paulo, circunstância que afasta a invocação da imunidade na hipótese, uma vez que os serviços, embora públicos na essência, são prestados em caráter privado por expressa imposição constitucional e os valores pagos pelo Poder Público aos particulares que lhe prestam serviços não ostentam natureza tributária, não havendo mácula na base de cálculo escolhida pela lei municipal.

Rigorosamente legítima, portanto, a incidência do imposto sobre serviços na espécie, não comportando acolhimento as razões do impetrante, motivo para a denegação da segurança.

5.2.5. Da ADIN 3.089, questionando a constitucionalidade dos itens 21 e 21.1 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03

Por fim, cumpre esclarecer, no tocante ao julgamento da ADIn 3.089, citada pelo impetrante, que o C. Supremo Tribunal Federal ainda não firmou posição a respeito da matéria.

Com efeito, a ADIn 3.089 foi ajuizada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR visando à declaração de inconstitucionalidade dos itens 21 e 21.1 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03 (serviços de registros públicos, cartorários e notariais).

Iniciado o exame do pedido de Medida Cautelar aos 20.09.2006, com votos do eminente Ministro Relator CARLOS AYRES BRITTO pela procedência e do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE pela *improcedência* do pedido, foi o julgamento adiado em razão de pedido de vista do eminente Min. JOAQUIM BARBOSA.

Do julgamento já iniciado, impende registrar as bens lançadas colocações do insigne Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, sempre sereno e preciso em seus votos:

“Se vamos levar essas definições para outros efeitos às últimas consequências, (no sentido de que) a renda do cartório é uma renda tributária, então como incidir um imposto de renda sobre uma renda tributária? (...) (o serviço notarial e de registro) é atividade estatal delegada tal como exploração de serviços públicos essenciais, mas enquanto atividade privada, é um serviço sobre o qual nada impede a incidência sobre do ISS” (fonte: boletim eletrônico de Notícias do C. Supremo Tribunal Federal, edição de 21.09.2006, 13h14min – www.stf.gov.br/noticias/imprensa).

Como se nota, portanto, além de toda a fragilidade da tese do impetrante já exposta nos tópicos acima, a questão está ainda indefinida nas lindes de nossa Corte Suprema, tendo um de seus mais eminentes e respeitados Ministros, contudo, já se manifestado no sentido da absoluta legitimidade constitucional da incidência do ISS sobre serviços notariais e de registro.¹

6. CONCLUSÃO

À luz das razões expendidas, REQUER o Município de São Paulo digne-se Vossa Excelência acolher a presente contestação para o fim de:

- *preliminarmente*, determinar a remessa dos autos ao MD. Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, prevento, DIANTE DA CONEXÃO deste processo com o de nº 1232/053.06.126387-0, distribuído aos 11.09.2006 àquela vara;
- *preliminarmente*, reconhecer a DECADÊNCIA do direito à impetração e extinguir o processo sem julgamento do mérito, diante do decurso de mais de 120 dias entre a ciência dos atos impugnados e o ajuizamento do *writ*, condenando-se o impetrante ao pagamento das custas e despesas processuais;
- *subsidiariamente*, em não sendo esse o entendimento de Vossa Excelência, DENEGAR A SEGURANÇA, igualmente condenando o impetrante nas verbas sucumbenciais.

São Paulo, 30 de outubro de 2006

¹ Com relação à ADIn 3.089, alguns meses após a elaboração desta peça, foi proferido voto-vista pelo eminente Min. Joaquim Barbosa (aos 26.04.2007), acompanhando a divergência inaugurada pelo insigne Min. Sepúlveda Pertence, que julgava improcedente a ação, no que foi acompanhado pelos ilustres Mins. Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes, tendo havido novo pedido de vista, pelo insigne Min. Marco Aurélio. Nesse passo, havendo 7 votos (dos 11 possíveis) favoráveis à incidência do ISS sobre os serviços notariais e de registro, tudo leva a crer será confirmada pelo C. Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da tribu:

Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Especial

Dra. Márcia Cristina Almada Barbosa

Departamento de Desapropriações

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE
DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

Desapropriação direta
Agravo de Despacho Denegatório de
Recurso Especial nº 390.076.5/0-03
Agravante: MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO
Agravados: FERNANDO VERGUEIRO E OUTROS
Origem: 5ª VFP - autos nº 646/89
Execução de Sentença – Processo de Execução
de Precatório nº 4975/95 - OC nº 280/96
Sala: 112

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua procuradora infra-assinada, não se conformando, "data máxima vênia", com a r. decisão da Egrégia Presidência da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de fls. 730/732, que não admitiu o processamento do Recurso Especial nº 390.076.5/0-03, manejado com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, artigos 541 e seguintes do Código de Processo Civil, pela violação ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, em que são recorridos **FERNANDO VERGUEIRO**

E OUTROS, vem, mui respeitosamente, interpor do presente recurso de **AGRAVO DE DESPACHO DENEGATÓRIO DE RECURSO ESPECIAL**, com fundamento no artigo 544, e seguintes, do Código de Processo Civil, combinados com o artigo 524, do mesmo Código, e da Resolução nº 1, de 31/01/96, da Egrégia Presidência do Superior Tribunal de Justiça, requerendo seja o mesmo recebido, e mandado processar, acompanhado das cópias das peças em anexo para a formação do instrumento, bem como a sua remessa imediata ao Superior Tribunal de Justiça, para tanto, declarando que:

EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA!
COLEDA TURMA!

I – DA EXPOSIÇÃO DOS FATOS E DO DIREITO

1 – A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO ajuizou em face de FERNANDO VERGUEIRO, CARMEM VIEITAS VERGUEIRO, SÉRGIO VERGUEIRO E MARIA TEREZA PELEGRINI VERGUEIRO, ação de desapropriação autuada sob o nº 646/89, perante o Juízo de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, objetivando, inicialmente, a incorporação ao patrimônio público da totalidade (126.104,42 m²) do imóvel (terreno e construções) contribuinte nº 157.080.0004/0005, situado na Estrada dos Ourives, s/nº, Rua Memorial de Aires e Rua Menino do Engenho, localizado no 21ª Subdistrito, Saúde, Município de São Paulo, declarado de interesse social pelo Decreto Municipal nº 27.974, de 14/08/89, por ser necessário a implantação de programa habitacional de apoio à população de baixa renda. Foi declarada urgência na imissão da posse, e posteriormente, houve desistência parcial da área de 21.339,97 m², remanescendo em desapropriação 104.764,45 m².

2 - No laudo aceito, datado de abril de 1991, o imóvel foi superavaliado em cerca de 12 vezes o valor de mercado, não correspondendo ao justo preço a indenizar, em franca contrariedade ao princípio da constitucional da justa indenização expropriatória, insculpido no artigo 5º, XXIV, da Carta Maior.

3 - Malgrado manifestações contrárias, impugnações e recursos da Fazenda Pública, e malgrado honradas, corajosas e inovadoras deci-

sões judiciais de 1º grau de jurisdição nos praticamente, 15 anos de litígio judicial, em 19 volumes — fora apensos, resiste incólume no processo da desapropriação judicial grave erro pericial e técnico a promover e a sustentar grave erro de julgamento, os quais mantêm uma astronômica, irreal e injusta condenação da Fazenda Pública Municipal, qual seja, a de pagar aos expropriados mais de R\$ 120 milhões pela expropriação apenas parcial de imóvel de sua propriedade, cujo valor de mercado não ultrapassa justos e reduzidos R\$ 8 milhões, em brutal desproporção ao prejuízo por eles sofrido, sem qualquer respeito e observância ao princípio da razoabilidade e da justa indenização expropriatória, valendo anotar mais, que jamais, em tempo algum, tiveram eles um desfalque em seu patrimônio particular nesse montante milionário por ato expropriatório da MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO sobre o imóvel em questão, nada havendo que justifique o desfalque — este, sim, vergonhosamente existente nos cofres públicos ! —, que, em contrapartida, vem sofrendo o Erário, em razão da a manutenção da indenização superavaliada.

4 - Realmente, não é nem mesmo razoável supor-se passível de indenização em mais de R\$ 120 milhões uma gleba bruta de periferia da Cidade de São Paulo, localizada em região de baixa renda, de baixo poder aquisitivo — uma fazendona improdutiva encravada em meio urbano, rodeada de casas de padrão inferior, típicas das regiões mais pobres da Cidade —, portanto, área vocacionada à construção de conjuntos habitacionais populares, quando se sabe que, no mercado, por, exemplificativamente, R\$ 50 milhões se adquire um prédio na região central da av. Paulista, considerado o metro quadrado mais caro do País.

5 - Essa brutal desproporção leva a juízo de experiência no sentido de que algo está errado, de que os expropriados estão se enriquecendo indevidamente com a desapropriação judicial, um enriquecimento sem causa, pois a indenização expropriatória que vêm recebendo para ser justa deveria corresponder ao desfalque por eles sofrido em seu patrimônio em valores de mercado, o que não ocorre, pois a indenização que lhes vem sendo paga é desmedida, está muito acima do prejuízo por eles sofrido, muito além do valor justo valor a indenizar, muito além do razoável. São valores incomparáveis, cujo desacerto salta aos olhos.

6 - Nesse contexto, é que foi prolatada a respeitável decisão interlocutória de fls. 4624/4633, dos autos principais, ou autos da ação de desapropriação nº 646/89, da 5ª Vara da Fazenda Pública, decisão que

foi guerreada pelos expropriados nos autos de Agravo de Instrumento nº 390.076-5/5-00, perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e nos quais consta em cópia às fls. 21/30; e, também, autos de agravo de instrumento nos quais, depois, se veiculou o Agravo Regimental nº 390.076.5/7-01, e o Recurso Especial nº 390.076.5/0-03, que não foi admitido pelo Tribunal "a quo" na decisão de fls. 730/732, dos mesmos autos, decisão esta que, agora, é objeto do presente Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Especial.

7 – Esclarece-se mais, que a respeitável decisão de primeiro grau agravada, de fls. 4624/4633, dos autos da ação de desapropriação, guerreada pelos expropriados nos autos do Agravo de Instrumento nº 390.076.-5/5-00, nos quais consta em cópia às fls. 21/30, é uma decisão irretorquível, irrepreensível, que dá bem a dimensão do gravame, da enorme lesão sofrida pelo Erário Municipal com a manutenção, no processo expropriatório, do laudo fraudado aceito, e da necessidade imperiosa que se tem de corrigir o grave erro pericial e de julgamento, que tanto malefício trouxeram e ainda trazem às partes litigantes, seus representantes, às instituições públicas envolvidas, entre as quais o próprio processo judicial expropriatório e ao Poder Judiciário — para estes, quiçá, muito mais que ao Erário Municipal que injustamente suporta milionária e indevida condenação; e o que não dizer de toda a laboriosa e honesta população paulistana, contribuinte municipal que vive de pagar pesados impostos na Cidade mais cara do País — quanta injustiça ! Confira-se toda a correção e o alcance, de benéficos efeitos legais e jurídicos, de resgate institucional, da corajosa decisão agravada :

"Trata-se de Ação de Desapropriação Direta proposta pelo Município de São Paulo em face de Fernando Vergueiro e outros, tendo por objeto um terreno urbano, de topografia irregular, no Jardim Saveiro, nesta Capital, sendo certo que o feito já foi julgado, fixando-se os valores indenizatórios, exaurindo-se os graus recursais. Com efeito, o valor inicialmente requisitado, através de precatório regular, alcançara a quantia de R\$ 54.532.800,59 (Cinquenta e quatro milhões, quinhentos e trinta e dois mil e oitocentos reais e cinquenta e nove centavos – Março de 1.995), importância essa que hoje alcança a soma de R\$ R\$ 122.807.420,76, de acordo com a atualização aritmética calculada com o uso da Tabela Prática do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Nesse percurso, após a expedição do precatório, os autores já procederam ao levantamento, até esta data, da quantia de R\$ 47.553,300,26

(Quarenta e sete milhões, quinhentos e cinquenta e três mil e trezentos reais e vinte e seis centavos), a qual atualizada, pela mesma tabela, importa no valor de R\$ 54.928.729,25, em razão dos pagamentos parciais realizados pelo município, assim discriminados:

1) R\$ 12.961.163,60 (Doze milhões, novecentos e sessenta e um mil, cento e sessenta e três reais e sessenta centavos) em julho de 2001, conforme fls. 2.323 dos autos;

2) R\$ 14.656.844,85 (Quatorze milhões, seiscentos e cinquenta e seis mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e oitenta e cinco centavos) em Janeiro de 2003, conforme fls. 3.454 dos autos (14º volume);

3) R\$ 19.935.291,81 (Dezenove milhões, novecentos e trinta e cinco mil, duzentos e noventa e um reais e oitenta e um centavos) em Fevereiro de 2004, conforme fls. 4.380 dos autos.

Fixadas essas observações, a Municipalidade Paulistana vem anunciando que neste processo existem as “mais escabrosas violações ao princípio constitucional da justa indenização expropriatória” (sic. fls. 4.481 dos autos, 19º volume), além de outros registros alusivos ao quebramento do princípio constitucional da moralidade pública, em especial aquele que afirma a existência de “laudo fraudado” (fls. 3.487 – 15º volume), o que não deve e não pode passar despercebido pelo magistrado.

Por essa lente, averbe-se que a decisão que fixara a indenização está envolvida pelo manto da coisa julgada, sendo certo que não se verifica a possibilidade jurídica do ajuizamento de ação rescisória do julgado.

No entanto, dentro do princípio da supremacia da ordem constitucional, cabe ao Magistrado verificar se está constitucionalmente ajustado admitir-se que a administração pública está obrigada a cumprir um precatório eventualmente envolvido por excesso, má-fé processual ou algum outro vício existente no curso natural do processo, em especial na parte alusiva à perícia primitiva, sendo esse o ponto nevrálgico desta fase da causa, o que se passará a enfrentar.

Antes do mais, crave-se que o Estado de Direito, mormente aquele escorado, como o Estado brasileiro, no regime democrático, impõe a submissão do poder ao Direito. O Estado revela-se como um progresso, a bem de conferir-se às relações jurídicas, mormente aquelas que envolvem a destinação do dinheiro público (o dinheiro público não tem voz, como muito destacou a nobre

Procuradora do Município – fls. 3.030 – 13º volume), um alicerce dentro dos elevados e fundamentais valores e princípios voltados à inviolabilidade da justiça social e do repúdio à desigualdade e ao uso do processo judicial como fonte de enriquecimento desprovido de justa causa.

Dentro desse norte, os valores da cidadania, da justiça e do bem comum, consoante dispõe o art. 1º, inciso II, combinado com o art. 3º, incisos II e IV, ambos da Carta Política de 1988, devem inspirar a decisão judicial, sempre com os olhos voltados para as exigências do bem comum (ar. 5º da LICC).

Ademais, diante da insistência e da gravidade do reclamo manifestado pelo Município de São Paulo, o qual afirma existe “precatório milionário” (fls. 2.424 – º volume) não pode e não deve o juiz simplesmente dar as costas à intensidade dessa afirmação, cometendo-lhe, com prudência, sopesá-lo, sem deixar de considerar a garantia constitucional decorrente da coisa julgada.

Em situações tais, portanto, o juiz somente poderá assegurar a eficácia de uma Constituição Cidadã e atender à norma constitucional que determina a observância dos princípios da moralidade pública (artigo 37, “caput”, da Constituição Federal) e da justa indenização, os quais se revestem em garantias individuais e coletivas na forma dos artigos 5º, XXIV e 37, caput, ambos da Constituição Federal, se, tanto por tanto, apurar a verdade ou a falta de verdade decorrente da afirmação do Município de São Paulo de que existe uma supervalorização do valor indenizatório, até porque se essa alegação não for apreciada, dar-se-á, reflexivamente, uma negação de jurisdição, o que também fere os citados dispositivos constitucionais.

A efetividade da lei e da Lei Magna, a esse propósito, não pode ficar na simples ficção, devendo haver a fiel aplicabilidade das normas constitucionais, em prol de que seja afastada a doença da impunidade, tão presente nos dias atuais.

Nesse sentido, em favor da busca de uma real eficácia da Constituição Federal, KONRAD HESSE, assinala que “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A constituição transforma-se em força ativa se estas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito

de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade da Constituição” (A força normativa da Constituição, tradução do Min. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1991, pág. 19).

Não se nega, assim, a dimensão formal e processual da coisa julgada, mas também não se pode malbaratar o interesse público na descoberta da eventual existência de indevido precatório “gordo” e envolvido por supervalorização evidente (fls.3.083 – 13º volume), sem fiel correspondência em indenização digna e justa.

Crave-se, portanto, que o povo de São Paulo não pode pagar por esse eventual desmazelo praticado no seio de processo judicial, o qual representa um instrumento público de realização da Justiça material e de garantia de cidadania.

Outrossim, é certo que o precatório pode ser “gordo”, desde que o poder público esteja pagando por um preço justo (da propriedade expropriada) e igualmente consolidado em prova cabal, idônea e capaz de justificá-lo.

Outrossim, o que se deve fazer para evitar a perniciosa omissão do confinamento de perícias duvidosas e abrigadas na coisa julgada (não se sabe se é o caso dos autos), em prol da carga axiológica e do respeito a um Estado Democrático de Direito, é que não se deixe de conservar a eficácia do princípio diretor da expropriação, qual seja o da justa indenização, impondo-se, por ordem lógica e adequada aos fins da norma constitucional garantista, que se refaça a perícia, a fim de que possa afastar-se ou confirmar-se definitivamente a alegação de indenização privilegiada, supervalorizada ou escabrosa e decorrente de laudo fraudado, como tanto se bate a nobre e combativa Procuradora do Município de São Paulo.

Deve se dar dimensão, pois, adequada, equilibrada, sensata, objetiva, racional e juridicamente constitucionalizada, ao princípio constitucional da moralidade pública (art.37, caput, da CF).

É imperativo que o Poder Judiciário não deixe de conhecer e decidir da alegação tão grave e escorchante, como é aquela da exis-

tência de um precatório manchado pela má-fé e ilicitude, até porque a requisição da quantia ao erário é feita por ato jurisdicional. Por essa lente, portanto, a moralidade pública é uma verdadeira pauta jurídica, de acordo com o autorizado magistério do eminente Professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros Editores, 17ª edição, 2004, Pág. 109), a qual se adequa ao pós-positivismo, o que se dinamiza com a chamada nova hermenêutica constitucional.

Nesse turno, é fundamental a reaproximação entre o direito e a ética, dentro da qual os princípios ocupam papel estrutural, posto que neles se fundem os pilares da moderna teoria constitucionalista.

Aliás, o eminente Professor LUÍS ROBERTO BARROSO, após citar os ensinamentos da doutrina alemã de ROBERT ALEXY, em recentíssimo trabalho doutrinário (Revista Forense, 371/183), mostra que os "princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir", marcando-se, ainda, que a aplicação dos princípios constitucionais ao caso concreto, mesmo diante de eventual colisão entre essas diretrizes, deve se fazer pelo espelho da ponderação.

Nesses moldes, quando o juiz está diante de uma situação excepcional, (como aquela aqui discutida, na viva colisão entre o paradigma da coisa julgada e os princípios constitucionais da moralidade e da justa indenização), onde se entrechocam o interesse coletivo e o interesse particular, e havendo alternativas nos dois sentidos, deve optar por aquela menos gravosa e cujo encargo não deve ser excessivo em relação ao fins visado (ODETE MEDAUAR, O Direito Administrativo em Evolução, São Paulo, 2003, Ed.RT, pág.243), o que, no caso dos autos, impõe a realização de nova perícia.

Assim sendo, é preciso passar a limpo essa alegação de indenização supervalorizada. Tal somente se realizará se houver o desencadeamento de uma nova perícia para que seja possível descobrir-se definitivamente se houve ou não a malversação do Interesse público, ilegalidade, má-fé e até ilícito penal, inclusive de improbidade administrativa, contra o inteiro interesse da população paulistana, sendo certo que existe expediente em andamento junto ao Ministério Público (308/02-9ª PJ), cujo resultado final não foi declinado.

A moralidade pública, portanto, não é um princípio vazio, e não pode deixar de ser considerada sem um conteúdo finalístico, de molde a permitir que não se utilize a coisa julgada enquanto mecanismo para eternizar e esconder algo que envergonha a estatura de processo sério, o que precisa ficar lívido, também em favor da dignidade de todos os partícipes da cena processual, defendendo-se o dinheiro público recolhido por meio dos pesados tributos pagos por todos nós.

Aliás, em situação muitíssimo semelhante à dos autos, também envolvendo um precatório, (do município de São Roque), o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em magnífica decisão, reconheceu que:

"Em casos excepcionais, justifica-se a realização de nova perícia a fim de fixar-se o valor da justa indenização; contudo, a segunda avaliação deverá ser feita com base no valor do imóvel à época da primeira perícia, em obediência ao princípio da contemporaneidade previsto no art.26 do D.L.3.365/41, concedendo-se a correção monetária cabível". (Recurso Especial nº 283.321, São Paulo, RELATOR MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS).

Em idêntica linha, com maior ênfase, em duas causas que envolviam uma expropriação do Estado do Maranhão, o eminente MINISTRO JOSÉ DELGADO, em face da dúvida sobre um, valor indenizatório fixado em desapropriação, com sentença já transitada em julgado, firmou o entendimento de que:

(...) "4. Há razoabilidade em ato judicial de determinação de técnica no intuito de se aferir, com maior segurança, o valor real no mercado imobiliário da área em litígio sem prejudicar qualquer das partes envolvidas. Resguarda-se, nesse atuar, maior proximidade com a garantia constitucional da justa indenização, seja pela proteção ao direito de propriedade, seja pela preservação do patrimônio público.

5. Inobstante em decisão anterior já transitada em julgado se haja definido o valor da indenização, é diante das peculiaridades do caso concreto que se pode estudar a necessidade da realização de avaliação". (Recurso Especial nº 602636/MA e Recurso nº 499217/MA).

De mais a mais, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de Ação Rescisória, em caso também envolvendo indenização com valor absurdo, devida pelo Estado de São Paulo,

pelo voto do eminente Desembargador PINHEIRO FRANCO, restara fixado que os efeitos do que a Constituição da República entende por prévia e justa indenização não se compadecem quando a quantia objeto da indenização é flagrantemente superior ao preço de mercado, existindo, então, ofensa ao art. 5º, inciso XXIV, da CF (voto Ação Rescisória nº 92.009-5/8), entendendo o igualmente ilustre Desembargador SIDNEI BENETI, que quando a falsa prova produz uma indenização de valor exorbitante e irreal de indenização, "o interesse público recomenda passar, antes de mais nada, ao aprofundamento das bases fáticas das alegações", o qual "sobrepaira à própria questão processual", devendo realizar-se uma segunda perícia (voto – Ação Rescisória nº 83.630-5/0), tudo a afinar-se com o caso dos autos.

Outrossim, considere-se que não há decisão judicial sobre a possibilidade jurídica de realização de segunda perícia na fase de liquidação da desapropriação, em torno do pagamento de precatório, não havendo, por isso, na quadra processual, preclusão consumativa sobre matéria não decidida, sendo certo que o despacho de fls.3.288 (14º volume) não enfrentou diretamente tal quaestio.

A hipótese, assim, não se reveste apenas das idéias que ora são defendidas por alguns processualistas de estirpe, favoráveis à tese da "Relativização da Coisa Julgada". Não. O que se faz aqui é evitar a ofensa direta à Constituição Federal e ao princípio da justa indenização, conferindo-lhe real concretude, de modo que, por meio de segunda avaliação, seja possível conferir a eventual existência de enriquecimento indevido proporcionado por um processo expropriatório fundado em preço estimado com excesso e supervalorização.

Além disso, os recursos do direito, embora escassos para satisfazer todas as necessidades do homem, reúnem mecanismos jurídicos e éticos em condições de drenar o encontro da moralidade pública e permitem rearticular a Justiça em cada caso concreto.

Sem prejuízo, marque-se que a hipótese também poderia desafiar o uso da ação popular, a qual protege interesses não só de ordem patrimonial como, também, de ordem moral e cívica. O móvel, pois, da ação popular não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de

evidente valor educativo (Rafael Bielsa, "A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração", RDA 38/40, citação contida no V.Acórdão do /STJ, no Resp. 579.541/SP, relator o Ministro JOSÉ DELGADO, g.n.).

Este processo, como está, causa a incerteza e a falta de pacificação social, uma das máximas funções da Justiça e do Direito. É capaz de trazer, ao revés, a indignação, a revolta e quiçá o dano moral coletivizado.

Não se pode deixar de efetivamente enfrentar e decidir o pleito deduzido pelo Município. Do contrário, ademais, ter-se-ia a homenagem que o vício faz à virtude, o que não pode merecer aplauso, com o comprometimento das altas funções dos Juízes e Tribunais, como, aliás, muito apropriadamente explica o eminente CARLOS MAXIMILIANO (Hermenêutica e Aplicação do Direito Forense, 1998, pág. 243).

Nessa conjuntura, é fundamental lembrar, com apoio em CHAIM PERELMAN, citado por PLAUTO FAFRACO DE AZEVEDO, que em "qualquer que seja a técnica de raciocínio utilizada no direito, não pode este desinteressar-se da reação das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual o raciocínio poderia conduzir. Ao contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, tem buscado conciliar as técnicas do raciocínio jurídica com a justiça ou, ao menos, com a aceitabilidade social da decisão", o que comprova a insuficiência do Direito através de uma raciocínio puramente formal.

Deve ser buscar, enfim, com GEORGES RIPERT, não tornar que a moral passe a "vaguear junto às fronteiras do Direito a pedir que, quando menos, seja considerada sob a forma incolor de uma obrigação natural" (A Regra Moral nas Obrigações Cívicas. Pág.7), ou consoante declara o Ministro HERMES LIMA, no sentido de falece ação direta sobre o pensamento e a consciência, se se eliminar os conceitos morais que influenciam a conduta, ou, conforme alerta HERBERT L.A HART, no plano de que "um conceito de direito, que permita a distinção entre invalidade do direito e sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, enquanto um conceito restrito de direito que negue validade jurídica às regras iníquas pode cegar-nos para elas", o que também deve ser pautado.

Por tudo isto e considerando que os autores já levantaram valor substancial, mais de R\$54 milhões de reais (quantia atualizada), enquanto a municipalidade sustenta, com base em laudo pericial, que a indenização total não pode ultrapassar a quantia de R\$ 7.640.000,00 (fls.3.082 – 11º volume), importância essa que representa aproximadamente 8% do valor atualizado da indenização e constante do precatório, declaro que fica vedado qualquer levantamento até o julgamento da idoneidade do valor, ou seja, até a homologação da nova perícia.

Dentro de toda essa fundamentação, para a segunda perícia (retroperícia), nomeio o engenheiro JAIRO SEBASTIÃO BARRETO BORRIELLO DE ANDRADE (tel.3259-1248), habilitado na Vara, cabendo ao Município o pagamento de seus salários, os quais serão fixados oportunamente, podendo as partes ofertar quesitos e acompanhar todo o trabalho pericial através de seus assistentes técnico.

O perito deverá responder qual o justo valor da área expropriada para a época do laudo, devendo considerar a desistência parcial que excluiu a área de 21.339m² (V.Acórdão – Ag. 97.017-5/0 – fls.1.958 – 9º volume) podendo, sem prejuízo, mercê do possível desaparecimento de informes relevantes, ato contínuo, desenvolver a progressão do justo preço para os dias de hoje, e, em procedimento inverso, aplicar uma ponderação comparativa, admitindo-se, por economia processual, se for tecnicamente razoável, o aproveitamento dos elementos técnicos existentes nos autos.

Por conseguinte, fica prejudicado o exame dos pedidos dos autores, em torno da remessa dos autos ao Contador, para recálculo da indenização.

Por cautela, encaminhe-se cópia dessa decisão ao Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça. Igual medida proceda-se em relação ao Procurador Geral do Município de São Paulo e ao Procurador Geral Ministério Público de São Paulo. Intimem-se, com urgência”.

8 – Não é preciso dizer mais nada, e a decisão de primeiro grau, acima, enfrenta, com toda cautela, com firmeza, com toda a legalidade e juridicidade, matéria espinhosa, qual seja, a de um escândalo de proporções milionárias envolvendo o acerto de decisões judiciais, o próprio Poder Judiciário. Precisa dizer ainda mais? Claro que não !

9 – Foi insurgindo-se contra essa redentora decisão de primeiro grau, que maneжaram os expropriados o Agravo de Instrumento nº

390.076.5/5-00, buscando, com pedido de concessão liminar de efeito suspensivo, a sustação da perícia designada na decisão agravada até final julgamento do Agravo e, também, a sustação da proibição do levantamento de valores depositados pela Municipalidade até final julgamento do Agravo, e que, a final, fosse acolhido o recurso, reformada integralmente a decisão agravada, e determinado ao juízo agravado a apreciação do pedido dos exeqüentes para fixação dos critérios a serem utilizados no cálculo dos itens complementares da execução, conforme fora por eles requerido.

10 – E, aconteceu que, distribuído o Agravo de Instrumento nº 390.076-5/5-00 à Egrégia Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator o Desembargador JO TATSUMI, foi por ele proferida a seguinte decisão, constante de fls. 258, dos autos do Agravo de Instrumento 390.076-5/5-00, decisão deveras incompreensível, dada a relevância e a gravidade da matéria que com tanto acerto e juridicidade, com legalidade, foi enfrentada pela decisão agravada:

“Despida de razoabilidade, já que, de razão jurídica inteiramente desfalcada, a decisão de reabrir instrução em tão adiantado estágio de execução da ação expropriatória, defere-se o efeito suspensivo. Outrossim, o despacho hostilizado, s.m.j., afronta expressamente aresto desta Câmara, proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 311.878.5/7-00, pelo que, o recurso mais se compatibiliza com o procedimento de Reclamação.

E para exame desta hipótese, submeta-se os autos à Egrégia Quarta Vice-Presidência, para o que de direito, juntando-se cópia de acórdãos”.

11 – Basta ler a decisão de primeiro grau, reproduzidas linhas acima, que determinou a realização de nova perícia, para se discordar das conclusões do Ilustre Desembargador Relator, sem embargo do profundo respeito de que é merecedor. E, diga-se mais, o Acórdão do Agravo de Instrumento nº 311.878.5/7-00, que foi mencionado na decisão acima, do Tribunal “a quo”, que se encontra às fls. 259, do Agravo de Instrumento nº 390.076-5/5-00, transformado em Reclamação, tratou de matéria totalmente diversa daquela, corajosamente, e de forma certa tratada naquela decisão de primeiro grau. A decisão do Tribunal de Justiça do Estado, acima transcrita, promoveu, nos autos, uma situação jurídica bastante difícil, inusitada. É que concedeu efeito suspensivo ao agravo de instrumento, vale dizer, deu ao agravo a eficácia de procedimento jurisdicional recursal,

para só daí, então, convertê-lo em reclamação, que recurso não é, não guardando com o agravo de instrumento qualquer elemento de fungibilidade, qualquer identidade jurídica, seja pelo procedimento ou pela matéria !

12 - Encaminhados os presentes autos à Egrégia 4ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado, a representação do Senhor Desembargador Relator foi acolhida, de forma, mais uma vez, incompreensível, ainda mais porque, ao mesmo tempo em que se acolheu aquela representação, ou seja, em que se inaugurou procedimento diverso do agravo de instrumento, determinou-se, a final, o cumprimento da liminar concedida no próprio agravo, transformado em Reclamação ! Ora, é de se questionar, com o devido respeito, que procedimento dúbio é este, que nem é agravo, e nem é reclamação ? Para onde deveria a parte prejudicada direcionar seu inconformismo ? Mas, foi assim, e determinou-se o envio dos autos à Egrégia Primeira Vice-Presidência do Tribunal; como segue, às fls. 278, dos autos do Agravo de Instrumento nº 390.076-5/5-00:

“Vistos. Fls. 258: Acolho a representação do eminente Desembargador Jô Tatsumi e, determino sejam enviados os autos à Egrégia Primeira Vice-Presidência deste Tribunal, observadas as anotações de praxe, salientando que, também, o venerando acórdão que julgou a expropriatória está sendo descumprido, máxime pela reabertura de instrução, com nova prova pericial, apesar da decisão atacada destacar que já se tem trânsito em julgado e o prazo para eventual rescisória já foi ultrapassado. Cumpra-se a liminar. Int.”

13 – Respondendo ao Agravo de Instrumento nº 390.076-5/5-00, a Municipalidade de São Paulo salientou que o Juiz do processo decidiu pela realização de nova perícia nos autos da expropriatória, que denominou de **retroperícia**, tão-só para a finalidade de passar a limpo (constatar) no processo a alegação Municipal de existência de indenização superavaliada e da existência de laudo fraudado aceito, isto é, a hipótese prevista no **artigo 147, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 342, do Código Penal**, ainda que em tese, no curso do processo de execução contra a Fazenda Pública, com precatório expedido nos termos do artigo 100, parágrafo 1º, da Constituição Federal, abrangido pelo parcelamento em 10 anos da Emenda Constitucional nº 30/2000, aguardando pagamento na fila da ordem cronológica, já depositadas a 1ª parcela no valor de R\$ 12.961.163,60, em julho de 2001, conforme fls. 2323 dos autos principais; a 2ª parcela no valor de R\$ 14.656.844,85, em janeiro de 2003, conforme fls. 3454 dos autos; e a

3ª parcela no valor de R\$ 19.935.291,81 em fevereiro de 2004, conforme fls. 4380 dos autos, e, apenas decidiu ficar vedado qualquer levantamento até o julgamento da idoneidade do valor, ou seja, até a homologação da nova perícia, ficando prejudicado o exame do requerimento dos expropriados de retorno da remessa dos autos ao Contador para o recálculo da indenização.

Salientou a MUNICIPALIDADE não ser hipótese de violação de autoridade de acórdão; não exorbitar de julgar do Tribunal de Justiça; não ferir competência do Tribunal de Justiça; não violar coisa julgada; mas, ser decisão envolvente de matéria exclusivamente jurisdicional, constitucional e legal, não sendo hipótese disciplinar. Salientou o caráter de excepcionalidade da desapropriação judicial, a violação ao princípio constitucional da justa indenização expropriatória, a existência de laudo fraudado aceito, ponto nevrálgico do processo, fraude a ser desvendada pela retroperícia determinada, não havendo nos autos da desapropriação decisão judicial outra sobre a realização da segunda perícia, e, com o Juiz do processo, na decisão agravada salientou não ser a designação de nova perícia em tais circunstâncias inovação processual, havendo precedentes no Tribunal de Justiça e no Superior Tribunal de Justiça. Salientou, ainda, que a retroperícia, se realizada, iria colocar por terra muitos dos ataques que os expropriados faziam e fazem contra a MUNICIPALIDADE e sua procuradora em suas manifestações e recursos no processo. Juntou documentos extraídos do processo principal da expropriação.

14 – Diante da dubiedade do procedimento adotado pelo Tribunal de Justiça, em parte decidindo no Agravo de Instrumento, em parte convertendo este recurso em Reclamação, ingressou a MUNICIPALIDADE com o recurso de Agravo Regimental (fls. 405/426).

15 – Neste recurso Regimental, a MUNICIPALIDADE também salientou o caráter de excepcionalidade da desapropriação. Observou que na desapropriação em tela existem ocorrências que levam ao espírito e à mente da parte litigante uma certa desconfiança quanto à isenção e parcialidade do julgador, que merecem ou mereceriam investigação mais apurada, indagando-se do porquê, visivelmente, no processo, penderia para um dos lados o fiel da balança. Argumentou com os milionários prejuízos sofridos pela Fazenda Pública em razão do efeito suspensivo concedido, que obsta a realização da retroperícia, determinada nos autos para conferir fato novo ainda não enfrentado jurisdicionalmente, que é da existência de fraude no processo expropriatório. Destacou o cerceamento de defesa sofrido pela Fazenda Pública com as decisões que fundaram o recurso de Agravo de Instrumento em Reclamação, reduzindo a ampli-

tude da defesa, suprimindo da apreciação, inclusive do Superior Tribunal de Justiça matérias prequestionadas, muito bem fundamentadas na decisão agravada, principalmente, aquela atinente à fraude no processo. Novamente, argumentou com a incidência do artigo 147, do Código de Processo Civil, que a retroperícia viria a propiciar, inclusive, porque a fraude no processo foi fato novo levantado pela defesa, não enfrentado jurisdicionalmente, que seguramente também ampararia atuação da Promotoria da Justiça da Cidadania, haja vista também o disposto no artigo 342, do Código Penal Brasileiro. Salientou-se que não houve ofensa a coisa julgada ou descumprimento de acórdão, e que a revelação de um fato novo poderia reabrir a oportunidade de uma ação rescisória, e, finalmente, destacou o inegável resgate institucional que ao processo judicial expropriatório e ao próprio Poder Judiciário opera a manutenção da decisão agravada, inclusive resolvendo o elevado grau de litigiosidade experimentado pelas partes no processo, as quais, já, pouco se contém.

16 – Às fls. 538, o Desembargador 4º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça manteve o despacho regimentalmente agravado. Às fls. 542, o Desembargador 1º Vice-Presidente despachou nos termos dos despachos regimentalmente agravados, determinando a distribuição como Reclamação, ao Colendo Órgão Especial, por prevenção ao Desembargador Relator JO TATSUMI, inclusive para exame do Agravo Regimental da Fazenda Pública. A Reclamação tomou o nº 117.665.0-2, e, por deliberação da 4ª Vice-Presidência às fls. 549, retornaram os autos à 4ª Câmara de Direito Público para conhecer do Agravo Regimental, sendo que apreciação da Reclamação, após, seria feita pelo Órgão Especial.

17 – Ao Agravo Regimental nº 390.076-5/7-01, foi negado provimento em votação unânime – fls. 557/560, em acórdão pouco esclarecedor, o qual não enfrentou as matérias trazidas à apreciação jurisdicional no Agravo Regimental pela Fazenda Pública, inclusive as matérias de direito Federal e Constitucional, em razão do que, a Fazenda manejou o recurso de Embargos de Declaração para fins de prequestionamento, com fundamento no artigo 535 e seguintes do Código de Processo Civil e nas Súmulas 282 e 356 do STF, e Súmula 98 do STJ, que, julgados, foram rejeitados em votação unânime, tendo o Tribunal entendido que os "supostos embargos não passam de mera inconformismo perante a decisão do aresto, daí, pelo evidente caráter infringente, imperiosa a rejeição.

18 – Com o devido respeito e acatamento, discordou a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO do acórdão dos Embargos de Declaração,

porquanto, ainda que a MUNICIPALIDADE tivesse, no texto dos embargos, melhor detalhado o problema da fungibilidade recursal, repetiu, em muito, toda a matéria já argüida no Agravo Regimental, e que não foi objeto do prequestionamento viabilizador dos recursos excepcionais. Além disso, eventual caráter de infringência não prejudicaria o prequestionamento objetivado, porque tudo o que foi argüido nos embargos manteve estrita consonância com tudo o que foi argüido no Agravo Regimental; apenas, que detalhou-se matéria, a mesma matéria argüida. Não houve inovação, a justificar a recusa do Tribunal "a quo" ao prequestionamento.

19 – Sendo assim, o venerando acórdão de fls. 579/581, dos Embargos de Declaração nº 390.076.5/9-02, opostos para fim do prequestionamento explícito viabilizador dos recursos extremos, desafiaram o Recurso Especial nº 390.076.5/0-03, pela violação do artigo 535, do Código de Processo Civil e pela violação da Súmula 211 do STJ e 282 e 356 do STF, porquanto o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar a sua manifestação explícita sobre teses de direito argüidas pela Municipalidade de São Paulo, obstaculizou a abertura da via especial e extraordinária, vias extremas, tornando-se necessária a anulação do mesmo acórdão para que o Tribunal "a quo" enfrente a matéria, tendo em vista que não foi suprida a exigência do prequestionamento (RSTJ 85/274), muito embora, a provocação da recorrente.

20 - Do exposto, e por negativa de vigência do artigo 535, do Código de Processo Civil, requereu a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, recorrente, fosse o Recurso Especial nº 390.076.5/0-03, admitido, conhecido e provido, determinado-se o envio dos autos ao Egrégio Tribunal Justiça do Estado de São Paulo, Tribunal "a quo", para que fosse proferido outro acórdão, com esclarecimentos das questões federais e constitucionais no v. acórdão recorrido de fls. 579/581 (STJ-Bol.AASP 1913/269J; STJ-3ª Turma, Resp 29.917-6RJ, rel. Min. Dias Trindade, j. 16.12.92, deram provimento, v.u., DJU 1.3.93, p. 2.514; STJ-1ª Turma, Resp 7.587-0-SP, rel. Min. César Rocha, j. 23.6.93, deram provimento, v.u., DJU 16.8.93, p. 125.956).

II – DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO QUE NÃO ADMITIU O RECURSO ESPECIAL Nº 390.076.5/0-03

21 – A decisão que não admitiu o Recurso Especial nº 390.076.5/0-03, de fls. 730/732, objeto do atual Agravo de Despacho Denegatório, é do seguinte teor:

"1. Trata-se de recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pela Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, concluindo que a decisão, que entendeu ser caso de reclamação, não é hipótese que cause gravame, pois cuida-se de questão processual, portanto, de direito estrito.

2. Alega a recorrente que, assim decidindo, o v. acórdão violou o artigo 535, do Código de Processo Civil.

3. O recuso especial, não reúne condições de admissibilidade.

4. Não se pode reconhecer omissão no julgado quando a matéria exposta no recurso foi devidamente apreciada pelo órgão julgador.

5. Nesse passo é preciso salientar que a omissão a que se refere o estatuto processual diz respeito à falta de análise do ponto controverso, não à falta de menção de um dispositivo legal. E, nesse sentido, o acórdão não é omissivo.

6. Aliás, não se pode admitir que a palavra "omisso" tenha o alcance pretendido pela recorrente, que entende que omissa seria também a decisão contrária aos seus interesses.

7. Por isso, nem mesmo pela lembrança da norma processual pode-se permitir o seu prosseguimento.

8. A respeito da impossibilidade de alegação de afronta à norma do art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil para viabilizar o prosseguimento do recurso, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"A priori, registro que inexistiu ofensa ao art. 535, II, do CPC, posto que a matéria enfocada foi devidamente abordada no âmbito do voto-condutor do aresto a quo, conforme, se pode conferir com a leitura das fundamentações desenvolvidas.

"Os fundamentos, nos quais se suporta a decisão impugnada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar, portanto, a obscuridades, dúvidas ou contradições.

"Repito que as omissões externadas pela recorrente cuidam de matéria cuja abordagem, no julgamento ocorrido, não foi tida como adequada à análise e à decisão da demanda. Caso o Magistrado encontre motivos suficientes para fundar a decisão, não está ele adstrito à resposta de todas as assertivas desenvolvidas pelas partes, nem obrigado a ater-se aos fundamentos apontados

*por elas ou a responder, um a um, todos os seus argumentos.”
(Agravo regimental no Ag. 389360-SP, DJU 04.02.02).*

9. Ante o exposto, não admito o recurso.”

22 – Com o devido respeito e acatamento, a motivação da decisão acima exposta, e ora agravada, viola o artigo 535, do Código de Processo Civil, principalmente, no seu inciso II, porque não é precisa em seus termos, é vaga, não enfrenta a matéria objeto do Recurso Especial nº 390.076.5/0-03, no qual a Municipalidade de São Paulo pede ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tribunal “ad quem”, o envio dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tribunal “a quo”, para que seja proferido outro acórdão, com esclarecimentos das questões federais e constitucionais no venerando acórdão recorrido de fls. 579/581.

23 – É clara a violação ao artigo 535, do inciso II do Código de Processo Civil, posto que os Embargos de Declaração nº 390.076.5/9-02 foram opostos pela Municipalidade de São Paulo, declaradamente, com o fim de se obter do Tribunal “a quo” o prequestionamento explícito da matéria de lei federal e constitucional no acórdão do Agravo Regimental nº 390.076.5/7-01, manejados pelos expropriados contra a decisão de primeiro grau que, nos autos da ação de desapropriação, entre outros benéficos e certos pontos, determinou a retroperícia, com a finalidade de se constatar se, de fato, conforme vinha sendo alardeado pela Municipalidade de São Paulo, teria havido fraude na realização do laudo aceito, se teria havido superavaliação no valor do imóvel periciado, tendo em vista o disposto no artigo 147, do Código de Processo Civil, combinado com artigo 342, do Código Penal, de ser lembrada, também, a suspensão a qualquer levantamento, até a homologação da nova perícia.

24 – Ao contrário do entendimento constante de fls. 731, item 3, o Recurso Especial nº 390.076.5/0-03, reúne, sim, condições de admissibilidade, porque tanto o acórdão dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nº 390.076.5/7-01, quanto o próprio acórdão do Agravo Regimental nº 390.076.5/7-01, não apreciaram as matérias federais e constitucionais argüidas pela Municipalidade de São Paulo, ao contrário do entendimento do item 4, também, de fls. 731.

25 – Contrariamente ao que consta do item 5, de fls. 731, a omissão do prequestionamento das matérias argüidas nas razões recursais foi total, tendo o tribunal “a quo” exteriorizado o seu entendimento nos acórdãos do Agravo Regimental e dos Embargos de Declaração sem, no entanto, adentrar

qualquer dos pontos controvertidos de direito federal e constitucional levantados pela Municipalidade de São Paulo. De forma, que no acórdão objeto do Recurso Especial não admitido, principalmente, mas não só, faltou a análise do ponto controvertido e faltou a menção a um dispositivo legal. Portanto, os acórdãos especialmente recorridos foram omissos quanto ao prequestionamento viabilizador do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário.

26 – Contrariamente, ao item 6, da decisão ora agravada de fls. 731, não é verdade que a recorrente e ora agravante, Municipalidade de São Paulo, entenda que omissão seria também a decisão contrária a seus interesses, porquanto manejou o Recurso dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental nº 390.076.5/7-01 para fins de prequestionamento, vale dizer, para dar atendimento a pressuposto de recorribilidade previsto na legislação, no Código de Processo Civil e na Jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores, para viabilizar o acesso ao Judiciário, na defesa de seus direitos.

27 – Não se trata, portanto, de guerrear decisão contrária aos interesses da ora agravante, mas, de preenchimento de uma das condições de recorribilidade dos recursos extremos, do qual foi tolhida a agravante pelo ausência de prequestionamento nos acórdãos objeto do Recurso Especial.

28 – Relativamente aos itens 7 e 8, da decisão ora agravada de fls. 730/732, também, não colhem, sendo que a jurisprudência não se aplica ao presente caso. Só se aplicaria a jurisprudência invocada se a matéria argüida pela Municipalidade de São Paulo para fins de prequestionamento tivesse sido abordada no acórdão recorrido especialmente, o que não ocorreu, os fundamentos legais e constitucionais dos acórdãos mencionados no Recurso Especial não estão claros, não estão nítidos, simplesmente, não foram abordados, foram omitidos, basta ler o inteiro teor dos acórdãos de fls.557/560, do Agravo Regimental nº 390.076.5/7-01, e dos Embargos de Declaração de fls. 579/581, dos mesmos autos.

29 – De forma de as omissões externadas pela recorrente ora agravante nos acórdãos citados operam ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, daí a ofensa ao artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, porque a ausência do prequestionamento impossibilita o acesso da Municipalidade de São Paulo ao Poder Judiciário, em busca da tutela jurisdicional e constitucional, inclusive, das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, do mesmo artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal.

30 – Finalmente, reitera que, salientou a MUNICIPALIDADE não ser hipótese de violação de autoridade de acórdão; não exorbitar de julgar do Tribunal de Justiça; não ferir competência do Tribunal de Justiça; não violar coisa julgada; mas, ser decisão envolvente de matéria exclusivamente jurisdicional, constitucional e legal, não sendo hipótese disciplinar. Salientou o caráter de excepcionalidade da desapropriação judicial, a violação ao princípio constitucional da justa indenização expropriatória, a existência de laudo fraudado aceito, ponto nevrálgico do processo, fraude a ser desvendada pela retroperícia determinada, não havendo nos autos da desapropriação decisão judicial outra sobre a realização da segunda perícia, e, com o Juiz do processo, na decisão agravada salientou não ser a designação de nova perícia em tais circunstâncias inovação processual, havendo precedentes no Tribunal de Justiça e no Superior Tribunal de Justiça. Salientou, ainda, que a retroperícia, se realizada, iria colocar por terra muitos dos ataques que os expropriados faziam e fazem contra a MUNICIPALIDADE e sua procuradora em suas manifestações e recursos no processo. Juntou documentos extraídos do processo principal da expropriação.

31 – No Agravo Regimental, a MUNICIPALIDADE também salientou o caráter de excepcionalidade da desapropriação. Observou que na desapropriação em tela existem ocorrências que levam ao espírito e à mente da parte litigante uma certa desconfiança quanto à isenção e parcialidade do julgador, que merecem ou mereceriam investigação mais apurada, indagando-se do porquê, visivelmente, no processo, penderia para um dos lados o fiel da balança. Argumentou com os milionários prejuízos sofridos pela Fazenda Pública em razão do efeito suspensivo concedido, que obsta a realização da retroperícia, determinada nos autos para conferir fato novo ainda não enfrentado jurisdicionalmente, que é da existência de fraude no processo expropriatório. Destacou o cerceamento de defesa sofrido pela Fazenda Pública com as decisões que fundiram o recurso de Agravo de Instrumento em Reclamação, reduzindo a amplitude da defesa, suprimindo da apreciação, inclusive do Superior Tribunal de Justiça matérias prequestionadas, muito bem fundamentadas na decisão agravada, principalmente, aquela atinente à fraude no processo. Novamente, argumentou com a incidência do artigo 147, do Código de Processo Civil, que a retroperícia viria a propiciar, inclusive, porque a fraude no processo foi fato novo levantado pela defesa, não enfrentado jurisdicionalmente, que seguramente também ampararia atuação da Promotoria da Justiça da Cidadania, haja vista também o disposto no artigo 342, do Código Penal Brasileiro. Salientou-se que não houve ofensa a

coisa julgada ou descumprimento de acórdão, e que a revelação de um fato novo poderia reabrir a oportunidade de uma ação rescisória, e, finalmente, destacou o inegável resgate institucional que ao processo judicial expropriatório e ao próprio Poder Judiciário opera a manutenção da decisão agravada, inclusive resolvendo o elevado grau de litigiosidade experimentado pelas partes no processo, as quais, já, pouco se contém.

E, por último, argumentou que a conversão do Agravo de Instrumento em Reclamação retirava a incidência do artigo 496, inciso II, e 522, e seguintes do Código de Processo Civil, pela exclusão da matéria relativa à retroperícia da apreciação dos Tribunais Superiores, expondo direito da Municipalidade de São Paulo a lesão ou ameaça, não esquecendo, também, da ferida ao inciso XXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que trata da justa indenização na expropriatória.

III – DO PEDIDO DE PROVIMENTO DO AGRAVO DE DESPACHO DENEGATÓRIO DO RECURSO ESPECIAL Nº 390.076.5/0-03

32 – Diante das razões de seu inconformismo, expostas linhas acima, pede e requer a Municipalidade de São Paulo seja o presente recurso recebido, conhecido e provido, para o efeito de ser anulada ou reformada a decisão agravada de fls. 730/732, determinando-se seja admitido o Recurso Especial nº 390.076.5/0-03, com o envio dos autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça para julgamento e provimento, a fim de que pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tribunal de origem, seja proferido outro acórdão, com esclarecimentos das questões federais e constitucionais no v. acórdão recorrido de fls. 579/581 (STJ-BoI.AASP 1913/269J: STJ-3ª Turma, Resp 29.917-6RJ, rel. Min. Dias Trindade, j. 16.12.92, deram provimento, v.u., DJU 1.3.93, p. 2.514; STJ-1ª Turma, Resp 7.587-0-SP, rel. Min. César Rocha, j. 23.6.93, deram provimento, v.u., DJU 16.8.93, p. 125.956).

IV – DO NOME E DO ENDEREÇO COMPLETO DOS ADVOGADOS, CONSTANTES DO PROCESSO

33 – Procuradores da Agravante: Dra. Márcia Moreira, OAB/SP 94.333, e Dra. Márcia Cristina Almada Barbosa, OAB/SP 84.744, Procura-

doras do Município, lotadas no Departamento de Desapropriações, da Procuradoria Geral do Município, com endereço na Rua Conselheiro Furtado, nº 166, Liberdade, Telefone: 3241-3427, CEP: 01511-000, São Paulo - Capital.

34 - Procuradores dos Agravados: Dr. Fernando Vergueiro - RG nº 1.303.374-SP, CIC nº 272.543.058-53 e OAB/SP 8.811, e Dr. Carlos Alberto da Silva Leite OAB/SP 132.928, CIC nº 035.465.668-66, ambos com escritório em São Paulo, na Rua Açaré, nº 48, Alto de Pinheiros; CEP 05463-060, Fone: 3023-1109; Dr. Erasmo de Camargo Schutzer - OAB/SP 8.785, CIC nº 004.942.248-00 ; Dr. Luiz Antonio Alves de Souza - OAB/SP 36.186 e CIC nº 591.185.428-00; Dr. João Carlos Corsini Gamboa - OAB/SP 74.083 e CIC nº 083.099.688-50; Dr. Silvio Giannubilo Schutzer - OAB/SP 74.107 e CIC nº 073.470.838-69; e Dra. Ana Elisa Brant de Carvalho - OAB/SP 40.518-Prov. e CIC nº 002.968.058-15, com escritório em São Paulo, na Rua Desembargador Joaquim Celidônio, nº 50, 1º andar.

p/ Banco Nossa Caixa S/A: Wilson Cunha Campos, OAB/SP 118.825, Rua XV de Novembro, 111, 15º andar – f. (11) 244.6357 – São Paulo – SP.

35 – Interessados:

p/ interessado Júlio Clementino Mariano Filho, José Torres Fonseca, OAB/SP 43.244, Rua Emilio Ribas, 127, Ferraz de Vasconcelos – SP

p/ interessado Izaltino Alexandre Dias, João de Oliveira Costa, OAB/SP 59.371, Rua Silveira Martins, 70, 4º andar, sala 408, São Paulo – SP

- Maria Helena Pereira, OAB/SP 102.966, Av. Brasil, 1.251, Centro, Ferraz de Vasconcelos - SP

A Procuradora do Município de São Paulo, que esta subscreve, declarou autênticas as cópias que o acompanham, pelas quais se responsabiliza forma da lei.

V – ROL DE PEÇAS

1 – Cópia do Agravo de Instrumento nº 390.076-5/5-00, com pedido liminar, interposto por Fernando Vergueiro, Sergio Vergueiro, Maria Tereza Pelegrinni Vergueiro perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

2 – Cópia da decisão objeto do Agravo de Instrumento nº 390.076-5/5-00, que determinou a retroperícia nos autos da ação de desapropriação;

3 – Procurações outorgadas aos advogados pelos ora agravados;

4 – Guia de distribuição do Agravo de Instrumento nº 390.076.5/5-00 para a Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Desembargador Jo Tatsumi;

5 – Decisão do Excelentíssimo Senhor Relator Desembargador Jo Tatsumi, de fls. 258, do Agravo de Instrumento nº 390.076.5/5-00, que deferiu efeito suspensivo ao Recurso de Agravo, e, no parágrafo seguinte da mesma decisão converteu o mesmo Recurso de Agravo em procedimento de Reclamação, para o que representou a Egrégia Quarta Vice-Presidência;

6 – Acórdãos dos Agravos de Instrumentos nºs 311.878-5/7-00, 311.878-5/9-01, 311.878-5/7-00, 298.722-5/3-00, 257.723-5/8-00, 287.852-5/0-00, 290.716-5/8-00, todos da Comarca de São Paulo-SP;

7 – Decisão do 4º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acolhendo a representação do Senhor Desembargador Relator Jo Tatsumi, convertendo o Recurso de Agravo de Instrumento nº 390.076-5/5 em procedimento de Reclamação, e a final, determinando fosse cumprida a liminar que concedeu suspensividade ao Agravo;

8 – Contraminuta ou resposta da Municipalidade de São Paulo ao Recurso de Agravo de Instrumento nº 390.076-5/5, acompanhada de documentos;

9 – Cópia da decisão interlocutória 4624/4633, dos autos da ação de desapropriação nº 646/89, da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, que determinou a retroperícia para verificação da fraude ao laudo e da superavaliação pericial, hipótese prevista no artigo 147, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 342, do Código Penal, ainda que em tese, e que determinou a suspensão dos levantamentos;

10 – Recurso de Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 390.076.5/5-00 interposto pela Municipalidade de São Paulo, acompanhado de documentos, inclusive da decisão interlocutória de fls. 4624/4633, citada acima;

11 – Decisão de fls. 528, dos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 390.076-5/7-01, da 4ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado, reiterando o acolhimento da Representação do Desembargador Relator e o cumprimento da liminar no Agravo;

12 – Certidão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de fls. 540, de entrada e cadastramento da Reclamação nº 117.665.0/2;

13 – Decisão de fls. 547, dos autos da Reclamação nº 117.665-0/2-00, do Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator Jo Tatsumi, no processamento da Reclamação em que foi convertido o Agravo de Instrumento, representando para a 4ª Vice-Presidência a deliberação quanto ao Agravo Regimental, de competência da Câmara de origem;

14 – Decisão de fls. 549, dando pela competência da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para conhecer do Agravo Regimental, e para apreciar a Reclamação, o Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

15 – Acórdão do Agravo Regimental nº 390.076.5/7-01, da Comarca de São Paulo, com respectiva certidão de publicação;

16 – Cópia dos Embargos de Declaração nº 390.076.5/9-02, opostos para fins de prequestionamento, com fundamento no artigo 535 e seguintes do CPC, e nas Súmulas 282 e 356 do STF, e Súmula 98 do STJ;

17 – Acórdão dos Embargos de Declaração nº 390.076.5/9-02 de fls. 579/581, com a certidão da respectiva publicação;

18 – Recurso Especial nº 390.076.5/0-03, interposto pela Municipalidade de São Paulo;

19 – Contra-Razões ao Recurso Especial nº 390.076.5/0-03, oferecidos pelos expropriados;

20 – Decisão de fls. 730/732, dos autos do Recurso Especial nº 390.076.5/0-03, que não admitiu o referido Recurso, e que é objeto do presente Agravo de Despacho Denegatório, acompanhada da certidão de sua publicação.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 24 de outubro de 2005.

***Defesa em Ação Desconstitutiva de
Auto de Infração Tributária lavrado
pelo não recolhimento do ITBI:
incidente sobre Incorporação
Empresarial***

Dr. Ricardo Marcondes Martins

Procurador do Município OAB/SP nº 180.005 – Fisc 43

Defesa apresentada em ação desconstitutiva de auto de infração tributária lavrado pelo não recolhimento do imposto de transmissão de bens *inter vivos* (ITBI) incidente sobre incorporação empresarial. Inaplicabilidade dos critérios previstos no art. 37 do CNT para caracterização da atividade preponderante de venda ou locação de propriedade imobiliária: extinção da empresa incorporadora antes de completar o prazo de dois anos da data aquisição. Apresentação da tese do Fisco Municipal e de tese subsidiária. Preclusão da prova pericial e incidência da regra do ônus da prova.

**EXCELENTÍSSIMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 3ª. VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DE SÃO PAULO**

PROCESSO Nº. 174/053.05.003102-6

RITO ORDINÁRIO

AUTOR: ACESITA SERVIÇOS, COMÉRCIO, INDÚSTRIA E PARTICIPAÇÕES LTDA.

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por meio de seu Procurador que esta subscreve, nos autos do processo em epígrafe, vem, mui res-

peitosamente, perante V. Exa., manifestar-se sobre as petições do autor, nos seguintes termos.

SUMÁRIO:

I. Síntese dos fatos. II. A disciplina constitucional e legal da imunidade requerida — Artigo 156, §2º, da CF/88 — art. 37 do CTN — Atividade preponderante — Critério principal — Critério subsidiário — Caso dos autos. III. Indício de fraude à lei e a tese da autora. IV. A lacuna decorrente do art. 37 do CTN: o critério subsidiário do critério subsidiário. V. Tese subsidiária: não acolhimento da interpretação do Fisco — Outra proposta. VI. A tese subsidiária e a necessidade de prova pericial contábil. VII. Ônus da prova. VIII. Do pedido de juntada de cópia integral do processo administrativo em que foi indeferida a pretensão da autora.

I. SÍNTESE DOS FATOS

A autora é incorporadora da empresa **Amorim Comercial SA**. Esta, por sua vez, adquiriu por integralização de capital o imóvel da empresa **Amorim SA Aço Inoxidável**.

Ocorre que em **menos de três anos depois da incorporação do imóvel referido** a empresa incorporadora **extinguiu-se**, foi incorporada pela autora.

A empresa adquirente requereu administrativamente o reconhecimento da *imunidade* do ITBI. O reconhecimento foi indeferido na esfera administrativa no PA 2000-0.266.510-3, resultando no auto de infração 90.013.181-0.

Requer a autora nesta ação o reconhecimento judicial de sua imunidade e a invalidação do auto de infração.

II. A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL E LEGAL DA IMUNIDADE REQUERIDA — ARTIGO 156, §2º, DA CF/88 — ART. 37 DO CTN — ATIVIDADE PREPONDERANTE — CRITÉRIO PRINCIPAL — CRITÉRIO SUBSIDIÁRIO — CASO DOS AUTOS.

Determina o §2º do art. 156 da CF/88:

"O imposto previsto no inciso II:

I – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção da pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil". (grifou-se).

O que é atividade preponderante? A Constituição não define. Nos termos do **art. 146, II, da CF/88** cabe à **lei complementar** regular as limitações constitucionais ao poder de tributar. É fato conhecido de todos que o CTN foi recepcionado como lei complementar. Pois bem, o CTN define "atividade preponderante" no **art. 37**. A legislação municipal restringe-se a repetir a norma federal complementar.

Determina o art. 37 do CTN:

"O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§1º - Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% da receita operacional da pessoa adquirente, nos 2 anos anteriores e nos 2 anos subseqüentes, à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§2º - Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de dois anos antes dela, apura-se a preponderância referida no parágrafo anterior, levando em conta os três primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§3º - Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data." (grifou-se).

Dois são os critérios legais:

1) PRIMEIRO, o **CRITÉRIO PRINCIPAL**: se mais de 50% da receita da pessoa adquirente decorrer de compra e venda de bens imóveis ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil nos **DOIS**

ANOS ANTERIORES e nos **DOIS POSTERIORES À AQUISIÇÃO** descaracterizada estará a imunidade. Se a empresa adquirente iniciar suas atividades **APÓS a aquisição** ou **menos de DOIS ANOS** antes dela, aplica-se o **CRITÉRIO SUBSIDIÁRIO**.

2) **SEGUNDO**, pelo **CRITÉRIO SUBSIDIÁRIO**: se mais de 50% da receita da pessoa adquirente decorrer de compra e venda de bens imóveis ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil nos **TRÊS PRIMEIROS ANOS SEQUINTE À DATA DA AQUISIÇÃO**, descaracterizada estará a imunidade.

Imagine-se a seguinte situação: a empresa X adquire o imóvel por integralização de capital na data de sua constituição, aplicando-se por isso o critério subsidiário. Um dia depois ela ingressa com requerimento administrativo de reconhecimento da imunidade.

Pela **LEITURA** do dispositivo fica bem claro o seguinte: não é possível, juridicamente, reconhecer a imunidade nessa data, pois, pelo critério legal, pende **CONDIÇÃO SUSPENSIVA**. Quer dizer: se após **DOIS ANOS (CRITÉRIO PRINCIPAL)** ou **TRÊS ANOS (CRITÉRIO SUBSIDIÁRIO)**, **CARACTERIZAR-SE A ATIVIDADE PREPONDERANTE, DESCARACTERIZADA ESTARÁ A IMUNIDADE E O TRIBUTO SERÁ DEVIDO DESDE O FATO GERADOR, COM TODOS OS CONSECUTÁRIOS LEGAIS**.

Eis a situação jurídica: por força da lei complementar vigente, estabeleceu-se uma **condição SUSPENSIVA**. Por força dela, o contribuinte fica numa situação, de certa forma, inglória, pois **ASSUME UM RISCO**.

Se não recolher o tributo e aguardar os dois anos (1o. critério) ou três anos (2o. critério), constatada a configuração da condição suspensiva, quer dizer, caracterizada a atividade como preponderante, afastada estará *ex tunc* a imunidade e o tributo será devido com multa pelo não pagamento no prazo devido. Trata-se da única interpretação possível.

Porém, o caso dos autos é mais complicado: **A EMPRESA ADQUIRENTE FOI EXTINTA ANTES DOS DOIS ANOS**. Perceba-se: deveria haver no CTN um **CRITÉRIO SUBSIDIÁRIO DO CRITÉRIO SUBSIDIÁRIO**, a solução jurídica para a hipótese de a empresa ter sido extinta há menos de dois ou três anos da data da aquisição.

O critério subsidiário do critério subsidiário **não foi previsto pelo CTN**. Há uma **LACUNA**. Como preenchê-la? Eis o problema jurídico posto. Passa-se a enfrentá-lo.

III. INDÍCIO DE FRAUDE À LEI E A TESE DA AUTORA.

A conduta da empresa gera ao menos um **INDÍCIO DE FRAUDE**. Perceba-se: o critério principal determina que a caracterização da atividade preponderante dá-se pela análise dos dois anos anteriores e dos dois anos posteriores à data da aquisição; o critério subsidiário determina que a caracterização se dá pelos três anos posteriores à data da aquisição, se a adquirente foi constituída há menos de dois anos dessa data. Pois bem, **como fugir desses critérios: extinguindo a empresa antes de completar os três anos (ou dois anos, se aplicável o critério principal)**. Essa conduta gera um **INDÍCIO DE FRAUDE**. Claro que se trata de apenas um indício, porém relevante para formar a convicção jurisdicional.

Pela tese sustentada pela autora, com a extinção da empresa incorporadora, há **automática** configuração da imunidade por impossibilidade de se apurar a atividade preponderante. **Essa tese não pode ser acolhida**. E o motivo é muito simples: ela cria uma forma de fraude à lei.

Para não pagar o tributo, basta extinguir a empresa e constituir outra dentro do período de dois ou três anos após a referida integralização. Assim procedendo, **a empresa sempre se livra de pagar o tributo, ainda que exerça a atividade preponderante referida no texto constitucional**. Essa interpretação, por óbvio, não pode ser acolhida.

A interpretação proposta pela autora deve, portanto, ser, de plano, afastada. Subsiste o problema: como resolver a lacuna legal?

IV. A LACUNA DECORRENTE DO ART. 37 DO CTN: O CRITÉRIO SUBSIDIÁRIO DO CRITÉRIO SUBSIDIÁRIO.

O caso paradigmático ao presente ocorreu nos **autos 393/92**, que tramitaram perante a **9ª VFP**. A ilustre Dra. Maria Adelaide de Campos França julgou improcedente a ação e assim fundamentou sua decisão:

"In casu, considerando que em tempo inferior a 1 ano da aquisição do imóvel por cisão parcial, passou a impetrante à atividade relacionada com mercancia e locação de imóveis, inafastável que, nos termos da Lei n. 10.721/89, sua atividade preponderante sirva como óbice ao reconhecimento da imunidade constitucional.

[...]

Além do que, a alienação do terreno a terceiro pela impetrante, num lapso aproximado de 6 meses da aquisição por cisão, como bem salientou o D. Representante do Ministério Público, está a denotar não ter conseguido ela comprovar, oportuna e administrativamente, o ingresso desse bem como realização de capital social, hipótese que também liberaria do recolhimento do ITBI "inter vivos".

Esse caso paradigmático (cópia anexa), fez com que a questão fosse proposta à **Assessoria Jurídica do Departamento de Rendas Imobiliárias do Município de São Paulo** em 24.06.1993 (documento anexo), no Processo Administrativo **37.310.91*64**.

A ilustre **Diretora de Divisão de apoio Fiscal** apresentou o seguinte entendimento sobre a interpretação do art. 37 do CTN:

"De se observar, face ao acima citado, que não é de imediato o enquadramento da empresa na não incidência constitucional. Só após decorrido o prazo legal será constatado se o adquirente deve, ou não, o tributo.

Portanto, se os dispositivos acima definiram o período a ser obedecido para o exame da questão, no nosso entender o não cumprimento dos prazos estabelecidos necessários à comprovação da preponderância, ou não, implicar-lhe-á na obrigação de recolher o tributo." (documento anexo — grifou-se).

Lançado seu posicionamento, foi solicitado parecer da **Diretoria do Departamento de Rendas Imobiliárias**. Transcreve-se parte do parecer proferido pela Ilustre Assessoria:

"A caracterização da preponderância encontra-se disciplinada no art. 37 da Lei n. 5.172, de 25.10.66 — Código Tributário Nacional. O período mencionado no §1º. do art. 4º. da Lei 11.154, de 30/12/91, colide com o §1º. do art. 37 supracitado, devendo prevalecer este último, posto que inserido em lei complementar.

Desta forma, em todos os casos para os quais se pretender o reconhecimento da imunidade deverá ser verificada se ocorre, ou não, a preponderância de negócios imobiliários realizados pela pessoa jurídica adquirente.

Considerar-se-á caracterizada a atividade preponderante quando mais de 50% de sua receita operacional decorrer de transa-

ções provenientes de compra e venda de imóveis ou de direitos a eles relativos, de locação desses bens ou de arrendamento mercantil. A verificação de receita operacional, para os fins aqui especificados, deverá se estender, conforme o caso, por quatro ou três anos (§§1º. e 2º. do art. 4º. da Lei Municipal nº. 11.154, de 30/91 e art. 37 do CTN).

Quatro anos, compreendidos os dois anos anteriores e os dois anos subseqüentes à aquisição do bem ou direito. Três anos seguintes à aquisição do bem ou direito, quando iniciada a atividade da pessoa jurídica após a aquisição, ou menos de dois anos antes dela.

Para que tal verificação possa ser feita em cumprimento ao disposto na legislação em vigor, é de mister que a pessoa jurídica beneficiária tenha existência mínima de quatro ou três anos. Esses períodos foram considerados pela lei complementar como sendo necessários e suficientes para apurar se a receita operacional não é suplantada em 50% pelas transações imobiliárias especificadas na Constituição como impeditivas do auferimento da imunidade. Reafirmamos, ao menos por esses períodos, o exame da receita operacional deve ocorrer, posto que nada há na lei autorizando entendimento diverso.

[...]

Entendemos que a existência tão efêmera da ADINPAR — apenas 5 meses — impossibilita seu enquadramento na hipótese de imunidade constitucional, uma vez que não há como examinar sua preponderância pelos 3 anos subseqüentes à incorporação do imóvel a seu patrimônio em realização de capital". (grifou-se).

No mais, reporta-se aos termos do parecer, ora juntado.

Enfim, eis a interpretação que foi adotada pela Administração. A empresa deverá existir por pelo menos dois ou três anos (dependendo da hipótese) para configurar-se a situação de imunidade. Extinta antes desse prazo, a ocorrência da exigência legal para configuração da imunidade, não exercer atividade preponderante por dois anos antes e depois ou três anos depois, é obstada e, conseqüentemente, a configuração da imunidade.

Em suma: com a extinção da empresa adquirente antes do período de dois ou três anos houve óbice à configuração da imunidade. Esta só se configura após dois ou três anos, desde que, nesse período, a empresa não exerça a atividade preponderante e, por decorrência lógica, **exista**.

Essa interpretação foi plenamente acolhida pelo LEGISLADOR MUNICIPAL. Tanto que editou a Lei 13.402, de 05.08.2002, acrescentando o §3º. ao art. 4º. da Lei Municipal do ITBI (Lei 11.154/91), cuja redação é a seguinte:

“§3º – Fica prejudicada a análise da atividade preponderante, incidindo o imposto, quando a pessoa jurídica adquirente dos bens ou direitos tiver existência em período inferior ao previsto nos parágrafos 1º. e 2º. deste artigo”.

Esse dispositivo, conforme explicado, decorre da **mera interpretação** do art. 37 do CTN. Sua transcrição aqui é efetuada apenas a título de INFORMAÇÃO ao DD. Juízo, indicando que a interpretação preconizada foi acolhida pelo legislador municipal e hoje se encontra positivada.

Na época do fato gerador discutido nestes autos esse entendimento já havia sido adotado pela Administração Municipal, mas ainda não havia sido positivado. Isso é irrelevante, pois a norma não inovou, trata-se de **norma interpretativa**.

Enfim: aguarda a Municipalidade seja julgada improcedente a ação, acolhendo-se a interpretação do art. 37 do CTN apresentada. Como a empresa foi extinta antes dos três anos exigidos pelo CTN para apuração da atividade preponderante, descaracterizou-se a situação de imunidade, situação esta sujeita à condição suspensiva.

Acolhida essa tese, nada impede o **juízo antecipado da lide**, pois se trata de questão de direito.

V. TESE SUBSIDIÁRIA: NÃO ACOLHIMENTO DA INTERPRETAÇÃO DO FISCO — OUTRA PROPOSTA.

Por força do princípio da eventualidade, admitida a hipótese de não acolhimento da interpretação do FISCO, nem assim deverá ser acolhida a tese da autora.

Afastada a tese aqui considerada CORRETA, passa-se a expor uma tese subsidiária, por força da eventualidade. Recapitulam-se os dois critérios legais.

1) Esquemáticamente, houve uma sucessão de três empresas:

A → B → C

"A" foi incorporada por "B", "B" foi incorporada por "C". A aquisição do imóvel de "A" por "B" é imune ao ITBI desde que "B" não exerça atividade preponderante de compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. Atividade preponderante é a atividade que gera 50% da receita operacional da pessoa adquirente, nos 2 anos anteriores e nos dois anos subsequentes, à aquisição. Esquemáticamente:

← **B** * **Data da incorporação (B= B + A)** →
2 anos **2 anos**

Se a empresa foi constituída na data da incorporação ou há menos de dois anos dela, aplica-se o critério subsidiário, quer dizer, a atividade preponderante passa a ser apurada nos três primeiros anos seguintes à data da aquisição. Esquemáticamente:

* **Data da incorporação (B=B + A)** →
3 anos

Finalmente, supondo-se que a empresa adquirente não dure dois (1º. critério) ou três anos (2º. critério), surge o problema ora analisado. Pela interpretação que se pretende correta: inviabiliza-se a possibilidade de apuração da atividade preponderante e, assim, a possibilidade de reconhecimento da imunidade. Porém, se afastada essa interpretação pelo nobre magistrado, sugere-se outra, pelo princípio da eventualidade:

* **Data da incorporação (B= B+A)** → **Data da nova incorporação (C= C+B)**

← ----- **2 ou 3 anos** ----- →

Quer dizer: não há sentido em desprezar a ressalva constitucional. Na pior das hipóteses deve-se aplicar o critério legal de apuração da atividade preponderante também à nova empresa, que incorporou a adquirente. Assim, se a empresa adquirente subsistiu após a aquisição pelo prazo de um ano, por hipótese, e após foi adquirida pela empresa "C", deverá comprovar que no período de 1 ano a empresa "B" não exercia atividade preponderante e no período de 2 anos (ou 1 ano, se aplicável o primeiro critério) a empresa "C" não exercia atividade preponderante.

Se com a incorporação a empresa incorporadora sucede no mundo jurídico a incorporada e responde pelas suas obrigações, não há porque não se aplicar, no que sobeja, a ela a regra legal. **Para os efeitos de ativi-**

dade preponderante, as empresas "B" e "C" são consideradas como uma única empresa.

VI. A TESE SUBSIDIÁRIA E A NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL.

Se o magistrado acolher a tese subsidiária proposta, o que se admite em homenagem ao princípio da eventualidade, a questão, percebida-se, deixa de ser apenas de DIREITO. Seria imprescindível a realização de PROVA PERICIAL. Por óbvio: o julgador, **por presunção absoluta**, não tem conhecimentos contábeis para verificar se houve ou não atividade preponderante.

Ainda que o julgador seja formado em ciências contábeis, o que é perfeitamente possível, o sistema presume de forma absoluta sua falta de conhecimentos contábeis.

Juízos técnicos sobre o fato não podem ser desenvolvidos pelo juiz. Este deve, por imposição normativa, valer-se de um AUXILIAR TÉCNICO, do PERITO JUDICIAL.

Por isso, a juntada do balanço patrimonial e do balancete pela autora, às fls. 138 e seguintes, é absolutamente despropositada.

A autora deveria ter requerido prova pericial. Não o fez. **NÃO SE TRATA DE DIREITO INDISPONÍVEL** e, assim, **não há porque** o magistrado determinar a realização **DE OFÍCIO**. **Na falta de pedido da parte, a prova pericial, quando a questão for disponível, não é realizada.**

Se a prova testemunhal ou pericial era necessária, se a autora não a requereu e se o juiz não pode requisitá-la porque se trata de direito disponível, o que fazer? Julgar improcedente a ação, pelos motivos explicados no tópico seguinte.

VII. ÔNUS DA PROVA

Cabe, por óbvio, à autora provar que não exerce atividade preponderante de venda ou locação de bens imóveis. O ônus da prova é seu.

Interessante observar que a **regra do ônus da prova** diz respeito ao **exercício da função jurisdicional**. Ela incide apenas nos casos em que, no final da instrução, o juiz estiver em DÚVIDA. Somente nesses casos, como é proibido o *non liquet*, incide a chamada regra do ônus da prova, quer dizer, o sistema imputa ao magistrado o resultado da controvérsia quando este estiver em dúvida sobre os fatos.

Perceba-se: o magistrado é, por definição, terceiro em relação às partes, é imparcial. Ele não conhece os fatos. Ao final da instrução, se estiver certo, quer dizer, se tiver formado sua convicção sobre os fatos controversos, não há incidência das regras do ônus da prova.

Somente no caso de dúvida, de não ter conseguido formar a convicção sobre os fatos controvertidos, é que elas incidem: deverá a ação ser julgada improcedente se a dúvida recair sobre os fatos constitutivos do direito do autor.

No caso, o ônus da prova dos requisitos da imunidade é da autora. Por força da presunção de veracidade dos atos normativos cabe a ela provar que é imune. Na falta de prova pericial não há como ter convicção sobre a configuração da imunidade. Ao menos resta a dúvida.

E restando a dúvida, por força da regra do ônus da prova, impõe-se a improcedência da ação.

VIII. DO PEDIDO DE JUNTADA DE CÓPIA INTEGRAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO EM QUE FOI INDEFERIDA A PRETENSÃO DA AUTORA.

A autora requereu a juntada de cópia integral do PA 2000-0.266.510-3 às fls. 132.

Data maxima venia, discorda-se do pedido por um motivo muito simples. A juntada desse PA é inútil para a solução da lide. E é inútil porque não há controvérsia nenhuma sobre ele. A autora afirma que foi requerido pela empresa adquirente o reconhecimento da imunidade; a ré concorda. A autora afirma que o pedido foi indeferido; a ré concorda. É apresentado o motivo do indeferimento: considerou-se prejudicado o pedido de reconhecimento da imunidade porque a empresa adquirente extinguiu-se em 30.03.2001. **Não foi possível examinar os exercícios de 1998 a 2001 da**

empresa adquirente, 1998 e 1999, referentes aos dois anos anteriores à aquisição, e 2000 e 2001, referentes aos dois anos posteriores, porque ela se extinguiu em 2001.

Não há controvérsia sobre os fatos. Por isso, não há necessidade de juntada do PA. Porém, se o nobre Juízo entender de forma diversa, requer a ré prazo de 20 dias para apresentar a referida cópia.

DO PEDIDO

Nesses termos, aguarda o Município de São Paulo:

- a) acolhimento da interpretação indicada no item IV e improcedência da ação (trata-se de questão de direito que independe de prova);
- b) subsidiariamente, acolhimento da interpretação indicada no item V e improcedência da ação por falta de prova (trata-se de questão de fato não provada por quem tinha o ônus de fazê-lo);
- c) indeferimento do pedido de juntada de cópia integral do PA, pois incontroversos os fatos referentes a ele;
- d) subsidiariamente, deferimento de prazo de 20 dias para juntá-lo.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 05 de dezembro de 2005.

Agravo Regimental – Suspensão de Liminar e de Sentença

Dr. Marcos Roberto Franco

Procurador do Município de São Paulo - OAB/SP 123.323

RESUMO: A ELETROPAULO, alegando a inadimplência do Município, sem aviso prévio, interrompeu o fornecimento de energia elétrica em diversos prédios públicos (cerca de oitenta). Para evitar outros cortes e reverter a situação dos prédios atingidos pela ação da empresa, a PGM, através de JUD-33, propôs uma medida cautelar inominada, tendo obtido, a princípio, a concessão da liminar na forma requerida. Inconformada, a ELETROPAULO interpôs agravo de instrumento e, em juízo de retratação, o próprio juiz de 1º grau cassou a liminar favorável ao Município. De plano, JUD-33 agravou desta última decisão, obtendo no Tribunal de Justiça nova liminar proibindo o corte de fornecimento de energia nos imóveis sob sua responsabilidade. Mais uma vez irresignada, a ELETROPAULO levou o caso até o Superior Tribunal de Justiça, através de um "pedido de suspensão de liminar" onde conseguiu, a princípio, convencer o Presidente da Corte a modificar a decisão favorável ao Município, proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo. Contra esta decisão, ou seja, contra o deferimento do pedido de suspensão de liminar proferido pelo 1. Presidente do Superior Tribunal de Justiça é que foi interposto o "Agravo Regimental", cujo teor segue anexo. Acolhendo os argumentos da Municipalidade, o próprio Presidente do STJ reviu sua posição, possibilitando a plena vigência da liminar proferida em sede de agravo pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, garantindo, na prática, o fornecimento de energia elétrica aos prédios da Municipalidade até o julgamento definitivo da demanda ou até que as partes transigissem, uma vez que haviam negociações em estágio avançado na ocasião.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO PRESIDENTE
DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Suspensão de Liminar e de Sentença nº 192 – SP
(Registro nº 2005/0177455-8)

AGRAVO REGIMENTAL

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por seus Procuradores, nos autos do Pedido de Suspensão de Liminar de número em epígrafe, interposto por **ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A**, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa, interpor o presente **AGRAVO REGIMENTAL** em relação a R. Decisão que deferiu o pedido formulado pelo Agravado, fazendo-o com fundamento nas prescrições do artigo 4º, § 3º da Lei 8.437/92 e artigos 271, § 2º combinado com os 258 e 259 do Regimento Interno desta Augusta Corte, para regular processamento e oportuno julgamento pelo Colegiado.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 03 de novembro de 2.005.

Dr. Marcos Roberto Franco

Procurador do Município de São Paulo - OAB/SP 123.323

Agravante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Agravado: ELETROPAULO METROPOLITANA ELETRICIDADE DE SÃO PAULO S/A

Autos origem: Agravo nº 895094-0 – 25ª Câm. Direito Privado – TJ -SP

Colenda Corte Especial,

Nobres Ministros Julgadores,

DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

O artigo 271, § 2º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça prevê que, do despacho do senhor Presidente da Corte, que deferir o pedido de suspensão de liminar, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias.

Através de Telegrama postado em 28 de outubro, p.p., a Municipalidade de São Paulo tornou conhecimento, por intermédio de um de seus Procuradores (destinatário do Telegrama) de que este o eminente Presidente deste E. Tribunal havia deferido pedido de Suspensão de Liminar, atendendo a pedido efetivado pela agravada, em face de decisão proferida pelo Desembargador Relator do Agravo de Instrumento nº 895094-00/9, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Dr. Sebastião Flávio.

Conforme Comunicado anexo, este E. Tribunal manteve suas atividades suspensas até o dia 02 de novembro do último, voltando a correr os prazos judiciais somente no dia 03 de novembro, momento em que caracterizou-se o *dies a quo* para contagem do prazo do presente recurso, não havendo que se falar, portanto, em intempestividade.

BREVE RELATO DOS FATOS

Para que haja correta compreensão a respeito dos fatos que circundam o tema posto a exame perante Vossas Excelências, mostra-se oportuno um breve relato das ocorrências que conduziram a demanda até a presente condição.

A agravada, empresa privada do setor de fornecimento de energia elétrica, que presta serviços para cidade de São Paulo, alegando de forma rasa e simplista que a agravante possuía débitos não liquidados para consigo, houve por bem, de forma abrupta e despropositada, proceder ao corte de fornecimento de energia elétrica em unidades de consumo sob a responsabilidade do Município da capital paulistana, provocando grande e incalculável transtorno à Administração Pública, à prestação dos serviços públicos e inclusive à saúde pública, uma vez que não foram poupados da conduta açodada da agrava sequer locais onde funcionavam postos de saúde e congêneres.

Tal conduta, é preciso que se registre, foi tomada a despeito da existência de intensas negociações entre as partes, expediente aliás, que, conforme será demonstrado, continuou a se repetir durante todo este iter.

Não possuindo outra alternativa, diante da conduta precipitada e anacrônica da agravada, o Município socorreu-se do Poder Judiciário para garantir a prestação do serviço público, propondo a Medida cautelar nº 326/053.05.005984-2, distribuída perante a 12ª Vara da Fazenda Pública da cidade de São Paulo.

Acatando, a princípio, os argumentos da Municipalidade, o MM Juiz oficiante deferiu o pedido liminar então formulado, determinando, em suma, a restituição do fornecimento de energia aos próprios Municipais e impedindo novas interrupções.

Contra tal decisão a Eletropaulo interpôs recurso de agravo de instrumento e, em juízo de retratabilidade, ao tomar conhecimento do referido recurso, na forma do artigo 526 do CPC, o Nobre Magistrado de Primeira Instância revogou a liminar deferida *iníto litis*, permitindo, portanto a interrupção no fornecimento de energia elétrica aos imóveis ocupados pelo Município, ressalvando, desta feita, aqueles onde são prestados “serviços efetivamente essenciais à população, como os de saúde e de educação em geral e aqueles em há atendimento direto à população.”

Inconformado, o Município interpôs contra referida decisão agravo de instrumento que, distribuído perante o E. Tribunal de Justiça tomou nº 895.094-0/9.

No referido recurso (cópia das razões anexa), foi enfatizado mais uma vez a injusta conduta da Eletropaulo que de forma despropositada, estava se utilizando de meio coercitivo indevido para impelir os Administradores Públicos a quitarem os débitos que apontavam.

Não se pode olvidar que em virtude dos aludidos cortes no fornecimento de energia, sem qualquer notificação prévia ou aviso, inúmeros serviços públicos foram interrompidos, tais como: serviços de vacinação em postos de saúde, fornecimento de licenças e certidões, tendo sido atingido, inclusive, locais onde estavam armazenados produtos perecíveis destinados à merenda escolar.

Uma vez distribuído ao Relator, o eminente Desembargador Sebastião Flávio, compreendendo a complexidade da situação, que extrapola em muito a simples relação de devedor e credor, pois trata da dívida de uma das maiores cidades do mundo, num período de transição administrativa, em que o orçamento foi recebido já totalmente comprometido, houve por bem conceder o efeito ativo ao recurso, impedindo o corte de fornecimento de energia. Mais do que isto, imbuído de grande espírito de justiça, o Nobre Relator propiciou às partes que negociassem um acordo que pusesse fim às pendências, o que de imediato passou a ser observado, como demonstram as Atas das Reuniões realizadas.

Mesmo diante da valiosa oportunidade para por fim à questão de fundo e do grande esforço efetivado para que houvesse uma composição, como demonstram as referidas Atas, sem considerar o fato de que a atual Administração vinha pagando os débitos da atual gestão e promovendo toda sorte de medidas para tornar viável o pagamento do débito herdado, a Eletropaulo optou por recorrer daquela decisão, em agravo interno perante o próprio Tribunal de Justiça de São Paulo, não obtendo, porém, qualquer sucesso.

Irresignada, e em indisfarçável avidez por obter uma decisão Judicial que lhe permitisse cortar a energia elétrica dos próprios Municipais, a agravada bateu às portas desta Corte Superior, através do inusitado pedido de Suspensão de Liminar com que ora nos deparamos.

Conforme restará demonstrado, a par de impróprio, uma vez que a empresa em questão não é parte legítima para propor a excepcional medida prevista na Lei 8437/92, denotasse claramente a intenção da agravada de obter a chancela Judicial para, podendo proceder ao corte de energia, desequilibrar a mesa de negociações, exercendo indevida e inaceitável pressão sobre o Administrador Público, como se este já não estivesse envidando todo esforço para por fim a esta nevrálgica, porém, intrincada questão.

Omitindo questões relevantes do caso concreto e com grande habilidade tentando jogar a questão na vala comum da simples inadim-

plência, o agravado induziu sua Excelência o Presidente desta Augusta Corte em erro, obtendo a suspensão da liminar sem preencher quaisquer dos requisitos exigidos pela legislação de regência, fazendo prevalecer, na prática, seu interesse financeiro particular em detrimento do interesse genuinamente público e da lesão à ordem, a saúde, à segurança e a economia que serão provocados ao Município e aos cidadãos que habitam na grande Metrópole, sendo portanto imperiosa a reforma da decisão monocrática proferida.

Senão vejamos:

DA ILEGITIMIDADE ATIVA

Para justificar a propositura do pedido de suspensão de liminar perante o I. Presidente desta Augusta Corte, a agravada, de forma hábil, porém indevida, travestiu seu interesse, meramente particular e financeiro, em interesse público, no afã de adequar-se às prescrições restritas do artigo 4º da Lei 8437/92.

Tal conduta, porém, não resiste a uma análise mais detida da situação. Com efeito, sob a ótica da exegese que a doutrina e a jurisprudência tem firmado sobre a legitimação para propositura da excepcional medida da Suspensão de Liminar, não há como aceitar a figura de uma empresa particular, por razões meramente financeiras, utilizar-se contra o Poder Público de uma legislação cuja *mens legis* evidente e insofismável é justamente a proteção do Poder Público contra liminares e medidas cautelares que ponham em risco de lesão a ordem, a saúde e a **economia públicas**.

Neste sentido podemos mencionar algumas valiosas ministrações. A professora Ana Luisa Celina Coutinho, na obra "Mandado de Segurança – Suspensão de Segurança no Direito Brasileiro" assim esclarece:

"Só a pessoa jurídica de direito público tem legitimidade ativa para formular pedido de suspensão. A pessoa jurídica de direito privado, ainda que exercente de atividade delegada do poder público, falta autoridade para falar em nome da ordem, saúde da segurança e da economia públicas." (ob. Cit. Pg. 113 Ed. Juruá – 1.998; Bol. TRF – 3ª Região 10/68, AgRg na SS 1.372 – SP, Rel. desig. Juiz Márcio Moraes)

A jurisprudência, ao analisar situação congênere, também tem julgado no mesmo sentido:

“De acordo com o disposto no artigo 4º da Lei 4348/64, somente a pessoa jurídica de direito público tem a faculdade de requerer a suspensão da execução de liminar ou sentença.” (TRF-Pleno, SS 8.123 – DF – AgRg rel. Gueiros Leite, negaram provimento ao agravo regimental, v.u., DJU 15.05.1989 – no mesmo sentido RTRF – 3ª Região 17/33)

Vale registrar que, mesmo nos casos em que a jurisprudência tem julgado de forma diversa, ou seja, admitindo que concessionários de serviço público promovam o incidente do Pedido de Suspensão, tais pedidos têm sido promovidos para a defesa direta do interesse público para o qual a pessoa jurídica de direito privado recebeu a concessão. Ou seja, a exceção à previsão legal só se justifica diante da defesa do interesse público direto e jamais de modo transversal.

Em outras palavras, seria palatável que a Eletropaulo pugnassem pela concessão de suspensão de liminar se o que estivesse em risco de lesão direta fosse a prestação de serviço em si. Vale dizer. Mesmo que o equilíbrio econômico financeiro estivesse em risco, e este seguramente não é o caso, tal situação não se enquadra nas restritas previsões que ensejam o incidente ora em comento. A ilação de que eventual inadimplência de consumidor - mesmo sendo uma grande cidade - pode, em caso extremo, por em risco a saúde financeira da empresa que, em decorrência, pode vir a não prestar mais seus serviços, é desprovida de amparo de fato e de direito capaz de justificar a interposição do pedido de suspensão, uma vez que tal medida requer perigo real e imediato de lesão aos relevantes interesses públicos ali protegidos.

A decisão a seguir retratada ilustra tal assertiva de modo cristalino:

“Entretanto, acaso não caracterizada, em concreto, a pretensão de tutela dos interesses públicos que devem ser resguardados pelo exercitamento da função pública delegada, revelando-se tão somente a tentativa de proteção ao interesse próprio da pessoa jurídica, nega-se-lhe legitimação para os pedidos de suspensão, como já assentou o STJ: “A jurisprudência dos tribunais superiores tem admitido também o ajuizamento da excepcional medida por entidades de direito privado no exercício de atividade delega-

da da Administração Pública, como as sociedades de economia mista e as concessionárias prestadoras de serviço público, quando na defesa de interesse público, naturalmente. Tal construção jurisprudencial tem a finalidade de assegurar a preservação do interesse público, evitando-se a sobreposição do interesse privado” (STJ 2ª T., Resp 50284/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, J. 18.05.1999, v.u. DJ 12.06.2000, pg. 87 – CE, Ag RSS 1277/DF, Rel. Min. Edson Vidigal, j 25.10.2004, Dj 06.12.2004, pg. 174 – Cit. O. Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público – Eton Venturi – Ed. RT pg. 77 – nota 8). - g.n.

O indisfarçável móvel econômico-financeiro da empresa agravada desnatura sua legitimidade, mesmo diante daqueles que a toleram, nos extremados casos já explicitados.

O Professor Eton Venturi, em valiosa obra prefaciada pela eminente Teresa Arruda Alvim Wambier destaca que:

“Conforme já decidiu o STJ, “as empresas públicas equiparam-se às entidades de direito público, quanto à legitimidade para requerer suspensão de segurança, bastando estar investidas na defesa do interesse público decorrente da delegação” – g.n (ob. cit. pg. 77)

De fato, não se pode confundir o interesse financeiro da empresa, que jamais esteve em risco no caso sob exame, com a previsão legal de proteger a **economia pública**, esta sim sob severo risco de dano a prevalecer a decisão ora combatida.

“Neste sentido, já decidiu o STJ que “a grave lesão à economia pública não está relacionada tão-somente com o montante do débito, mas sim com os danos que a decisão judicial possa causar na ordem jurídica, no ponto em que privilegia o interesse particular em detrimento do público”. (In Suspensão de Liminares e Sentenças Contrárias ao Poder Público, ob. cit p. 136) - g.n.

O que observamos, na prática, é que a r. decisão ora sob exame privilegiou o interesse econômico da empresa em receber seu débito em detrimento dos relevantes interesses públicos realmente protegidos pela Lei de regência.

No caso específico dos autos, a agravada não apenas litiga por interesse privado e financeiro, como também quer fazer prevalecer seu interesse particular em face do **Poder Público**, colocando em risco a

prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica à população, numa verdadeira subversão aos valores protegidos pela Lei 8437/92 e pela legislação congênere.

Temos, portanto, que além de parte ilegítima, por não ser pessoa jurídica de direito público e por não estar litigando por interesse público direto ou para evitar alguma das lesões relevantes enumeradas pelo artigo 4º da Lei 8437/92, é ilegítimo o seu interesse por estar pleiteando justamente contra o Poder Público e em detrimento de interesse público evidente, estampado no esforço desmedido para que a população não seja atingida pela solução de continuidade dos serviços prestados pela agravada, bem indispensável à manutenção da ordem, da saúde, da segurança e da economia da maior metrópole do país.

Com efeito, o artigo 4º da Lei 8437/92 fala em "execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público". No caso em tela, a situação é justamente inversa, pois, é o Poder Público que está litigando e obteve liminar contra o particular, para o que não há previsão de pedido de Suspensão pela via eleita.

Permitir que o particular, mesmo concessionário de serviço público, se utilize desta medida contra o próprio Poder Público, para suspender liminar obtida em favor deste, constitui intolerável inversão ao direito posto.

Diante destas considerações, requer o Município de São Paulo seja extinto o presente pedido de suspensão de liminar por evidente e insuperável ilegitimidade ativa, nos moldes do que prevê o artigo 267, inciso VI do CPC, combinado com o artigo 4º da Lei 8437/92.

DAS RAZÕES QUANTO AO MÉRITO

Na hipótese de não ser este o entendimento desta Corte Especial, melhor sorte não merece a agravada no que se refere ao mérito, uma vez que o seu pedido está desprovido de quaisquer elementos de fato ou de direito que possam sustentar seu pleito, sendo, com o devido respeito, imperiosa a reforma da decisão proferida pelo insigne Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Para alcançar o intento de obter autorização para cortar o fornecimento de energia elétrica dos próprios municipais, a agravada lançou mão, inadequadamente, da estreita via do Pedido de Suspensão de liminar.

Neste afã, no entanto, procurou narrar os fatos de forma a lhe atribuir um caráter genérico e difuso, sem a devida fidelidade às ocorrências e nuances que norteiam o caso concreto, tentando emprestar à situação um aspecto simplista, onde coloca o Município na figura de inadimplente contumaz, inerte e desidioso, frente a uma insinuada situação de risco econômico provocado pela inoperância dos Administradores Públicos.

A par deste cenário irreal, maquiado minuciosamente, a agravada executa um exercício desmedido para fazer crer que atua na defesa do interesse público, tentando justificar assim, a interposição da medida escolhida para atingir seus objetivos.

A despeito, porém, de todo esforço perpetrado, a construção engendrada pela empresa agravada não resiste à solidez do fato de que não atua, senão em busca de móveis particulares e financeiros, não havendo que se falar em proteção a qualquer interesse público, somando-se a isto, ainda, o fato de que, como será demonstrado, não há que se falar em desídia ou inércia da agravante frente aos débitos existentes para com a Eletropaulo.

Houve aqui, na verdade, uma inversão de valores, onde a agravada, em busca da satisfação meramente comercial e financeira (esta não é a sede para discutir a justiça do débito) pôs em risco os verdadeiros interesses que a medida de Suspensão de Liminares deveria proteger.

Com o devido respeito, no bojo do pedido de Suspensão de Liminares, não cabe a discussão sobre a possibilidade ou não do corte de energia elétrica por inadimplência, que é questão remetida ao mérito da discussão levada a efeito, no caso, ainda em Primeira Instância.

É preciso ter claro na mente que a discussão que se coloca em pauta, em razão da natureza da medida ora em exame, deve ser restrita a existência ou não de risco de lesão aos bens protegidos pela Lei 8437/92.

O silogismo adequado para o caso deve ser direto. Se há "manifesto" interesse público e risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, conclui-se pela possibilidade do deferimento da medida.

Ocorre que no caso específico deste Pedido de Suspensão, o Poder Público, de forma inusitada, figura como parte passiva da relação processual.

Então, admitindo-se a legitimidade da agravada apenas para argumentar, questiona-se: qual o manifesto interesse público da Eletropaulo em poder desligar as luzes da cidade de São Paulo? Esta

permissão afasta o risco de lesão ao interesse público ou cria, na verdade, um risco de dano irreparável aos bens protegidos pela legislação de regência?

De notar-se, claramente, que na proteção do equilíbrio econômico-financeiro da empresa agravada, que aliás, não é objeto da proteção prevista no artigo 4º da Lei em exame, sua excelência o Presidente desta Augusta Corte, com o devido respeito, pois em risco todos aqueles altos valores que a legislação houve por bem proteger.

É despidendo dizer que sem o fornecimento de energia elétrica estariam prejudicados **todos** os serviços públicos municipais. Há que se ter em conta que mesmo os serviços públicos meramente administrativos tem como finalidade a viabilização de um serviço fim, prestado diretamente à população. Mesmo o desligamento das luzes de uma praça pública em São Paulo (como indicou o Magistrado de Primeiro Grau) colocaria em risco grave a segurança dos moradores da região e dos transeuntes. Não há serviço público que possa prescindir do fornecimento de energia elétrica no mundo hodierno.

A prevalecer a r. decisão do Senhor Ministro Presidente, insistisse, estariam violados justamente os bens que deveriam estar sendo protegidos pela Medida da Suspensão de Liminar.

Portanto, não se pode tratar o caso, como se a Eletropaulo estivesse cobrando uma dívida perante um particular.

Aliás, sobre tal distinção, vale a transcrição do seguinte entendimento, ministrado pelos autores do anteprojeto do Código do Consumidor, *in* "Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, editora Forense Universitária, 8ª edição, pág. 216:

"Por outro lado, se o usuário do serviço for pessoa jurídica de Direito Público, a interrupção do fornecimento é inadmissível, porque, além de estar em causa o interesse público – cuja supremacia é indiscutível em termos principiológicos-, o ente público pode invocar, em sentido diametralmente oposto, o postulado da continuidade dos serviços que presta à população em geral.

E prossegue em nota de rodapé:

"Em lapidar acórdão, a 1ª Turma do STJ deixou assentado o seguinte: "O corte de energia autorizado pelo CDC e legislação

pertinente é previsto uti singuli, vale dizer: da concessionária versus o consumidor isolado e inadimplente; previsão inextensível à Administração Pública por forçado princípio da continuidade, derivado do cânone maior da supremacia do interesse público” (cf. AGRMC nº 3.982; Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 2001/00921137-1, rel. min. Luiz Fux).”

Não se pode olvidar que o Interesse Público da Municipalidade no caso é manifesto, conforme prevê o artigo 4º da Lei 8437/92, enquanto o interesse da agravada só se toma público por via oblíqua e transversa, desnaturando o fundamento jurídico para pleitear em sede de Pedido de Suspensão.

Não bastasse o fato de que o Poder Público Municipal e os seus serviços estão em risco iminente com a permissão para o corte de energia, a medida se evidencia ainda mais injusta diante do fato de que não há que se falar em desídia do Município para com a Eletropaulo, no que diz respeito aos débitos existentes.

É preciso deixar aclarado, em primeiro lugar, que não existem dívidas pendentes relativas ao atual exercício financeiro, ou seja, relativas ao ano de 2.005. (doc anexo)

Todos os débitos que ainda estão sendo discutidos são oriundos de exercícios anteriores, que, aliás, jamais foram cobrados com tal ímpeto.

Além de estar pagando em dia as tarifas relativas ao corrente ano, o que a agravada não esclareceu é que as negociações visando a extinção das obrigações, seja por compensação de créditos, encontro de contas ou por efetivo pagamento já estão em fase final.

Tal assertiva pode ser comprovada pela leitura das atas das reuniões realizadas entre as partes, que instruem o presente agravo, mormente pela Declaração da Eletropaulo, anexa, firmada em 31 de outubro de 2.005.

O fato de estarem pagas as contas do corrente ano e de que as demais dívidas existentes estão em fase final de entabulamento de acordo, deixa entrever a intenção da agravada de colocar-se em situação de indevido privilégio na mesa de negociação.

Mais do que isto, estes dados esvaziam de vez a tese da empresa de que corre risco financeiro pelo inadimplemento das obrigações da agravante.

O aludido risco financeiro fica ainda mais enfraquecido diante do fato de que, para proteger-se da inadimplência, a agravada propôs perante a 10ª Vara da Fazenda Pública da Capital paulista a ação ordinária de cobrança de número 583.53.2005.020.156-0, que visa cobrar dívidas relativas ao período de 22 de fevereiro de 1.996 até 31 de janeiro de 2.001 e de 31 de janeiro de 2.001 a 31 de janeiro de 2.003.

Com tal medida judicial, portanto, mesmo na improvável hipótese de não ser efetivado o acordo (já em fase final como noticiado), o crédito da Eletropaulo está devidamente garantido, uma vez que o Município de São Paulo não pode ser considerado devedor insolvente, sendo certo o pagamento dos valores.

Vale também consignar que, como demonstra a Informação anexa, o Município e a própria Eletropaulo estão desenvolvendo um procedimento de pagamento eletrônico das contas de energia que funcionará como verdadeiro "débito automático", proporcionando a quitação imediata de todas as contas de responsabilidade da agravante, eliminando eventuais falhas que muitas vezes ocorrem nas liquidações manuais, que hoje são descentralizadas em milhares de unidades e que serão, com a mudança, pagas de forma concentrada.

Tal conduta denota de forma incontestada a boa-fé da Administração Municipal para com a Eletropaulo.

Não há, portanto, que se falar em risco à economia (na verdade risco financeiro) da empresa, nem há que se falar que a empresa está sendo obrigada a prestar seus serviços sem a devida contra-prestação.

Por outro lado, "descompasso financeiro" conforme aludiu o Excelentíssimo Ministro Presidente, insista-se, não é elemento autorizador da medida da suspensão de liminar, e não foi provocado pela atual Administração que, na verdade, tem se empenhado em saldar as dívidas herdadas. Assim, não há que se falar em "pena de a Administração futura se ver penalizada e por vezes impossibilitada de honrar compromissos que não dizem respeito à sua gestão...". O esforço que ora se comprova é no sentido de adimplir, na forma legal, tanto os compromissos atuais como os advindos de governos passados, demonstrando-se mais uma vez que não há que se falar em qualquer espécie de risco, senão aos Interesses Públicos legítimos da Municipalidade de São Paulo.

Por fim, demonstrado que não há risco de lesão aos interesses financeiros da empresa agravada, diante no manifesto risco de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia da cidade de São Paulo e aos

seus cidadãos, que serão vitimados pelo corte no fornecimento de energia elétrica, evidenciando-se que a agravante (Município) é que deve ser protegida no presente caso, resta, ainda deixar consignado que a manutenção desta medida fere frontalmente a Constituição Federal.

Isto porquê, o artigo 170, inciso V da Constituição Federal prevê expressamente a proteção aos direitos do consumidor, condição na qual figura o Município na relação para com a Eletropaulo.

Ocorre que, mesmo por este prisma, em sendo Poder Público e por prestar exclusivamente serviços desta natureza, sem fins econômicos ou financeiros, em decorrência do princípio constitucional aludido, mesmo que estivessem presentes os requisitos para suspensão da liminar (anteriormente tratados e totalmente afastados), ainda assim o corte de fornecimento de energia não seria possível.

Com arcabouço no dispositivo constitucional previsto no artigo 170, inciso V, o Código de Defesa do Consumidor previu que:

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

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código”.

Constata-se, pois, que o legislador, a uma só vez, atento ao princípio da defesa ao consumidor e à prevalência do interesse público, não ventilou exceções, de modo que à fornecedora de serviços não é facultado o expediente de paralisação do serviço de fornecimento de energia, sob pena de responder pelos danos causados, como cristalinamente disciplinado no parágrafo único supra transcrito.

Importante lembrar que o estatuto consumerista é um microsistema, entendido esse como uma compilação de normas e princípios, que não podem alterados, mesmo que por norma posterior do mesmo patamar. Desta forma, é totalmente descabida do ponto de vista técnico-jurídico a exceção contida no art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/93, na qual se baseia a agravada, transformando em relativa a vedação de interrupção do serviço, a qual, pelo Código de Defesa do Consumidor, é absoluta.

Vale aqui transcrever mais uma vez a lição de Cláudia Lima marques, Antônio Herman V. Benjamin, na obra "Comentários ao Código de defesa do Consumidor, Editora dos Tribunais, pg. 331:

"Sendo assim, interpretando-se a constituição como um todo, inclusive o artigo 5º, § 2º, que permite a inclusão do Pacto de San José da Costa Rica (DEC 678, de 06 de novembro de 1.992), temos que preservar a dignidade da pessoa humana, que é o valor maior, concretizado pelo CDC no princípio da continuidade dos serviços públicos, se essenciais à vida, saúde e segurança deste. Daí a proibição do corte ou suspensão como forma nova de cobrança, de ameaça, de constrangimento, de coação, ex vi, arti 42 do CDC (a concessionária de serviço público deve utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atraso)..."

A visão sistematizada do caso ora em exame, portanto, conduz a infável conclusão de que, tanto do ponto de vista legal como constitucional, para defesa fim do interesse do Município, consumidor especial que é e para proteção do interesse e necessidade do cidadão que depende do serviço público prestado pela Municipalidade, muito mais abrangente do que o que é prestado pela agravada, é premente a reforma da decisão proferida em juízo primário pelo Excelentíssimo Ministro Presidente.

A prevalecer a medida suspensiva, insofismavelmente estarão em risco imediato, justamente os valores que a Lei 8439/92 quis proteger, num paradoxo insustentável que, ao final, trará prejuízos e danos de ordem incalculável ao genuíno Interesse Público.

CONCLUSÃO E PEDIDOS

Diante de todo o exposto e demonstrado – por qualquer ângulo que se analise – resta notório, com todo respeito, que houve desacerto na decisão ora impugnada, motivo pelo qual requer a Municipalidade de São Paulo:

- Que em Juízo de retratabilidade, na forma prevista no artigo 259 do RISTJ, imbuído do elevado espírito de Justiça de que o Eminentíssimo Senhor Ministro Presidente desta augusta Corte sempre demonstrou, seja reconsiderado o despacho que concedeu a Suspensão da Liminar deferida pelo I. relator do Agravo de Instrumento nº nº 895094-0 da 25ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de

Justiça de São Paulo, restabelecendo-se, com tal providência o ambiente adequado para proteção real dos Interesses Públicos envolvidos, ao erário e, ainda, o equilíbrio nas negociações noticiadas nestes autos, propiciando, com isto, um deslinde adequado para o caso.

- Não sendo este o Vosso entendimento, requer seja o presente recebido, nos moldes como prevê o artigo 271, § 2º do Regimento Interno desta Augusta Corte e que, neste caso, seja o recurso remetido à Corte Especial para que seja conhecido e ao final provido, revogando-se o efeito suspensivo concedido pelo I. Ministro Presidente, por ser esta a medida que espelha a mais lídima Justiça.

São Paulo, 03 de novembro de 2.005.

Contestação em Ação Civil Pública

Dra. Marina Magro Behring Martinez

Departamento Patrimonial

Procuradora do Município - Patr23 OAB/SP 169.314

RESUMO: Contestação em Ação Civil Pública, com o fim de condenar o Município de São Paulo e o Estado de São Paulo em obrigação de fazer consistente em manter a unidade Maritim Francisco em funcionamento, no local e endereço em que situada, atendendo ao ensino básico em qualquer de seus ciclos, sob pena de multa diária no importe de R\$ 10.000,00, sem prejuízo da apuração de responsabilidade pessoal dos administradores respectivos. Requereu-se, também, a declaração de nulidade do ato de transmissão de propriedade. Anulação do contrato de permuta, tendo por objeto imóvel da Rua Domingos Fernandes e outro na Rodovia Raposo Tavares. Nulidade da permuta decorrente da violação ao art. 112, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, bem como ao art. 17, da Lei Federal nº 8.666/93, e ao art. 19, da Constituição Federal. Revisão de atos administrativos – Áreas Institucionais – Retrocessão.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 3ª
VARA DA FAZENDA PÚBLICA.**

Autos: 2068/053.04.035651-8

Ação Civil Pública

Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo

Rés: Municipalidade de São Paulo e Fazenda Pública do Estado de São Paulo

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por sua procuradora, nos autos da ação em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar a sua

C O N T E S T A Ç Ã O

ao pedido inicial nos termos seguintes:

I – BREVE RELATO DO NECESSÁRIO

O Autor, em sua petição inicial, alega que:

1) a Escola Estadual Martim Francisco foi erigida em área pública municipal e mantém taxa de ocupação média de 1.500 alunos;

2) o Município, por meio do seu Secretário de Governo, expediu ofício ao Secretário Estadual de Educação, solicitando a devolução da área em que situada a unidade educacional;

3) em resposta, o Secretário Estadual de Educação informou que, tendo em vista a pouca demanda pela unidade escolar, seus alunos poderiam ser atendidos por outras unidades próximas;

4) acertada a devolução do bem público, a Prefeita Municipal enviou à Câmara de Vereadores projeto de lei propondo a alteração da classificação do imóvel, de uso especial para dominial, bem assim que fosse o Executivo autorizado a permutar a área por outra, localizada na Rodovia Raposo Tavares, de titularidade de Pan American Estádios Ltda., certo que tal projeto foi aprovado;

5) no local existe posto de saúde em funcionamento, que realiza aproximadamente 4.000 atendimentos mensais;

6) o direito à educação é fundamental, objeto da Constituição Federal e de diversas outras leis;

7) o princípio da vinculação orçamentária, contido no art. 212, da Constituição Federal, indica que os bens afetados à manutenção e ao desenvolvimento do ensino não podem ter sua destinação alterada, pelo que o prédio da escola Martim Francisco não pode receber outra destinação e deve ficar definitivamente afetado a esse uso;

8) a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 180, VII, veda que **áreas verdes e institucionais**, assim reconhecidas pelo respec-

tivo projeto de loteamento, tenham sua destinação alterada; de tal modo, as áreas institucionais, destinadas a sediar escolas públicas, não podem ter sua alteração alterada; e,

9) o princípio da continuidade do serviço público garante a manutenção da unidade básica de saúde Max Perlman.

Em sede de pedido de antecipação dos efeitos da tutela, requereu fossem as rés impedidas de negociar o espaço público em que situada a escola, bem ainda abertura de período para coleta de matrículas nesta unidade educacional, para o exercício letivo de 2005, durante prazo não inferior a 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00, nos termos do art. 213, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como provimento principal, requereu a condenação das rés em obrigação de fazer consistente em manter a unidade educacional Martim Francisco em funcionamento, no local e endereço em que situada, atendendo ao ensino básico em qualquer de seus ciclos, sob pena de multa diária no importe de R\$ 10.000,00, sem prejuízo da apuração de responsabilidade pessoal dos Administradores respectivos.

Foi deferido o pedido de tutela antecipada, "até a vinda das informações, para suspender a alteração física do imóvel e respectivo mobiliário e ainda para manter em funcionamento o posto de saúde lá existente".

Foram prestadas informações.

Aditou o autor a petição inicial. Alegou que, após a propositura da demanda, a Municipalidade teria implementado a transferência da propriedade da gleba, presumidamente lavrando escritura pública; que os meios de comunicação veicularam informações apontando **suposta irregularidade no processo legislativo, pois não teriam sido realizadas as duas audiências pública previstas no art. 41, inciso XI, da LOMSP**; que houve violação aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, posto que a alienação não foi precedida de regular processo licitatório; que a Procuradoria do Município de São Paulo destacou a inexistência de interesse público na realização da permuta, inclusive porque parcela da área particular está comprometida, por comodato, com a Pia Sociedade de São Paulo.

Assim, acrescentou aos pedidos:

a) que, em sede de antecipação de tutela, seja a Municipalidade compelida a se **abster de negociar o espaço público em que situada a escola e a unidade de saúde**, ou, sucessivamente, seja suspenso o seu

registro, bem como impedidos quaisquer atos de disposição por pessoas estranhas à Administração Pública;

b) que, em sede de antecipação de tutela, seja o Estado de São Paulo compelido a abrir período para a coleta de matrículas na unidade educacional, para o exercício letivo de 2005, sob pena de multa diária no importe de R\$ 100.000,00;

c) que seja a Municipalidade, também em sede antecipatória, **compelida a manter em funcionamento a unidade básica de saúde**, no local em que situada, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00;

d) que seja julgada procedente a ação, para tornar definitivos os provimentos antecipatórios, **declarando-se a nulidade do ato de transmissão de propriedade**, além de condenar as rés em obrigação de fazer consistente em manter a escola e a unidade básica de saúde em funcionamento, nos locais e endereços em que situados, sob pena de multa diária no importa de R\$ 10.000,00, sem prejuízo de apuração da responsabilidade pessoal dos Administradores.

Seguiu-se, então, a concessão da antecipação de tutela, nos seguintes termos:

"Pelo exposto, reafirmo e defiro a antecipação de tutela, para determinar a devolução da posse do imóvel da Vila Nova Conceição à Municipalidade, que deverá manter em pleno funcionamento a Unidade Básica de Saúde lá instalada, proibir alteração física interna e externa da edificação e respectivas dependências, inclusive o mobiliário e equipamentos escolares, devendo a Municipalidade informar mensalmente ao Juízo, até o 15º dia útil do mês seguinte, sobre os atendimentos realizados".

Declarou-se, também, a indisponibilidade do bem.

Foram opostos embargos de declaração, que receberam a seguinte decisão (fl. 1298):

"Sem prejuízo, passo à análise do pedido de esclarecimento apresentado pela Municipalidade de São Paulo, à fls. 573. Nada há a declarar, exceto para o fim de ressaltar que a determinação quanto à proibição de alteração física, incluindo os mobiliários e equipamentos escolares afeta não só à Municipalidade como ao Estado, se a este pertencerem os bens supra citados".

É a síntese do necessário.

I - Preliminarmente

A) Das informações

A Municipalidade de São Paulo, nos termos do art. 2.º da Lei Federal n.º 8437/92, apresentou suas informações sobre o pedido de tutela antecipada formulado pelo autor, **no exíguo prazo de 72 horas**.

Naquela oportunidade, não havia ainda sido concluída a revisão que a Administração Pública apenas iniciara acerca dos atos administrativos que culminaram na celebração do contrato de permuta com a empresa Pan American Estádios Ltda.

Ultimados os estudos, apurou-se que, de fato, a avença era eivada de vícios, pelo que ingressou a Urbe com medida cautelar inominada, antecedente de ação que objetivará declaração de nulidade do pacto, pela razões ali expostas, tudo com vistas à preservação do interesse público, que autoriza – e mesmo determina - a revisão dos atos administrativos defeituosos.

Com efeito, coincide o pedido a ser deduzido na ação principal a ajuizar pela Municipalidade, i.e., o pedido de **declaração de nulidade do contrato de permuta, com somente um dos requerimentos** feitos pelo Ministério Público de São Paulo, nestes autos.

Veja-se que postula o Ministério Público, considerado o aditamento oferecido à sua petição inicial, o que se admite para argumentação, que sejam tornados definitivos os provimentos antecipatórios, **declarando-se a nulidade do ato de transmissão de propriedade**, bem ainda a **condenação das rés em obrigação de fazer consistente em manter a escola e a unidade básica de saúde em funcionamento, nos locais e endereços em que situados**, sob pena de multa diária no importa de R\$ 10.000,00, sem prejuízo de apuração da responsabilidade pessoal dos Administradores.

Além do que, as causas de pedir são distintas. De fato, a ilegalidade e a lesividade que implicam nulidade da permuta decorrem, conforme sustenta a Municipalidade, da violação ao art. 112, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, bem como do art. 17, da Lei Federal 8.666/93, de vez que, na hipótese vertente nestes autos, não foi devidamente justificado o interesse público.

Mais ainda. Houve violação ao art. 19, da Constituição Federal, porquanto, no imóvel da Rodovia Raposo Tavares, há um convento, com contrato de comodato, pelo prazo de 99 anos.

Afora o fato de que o imóvel em questão alcançaria preço mais vantajoso para o erário, caso fosse alienado mediante concorrência, como se vê da petição inicial.

Ademais, ainda de acordo com a Urbe, a permuta em questão desrespeitou o princípio da impessoalidade, uma vez que o imóvel foi concedido, sem licitação, à empresa incorporadora.

O Ministério Público, por sua vez, sustenta que a permuta seria nula por implicar infração a dispositivos constitucionais e infra-constitucionais referentes à promoção da educação, citando, dentre outros, o princípio da vinculação orçamentária, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Estadual, a questão das áreas institucionais, o princípio da continuidade do serviço público e a Lei nº 9.394/96.

Portanto, é de se entender que a coincidência entre os pedidos nas duas ações é **apenas parcial** e que, além disso, as causas de pedir são diversas, o que implica inexistência de preclusão.

Por fim, repise-se que a Administração, a partir do momento em que constata a existência de defeito em algum de seus atos, tem o dever de buscar sua anulação.

B) Do Aditamento à Petição Inicial

O autor teve seu pedido de aditamento à petição inicial juntado aos autos no dia 05 de janeiro de 2005, mesmo dia em que foi juntado o mandado de intimação e citação das rés. A Municipalidade nele após o seu ciente em 04 de janeiro de 2005.

Portanto, o pedido de aditamento não poderia ser acolhido, por violação ao disposto no art. 264, do Código de Processo Civil, que expressa o princípio da estabilização da demanda:

"Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei".

De relevo notar-se, pois, que o pedido de aditamento do autor traz alterações tanto na causa de pedir, quanto nos pedidos.

A Municipalidade não foi ouvida a respeito do pedido de aditamento e **manifesta, desde logo, sua discordância**. Requer, assim, seu desentranhamento e dos documentos que a acompanharam.

Porém, pelo princípio da eventualidade, passa-se a combater seus argumentos.

C) Da Falta de Interesse de Agir

Como dito, aforou a Municipalidade de São Paulo, em 18.01.2005, medida cautelar inominada, que recebeu o número 53/053.05.000807-5, em curso perante este MM.Juízo, com o fito de obstar o registro da escritura pública de permuta, celebrada entre o Município de São Paulo e Pan American Estádios Ltda., indicando a ação principal a ser proposta, para o fim de obter **declaração de nulidade do contrato de permuta**, por violação aos arts. 112, da Lei Orgânica do Município, e art. 17, da Lei Federal 8.666/93, além da vedação constitucional contida no art. 19, I, da Constituição Federal.

Assim, claramente o Autor carece de interesse de agir, na presente ação de conhecimento, no que toca ao pedido de declaração de nulidade do contrato de permuta, de vez que a ré já adotou as medidas pertinentes para anular o negócio jurídico impugnado.

D) Da Inexistência de Preclusão Lógica

Não há falar, no caso em comento, de preclusão lógica.

A Administração Pública pode sempre rever seus atos e anulá-los, com supedâneo nos princípios da autotutela e da supremacia do interesse público.

Dessarte, constatada a presença dos defeitos, a Urbe tomou as medidas necessárias para resguardar o interesse coletivo, pleiteando em juízo a declaração de nulidade do contrato de permuta.

Nada obstante, o Autor também requer que a Municipalidade se abstenha de negociar o bem público, bem ainda que as rés sejam condenadas em obrigação de fazer consistente em manter a escola e a unidade básica de saúde em funcionamento, nos locais e endereços em que situados.

Tais pedidos não foram compreendidos pela medida cautelar ajuizada pela Municipalidade, tampouco tal aforamento representa ato incompatível com a contestação que ora se oferece.

E) Impossibilidade jurídica dos provimentos requeridos

Da determinação de manutenção de unidade básica de saúde e de estabelecimento escolar estadual em dado local

Pede o Autor, como provimento de caráter definitivo, seja a Municipalidade condenada a manter em funcionamento a Unidade Básica de Saúde e a Unidade Educacional Martim Francisco, nos locais e endereços em que situadas. Tais provimentos, todavia, não encontram amparo em nosso ordenamento jurídico.

Determinar o Judiciário a manutenção de determinado equipamento público, em dado local, violaria o princípio da independência dos Poderes, estabelecido no art. 2.º da Constituição Federal:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

É com base neste dispositivo que deve ser interpretado o art. 3.º da Lei Federal n.º 7347/85, já que a ação civil pública, embora possa buscar uma condenação à obrigação de fazer, **não deve ser utilizada com a finalidade de quebrar o princípio constitucional da Separação de Poderes do Estado.**

Com efeito, não cabe ao Poder Judiciário determinar a manutenção e funcionamento de unidades públicas, de forma a invadir a esfera de discricionariedade do Poder Executivo. Dentro dessa esfera de discricionariedade, encontra-se a possibilidade de estabelecer prioridades, sem interferência dos demais Poderes, incluindo-se a escolha do local que deverá contar com o equipamento.

É somente o Poder Executivo quem tem conhecimento sobre os serviços e obras que são mais prioritárias e viáveis, sobre a eventual disponibilidade de recursos financeiros e a possibilidade de sua destinação. O critério é do Executivo, a quem o povo, através do voto, conferiu poderes para administrar.

No caso dos autos, eventual procedência do pedido significaria **manifesta ingerência** na atuação das Administrações Municipal e Estadual.

Vale dizer, **pede o autor a manutenção de escola estadual e de unidade de saúde em determinado local, conforme os critérios por ele determinados**, que não são os critérios adotados pelo Executivo, dentro de sua esfera de competência, estabelecida pela Constituição da República.

Dai a correta interpretação das normas programáticas invocadas pelo autor. Devem elas nortear o estabelecimento de políticas públicas, sem vinculação específica a esta ou aquela conduta. Mas não se impõe a realização desta ou daquela obra ou serviço. Isso não é – e nem poderia ser – previsto em qualquer lei, justamente porque a competência para definições acerca da realização de obras não é do Legislativo nem do Judiciário, mas do Executivo.

Nossos Tribunais tem reconhecido os limites da ação civil pública no que concerne à realização de obras pelo Poder Executivo. É nesse sentido a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

No mesmo sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Cabe ao Poder Executivo direito e o dever de fixar prioridades em sua administração, sopesando ações outras que, a critério desse mesmo Executivo, possam ser prioritárias. Assim, não podem juízes e tribunais assomar para si a deliberação de atos da administração, sob pena de violação do princípio constitucional da interdependência dos poderes do Estado”.

“(...) Mas referida ação, remédio processual que em boa hora veio a se inserir no ordenamento positivo brasileiro, deverá sempre se sujeitar a parâmetros outros, não encontrados na lei que a instituiu, existentes, contudo, na Constituição da República. Segue-se que embora cabível como finalidade da ação civil pública, a condenação em obrigação de fazer como já assinalado, quando ocupado o pólo passivo da ação é pessoa de direito público, impor-se-á obediência ao artigo 2o da Lei Maior que instituiu (seguindo tradição das Constituições anteriores) a interdependência dos poderes do Estado - Legislativo, Executivo e Judiciário. Ora, indubitavelmente compete ao Executivo atribuir prioridades, visando ao bem comum, entre as diversas atividades e obras que irão realizar esse bem comum. Estar seguramente sujeito o chefe do Executivo à obediência da lei, mas a lei somente poderá dispor de forma genérica sobre os objetivos que entendeu o legislador devam ser perseguidos e não de forma explícita invadindo a esfera de competência do Executivo. Por outro lado é importante ressaltar que na eleição de prioridades administrativas na execução delas está o Executivo também balizado pela Lei Orçamentária, já que não

pode obviamente dispor o Executivo de verbas não previstas no orçamento, como também não pode alocar verbas criadas para um determinado fim visando à consecução de um outro, diverso.

De tudo isso se conclui que não pode o autor legitimado da ação civil pública exigir, valendo-se dela, que o Executivo conceda prioridades para realização de obras ou serviços, adotando um critério que não é (ou poderá não ser) do chefe do Poder Executivo, mas sim desse autor da ação civil pública.

Em ação até certo ponto semelhante (cuidava-se de exigir do Executivo Municipal a realização de obras para tratamento de esgotos) restou decidido neste Egrégio Tribunal "...que não podem os juizes e tribunais assomar para si a deliberação de prática de atos de administração, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência e oportunidade daqueles escolhidos pelo meio constitucional próprio para exercê-los".

E mais adiante observa ainda venerando acórdão, de que foi relator o iminente desembargador Marco César: "logo, a presente ação civil pública o que fez foi discriminar entre as urgências da comunidade escolhendo uma como maior que outras tantas e ordenando que fosse atendida, o que não tem cabida ao prisma da ordem político social, como também ante a Constituição da República, desde seu artigo 2º nem é da letra ou do sentido da legislação específica das ações civis públicas".¹

F) Da ilegitimidade passiva

Não pode a Municipalidade, por evidente, ser condenada a manter em funcionamento estabelecimento de ensino de outro ente federativo.

Repisando-se os fatos, havia termo de cessão de uso em vigor, pelo qual mantinha o Estado de São Paulo unidade escolar em área pública municipal.

Uma vez desativada a escola, **por critérios do Executivo Estadual**, não se prestando mais o bem público à finalidade que se destinava, descrita na avença celebrada com o Estado de São Paulo, retornou a Urbe a posse direta do bem, consolidando seus direitos sobre o imóvel.

¹ RT 855/85.

De tal sorte, o feito deve ser extinto, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

III - MÉRITO

I - Da Discricionariedade Administrativa

Alega o Autor que a Municipalidade de São Paulo está impedindo "a efetiva universalização do ensino público, permitindo com que espaço físico expressivo e tradicionalmente destinado a tal finalidade tenha sua classificação alterada, servindo de moeda de troca por área cuja utilização não guarda qualquer afinidade com o tema manutenção e desenvolvimento do ensino".

Assevera, ainda, que se está a "ceifar espaço físico apto a receber expressivo número de matrículas, buscando retirar do campo de manutenção e do desenvolvimento do ensino a unidade educacional citada".

Bem é de ver, todavia, que o próprio Poder Público Estadual, incumbido do funcionamento da Escola Estadual Martim Francisco, sopesou a conveniência de manter a unidade escolar e concluiu pela sua ociosidade.

Consultado sobre a possibilidade da área em comento ser devolvida à Municipalidade, respondeu o Secretário de Estado da Educação, em agosto de 2004 (doc. anexo):

"Considerando-se a pouca demanda atendida pela referida unidade escolar, após consultarmos a Fundação para o Desenvolvimento da Educação, órgão responsável pelo cadastro de prédios da SEE, e a COGSP – Coordenadoria da Grande São Paulo, concluímos que os alunos poderão, a partir do ano letivo de 2005, serem atendidos por outras unidades escolares próximas".(grifei)

Como cediço, não cabe ao Poder Judiciário **determinar qual será a localização de dado estabelecimento de ensino, tampouco se deverá este permanecer em funcionamento**, de forma a invadir a esfera de discricionariedade do Poder Executivo.

Dentro dessa gama de discricionariedade, somente o Poder Executivo tem conhecimento de quais necessidades devem ser atendidas em certa região. O critério é do Executivo, a quem o povo, pelo voto, conferiu poderes para administrar.

Mas está o autor, em outras palavras, a requer manutenção de uma escola em determinado local, conforme os critérios por **ele determinados**, que não são os critérios adotados pelo Executivo Estadual, dentro de sua esfera de competência, estabelecida pela Constituição da República, pelo que se vê do ofício expedido pelo Secretário Estadual de Educação.

Avaliar se a Unidade Escolar Estadual é ociosa, refoge totalmente às atribuições tanto do Ministério Público, quanto da Municipalidade de São Paulo, de vez que o Poder Público responsável pelo estabelecimento de ensino é quem tem condições de exercer tal juízo de valor, com base nos dados e instrumentos de que dispõe.

De outra banda, havia sido instituída cessão de uso para o bem público, em caráter precário e gratuito, conforme documento anexo. Não poderia a Municipalidade, sponte sua, retirar da área pública a unidade escolar, sem que houvesse a anuência da Administração Pública Estadual, visto como, caso se desejasse que a unidade escolar permanecesse naquele local, e com isso não concordasse a Urbe, teria a Municipalidade que se valer dos instrumentos processuais correspondentes à hipótese, sob pena de afronta ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Já decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com lapidar precisão (Agravo de Instrumento nº 262,341-5/6 - v.u. - Rel. Abreu Oliveira - 21/08/2002):

"Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Pretensão do Ministério Público, amparada por liminar, para desfazimento de obras irregulares, remoção de pessoas e cadastramento de edificações, sob pena de pesada multa diária, após vencido o prazo assinalado. Impossibilidade. Não pode o "Parquet" substituir a Administração em todo e qualquer setor. A decisão atacada está fora dos limites da estrita legalidade, invadindo campo que não é de sua competência. Critério de oportunidade. Recurso provido para cassar a liminar concedida em primeiro grau.

(...) Tem-se que o Ministério Público pode propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. É da lei. Mas não pode substituir a Administração Pública, atuando diretamente em área afeiçoada exclusivamente à Administração, a quem compete verificar se é possível, se é oportuno ou se dispõe de verba para a realização de obras públicas.

A decisão atacada está fora do contexto da legalidade estrita e invade campo da oportunidade, que não lhe compete". (grifei)

Assim, também decidiu em recente acórdão proferido em apelação cível nº 145.859.5/6, a 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo como apelante Ministério Público, assim decidiu:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão que, por ela, visava à imposição de obrigação de fazer à Municipalidade de São Paulo – Impossibilidade, a despeito de previsão legal nesse sentido – Constatação de que havia, também por lei, a imposição de outras prioridades a serem atendidas – Discricionariedade que só podia caber à Administração por estar legitimada pelo voto popular de seu dirigente máximo – Sentença de improcedência – Apelo provido em parte, só para a exclusão da sucumbência imposta ao autor."

Com mesmo entendimento a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Ação Civil Pública – obrigação de fazer – Carência – Se o Administrador Público pode solucionar a questão por mais de uma forma, inviável a ação civil pública para impor determinada e certa solução. Recurso a que se nega provimento". (Apelação Cível nº 122.103.5).

II - Das áreas institucionais e do princípio da vinculação orçamentária

Impõe-se estabelecer a distinção entre a desafetação do bem público e o contrato de permuta celebrado. Nada há que macule a parte da lei que desafetou o bem de uso especial para dominical.

Mas, afirma o autor que o bem desafetado estaria dentre as denominadas "áreas institucionais".

Por primeiro, a área em apreço passou à titularidade do Município por meio de desapropriação e compra e venda, **não em decorrência de loteamento**. Isso, aliás, é objeto de análise pelo membro do Ministério Público, durante a Audiência Pública realizada durante o processo legislativo (fl. 359/363).

Ao depois, também não colhem os argumentos usados para vedar a mudança de classificação do bem. Examine-se a afirmação de que a legislação não permite alterar a destinação de áreas verdes e institucionais.

A Lei 6.766/79 prescreve que “os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, salvo hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador”.(grifei)

Já o art. 180, VII, da Constituição do Estado de São Paulo diz com áreas verdes e institucionais, reconhecidas como tal pelo respectivo projeto de loteamento.

Sobre o tema, a lição preciosa de José Afonso da Silva (grifei):

“O que é certo é que a via urbana pública - assim como as praças - como tal, será inalienável, impenhorável e imprescritível. Tornar-se-á alienável se deixar de ser via pública ou praça, pela desqualificação jurídica ou desafetação, com o quê a área respectiva passará à qualificação de bem patrimonial e se sujeitará ao regime jurídico, tornando-se alienável nos termos da legislação que regula a alienação de bens públicos, que, no mínimo, exige autorização legislativa, prévia avaliação e concorrência, salvo as exceções quanto a esta” (in “Direito Urbanístico Brasileiro”, 3ª ed., 1998, Ed. Malheiros, pág. 198).

Ou, no dizer de Hely Lopes Meirelles (in “Direito Municipal Brasileiro”, Malheiros, 1996, p. 235/236):

“Os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a Administração satisfaça certas condições prévias para sua transferência ao domínio privado ou a outra entidade pública. O que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais, isto é, enquanto tiverem afetação pública, ou seja, destinação pública específica.

Uma praça pública ou um edifício público não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado, desde o momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária que tinha e traspassado para a categoria de bem dominial, isto é, patrimônio disponível do Município. A alienação de bens imóveis do patrimônio municipal exige autorização por lei, avaliação prévia e concorrência, sendo inexigível esta última formalidade para doação, dação em pagamento, permuta e investidura por incompatíveis

com a própria natureza do contrato, que tem por objeto determinado e destinatário certo”. (grifei)

Em caso análogo, já se pronunciou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão de anulação de lei municipal em razão de manifesta ofensa ao princípio da legalidade, com a conseqüente anulação da permuta avençada – Inadmissibilidade – Municipalidade que tomou todas as providências para a desafetação do bem público, retirando-lhe, assim, a característica de inalienabilidade – Recurso improvido. (...)”

No caso dos autos, a Municipalidade tomou todas as providências necessárias para a desafetação da área institucional localizada no residencial Monte Líbano e sua permuta com aquela pertence à Província dos Capuchinhos de São Paulo, o que culminou com a edição da Lei Municipal nº 3.597/98, que não padece da inconstitucionalidade argüida pelo Ministério Público. (...)

Como já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ‘embora indisponíveis os bens públicos, pode ocorrer que as circunstâncias advindas no correr do tempo, imponham uma nova organização ou modo de uso dos mesmos bens. O interesse público é que prevalece. E esse interesse será aquele ditado pelo legislador (Câmara dos Vereadores), face a que os atos administrativos estão jungidos ao princípio constitucional da legalidade. E a Câmara dos Vereadores é livre para ditar as normas legislativas que entenda, na esfera de sua competência e observado o devido processo legal. In casu, a Câmara Municipal procedeu à desafetação dos bens, retirando-lhes a característica de inalienabilidade, com a sanção do Executivo. Vedado se me afigura, ao Judiciário, sopesar situações para dispor, em última instância, no caso, qual daquelas consultaria prevalecentemente ao interesse público’ (Recurso Especial nº 33.493-0-P)”. (Apelação Cível nº 176.080-5/2 - Rel. Clímaco de Godoy).

Colaciona-se ainda outro v. acórdão deste E. Tribunal de Justiça, cuidando de hipótese assemelhada:

“Mas, o Município, como o Estado-membro, desdobramentos da Federação, têm, também, o encargo do diagnóstico do que significa bem-estar da população.”

A norma do referido inciso VII, do artigo 180, da Carta Paulista, destina-se, data venia, aos particulares, como dito, eis que estes não estão comprometidos com o interesse público.

A aplicar-se a norma em tela ao Município ou ao Estado de São Paulo, estar-se-ia suprimindo uma providência pertinente ao Poder Público, na interpretação do interesse público, sob gerenciamento da res pública, ou seja, o de classificar os bens públicos, conforme sua natureza e utilização." (Agravo de Instrumento nº 000.547.5/4 - 8ª Câmara Civil de Direito Público, Rel. Walter Theodósio - 06/05/96). (grifei)

É certo que "a destinação legal de áreas públicas pelo loteador é imposição legal para atender às necessidades da comunidade", bem assim que os equipamentos públicos são "os aprestos do sistema social da comunidade previstos para atender às suas necessidades de educação, cultura, saúde e lazer" (Sérgio A. Frazão do Couto, in "Manual Teórico e Prático do Parcelamento Urbano, Forense, 1981, págs. 64/72).

Mas, como bem elucidado pelo julgado reproduzido alhures, o interesse público é aquilatado, tão-só, pela Administração e pela Casa Legislativa, não pelo Judiciário, e pode sofrer alterações ao longo do tempo.

Na hipótese em tela, **foi o que efetivamente aconteceu**, uma vez que o Poder Executivo Estadual deliberou pela desnecessidade de um estabelecimento escolar naquele local específico, diante da pouca procura e existência de outras unidades escolares na região, e a Municipalidade retomou bem que não mais se prestaria a ser ocupado por equipamento para prestação de serviços educacionais.

Veja-se que, se há pouca demanda para a Escola Estadual e a existente pode ser atendida por outros estabelecimentos de ensino nas proximidades, também não haverá demanda para escola que outro ente federativo instalasse no mesmo local.

De outro turno, não se pode concordar com a linha de raciocínio percorrida para alcançar a conclusão de que "a vinculação das receitas angariadas com impostos para o desenvolvimento e manutenção do ensino indica claramente que os bens afetados a tal finalidade não podem ter sua destinação alterada, sob pena de clara subversão aos propósitos do citado art. 212 da Constituição Federal".

Forçoso é reconhecer que em parte alguma do dispositivo constitucional, chamado a fortalecer os argumentos do autor, há sequer menção à categoria, desafetação ou afetação de bens públicos.

Com efeito, são claros os termos ali contidos, mas para regradar matéria atinente aos orçamentos dos entes que integram a Federação.

Quanto à unidade básica de saúde Max Perlmann, não haverá solução de continuidade na prestação dos serviços de saúde, porquanto a demanda por atendimentos será absorvida por outras unidades da região.

Além do que, consta dos autos que há, nas proximidades, outro imóvel municipal, localizado na Av. IV Centenário, 1452, que poderá ser utilizado "para transferência dos equipamentos, mobiliários e sediar a equipe de profissionais, de maneira que os serviços prestados tenham continuidade de maneira adequada".

III – Da Lei Municipal nº 13.938/04 e Da Retrocessão

O autor sustenta que "os meios de comunicação veicularam informações apontando suposta irregularidade no processo legislativo, que culminou com a autorização para que o Executivo implementasse a permuta em exame. Tal irregularidade consistiria na não realização das duas audiências públicas, previstas no art. 41, XI, da LOMSP, obrigatórias sempre que os projetos de lei versarem sobre 'atenção relativa à criança e ao adolescente'".

Também não prospera tal assertiva.

O Projeto de Lei 515/2004 trata apenas da "desafetação de área municipal situada na Vila Nova Conceição, Subprefeitura de Vila Mariana; autoriza sua permuta por imóveis de propriedade particular situados no Jaguaré, Subprefeitura do Butantã".

Não há falar em projeto que verse sobre a "atenção relativa à criança e ao adolescente", posto que, **no imóvel, não mais haveria estabelecimento escolar em atividade.**

Em momento algum o texto do projeto de lei aborda questões relativas aos direitos das crianças e dos adolescentes, pelo que não se enquadra na hipótese do art. 41, XI, da Lei Orgânica do Município.

Quanto ao parecer elaborado pelo Departamento Patrimonial da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, o óbice relativo ao contrato de comodato com a Pia Sociedade é objeto da medida cautelar inominada ajuizada pela Municipalidade de São Paulo.

No entanto, não vinga a objeção ali levantada no que toca à indenização por desvio de finalidade. Está-se a falar em retrocessão.

Sobre o instituto, assim ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 13ª edição, p. 735/749):

“Efetivada uma desapropriação, o Poder Público deve aplicar o bem, por tal modo adquirido, à finalidade pública que suscitou o desencadeamento de sua força expropriatória. Se não o fizer, evidentemente a desapropriação terá se revelado sem razão de existir. Daí reconhecer-se ao expropriado o direito a uma satisfação jurídica pelo fato. É esta circunstância que nos coloca diante do instituto da retrocessão”.

E, mais adiante:

“Questão interessante concerne ao seguinte tópico: se o bem expropriado foi aplicado a uma finalidade pública, mas, posteriormente, foi dela desligado, persiste ou não o direito do ex-proprietário de ser afrontado para readquiri-lo? Ao nosso ver, **tal direito só comparece quando o bem expropriado não foi aplicado a finalidade de interesse público. Se o foi, nem por isto terá de ficar perpetuamente vinculado a destino de tal ordem, pena de exsurgir direito do expropriado a ser afrontado em caso de ulterior desafetação e eventual alienação do bem.**

É que o pressuposto do instituto da retrocessão (seja concebida como mero direito de preferência, seja como direito real) só tem lugar quando o bem foi desapropriado inutilmente. Seu sentido, em inteligência razoável, só pode ser o de infirmar uma inútil perda compulsória da propriedade; o de reconstituir situação criada por uma desapropriação frustrada em sua finalidade própria. Em suma: o propósito ao abrigado não pode ser outro senão o de reverter ou ensejar que revertam situações nas quais a sucessão dos fatos vem a revelar que liminarmente faleciam ou, então, que não prosperaram as razões justificadoras da desapropriação”.

Longe está o caso em comento desta hipótese. Desde 1956, o bem vinha sendo utilizado pela unidade estadual de ensino, preenchendo a finalidade de interesse público e justificando sua afetação ao uso especial.

Não há que se falar, assim, em retrocessão.

IV – Da Multa

O Autor pretende ainda a condenação da ré em multa, incabível, na hipótese.

Pede-se vênia para citar, com relação ao tema retro, o entendimento do I. Professor Vicente Greco Filho, em parecer elaborado para a Prefeitura Municipal de Santo André, “*verbis*” :

“A r. decisão que, de ofício, determinou a citação da Prefeitura aplicou à Municipalidade multa diária.

Sem prejuízo de todas as observações anteriores, tal determinação é ilegal e inconstitucional.

Apesar de a previsão legal não estabelecer restrição à aplicação de multa a entidades de direito público, essa impossibilidade decorre dos princípios do direito processual e do direito constitucional.

Com efeito, é assentado na doutrina que a multa cominatória tem a finalidade de execução indireta (na terminologia de CHIO-VENDA), ou seja, de compelir o devedor a cumprir o preceito, no sentido das “astreintes” do Direito francês. Sua finalidade, pois, é compulsiva.

No que concerne à Administração Pública tal efeito é inócuo, porque, na verdade, quem pagará é a Administração em caráter impessoal e, além disso, atinge ela pessoa estranha ao feito, porque se for paga quem estará pagando é o povo, porque será deduzida de dotações orçamentárias destinadas a outras finalidades do serviço público.

(...)

Do ponto de vista constitucional, a multa, no caso, também é juridicamente impossível. Um Poder não pode aplicar multa sobre o outro, porque isso representa uma supremacia incompatível com a autonomia de cada um deles.”

Tal matéria, ademais, não é órfã em nossos Tribunais. O próprio TJSP, Terceira Câmara Civil, por votação unânime, no julgamento da apelação nº 205.577-1- Presidente Venceslau, referente a uma ação civil pública, assim se posicionou:

“Afasta-se a pena de preceito, por desnecessária e porque: 1º - se o Prefeito Municipal desatender ao comando judicial expresso, será responsabilizado, penal e administrativamente; 2º - porque

a fixação da multa diária imposta ao Poder Público penalizará, tão-somente, aos contribuintes, muitos dos quais são os potencialmente lesados com a edição dos impugnados diplomas legais. É absurdo transferir ao munícipe danos do próprio Município por erro do representante legal eleito”.

Diante de todo o exposto, requer seja a presente ação extinta sem julgamento do mérito, pelo acolhimento das preliminares levantadas. Caso superadas, no mérito devem ser julgados improcedentes os pedidos, na medida do que foram contestados pela ré.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2005.

Informações – Defesa - Mandado de Segurança Coletivo

Dra. Nathaly Campitelli Roque

Departamento Fiscal

Procuradora do Município - OAB/SP nº 162.679 – Fisc. 42.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO.**

Mandado de Segurança Coletivo

Autos nº 191/053.06.103632-3

O DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RENDAS MOBILIÁRIAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, na qualidade de assistente litisconsorcial necessária, nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO** acima mencionado, impetrado por **IBAPEM INSTITUTO BRASILEIRO DE APOIO AO PEQUENO EMPRESÁRIO** vem respeitosamente à presença de V. Exa. Apresentar, na qualidade de assistente litisconsorcial, suas **INFORMAÇÕES-DEFESA**, nos termos que seguem.

I – BREVE RELATO DO PLEITEADO.

Foi impetrado mandado de segurança coletivo pelo pela entidade acima mencionada, na qualidade de substituto processual de seus representados que não possuem sede no Município de São Paulo. em face do Sr. Diretor do Departamento de Rendas Mobiliárias do Município de São

Paulo, requerendo a concessão da segurança para que não sejam compelidas ao cadastramento pela Secretaria Municipal de Finanças e, conseqüentemente, a retenção do ISS determinados pelo artigo 9-A e 9-B da Lei 13.701/03, com a redação dada pela Lei 14.042/05, alegando, em síntese, que: (a) primeiramente, tem a associação legitimidade para a impetração do *mandamus*, já que ostenta a qualidade de substituto processual; (b) houve infração ao princípio constitucional da territorialidade, já que o Município de São Paulo objetivaria exercer a competência tributária além dos limites estabelecidos, (c) extravasou-se a limitação estabelecida pela Lei Complementar 116/03, ao infringir o critério estabelecido para fins de exercício da competência tributária e (d) houve infração ao artigo 113 do Código Tributário Nacional, por ser estabelecida obrigação acessória em virtude de obrigação principal inexigível. A medida liminar pleiteada foi indeferida

Sem razão a insurgência da Impetrante, como adiante restará cabalmente demonstrado.

II - PRELIMINARMENTE

A) Da ilegitimidade ativa da associação para a defesa de direitos individuais típicos.

Em que pese ser franqueada a via do mandado de segurança coletivo às associações, no caso concreto não se constata a presença da autorizante constitucional para manejo da via coletiva, estabelecidos no artigo 5º, LXX, "b", da Constituição Federal.

As associações estão autorizadas a impetrar mandado de segurança coletivo, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há mais de um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Ou seja, estabelece a Constituição Federal, além de requisitos quanto à existência da entidade, a fim de demonstrar sua representatividade em relação à categoria, estabelece como critério para determinação de sua legitimidade a pertinência temática, ou seja, os interesses deverão ser vinculados diretamente aos interesses que pretende representar.

Com isso se quer dizer que os interesses do grupo aglutinado é que deverão ser tutelados em juízo pela associação. E não poderia ser

diferente, já que a associação apenas se justifica por esta a aglutinação de interesses específicos de seus filiados. Não poderá ir além dos interesses que representa, sob pena de desfigurar sua natureza.

É a associação vinculada à defesa de um grupo que ostente interesses comuns, convergente ou resultante do plexo de relações sociais, econômicas e políticas, que formam o perfil sociológico e identificam determinado grupo como tal, e a distinguem das demais. Sendo assim, apenas ações que se voltem a este tipo de pretensão é que poderão ser defendidas em juízo pela associação.

E não é este o caso da presente demanda, já que não há interesse do grupo, tomado como coletividade, a ser defendido na presente demanda. No caso dos autos, pretende a Impetrante obter tutela de interesses que não são exclusivos da categoria defendida. Já que é evidente que a exigência do cadastro é obrigação de todos aqueles que se encontrarem na situação prevista na lei. Sendo assim, tal tema não é de interesse do grupo representado pela associação e, não havendo pertinência temática, não há que se falar em legitimidade para a presente demanda.

Além disso, o interesse de não se sujeitar à fiscalização tributária, como é indicado na petição inicial, é de apenas alguns dos associados, não sendo sequer informado quais seriam eles. A via coletiva implica no alcance de prestação jurisdicional que extravase o interesse individual típico, aquele afeto a pessoa certa e determinada de forma precisa. E, na falta de determinação legal específica, são utilizáveis os conceitos trazidos pela Lei 8.078/90 em relação aos interesses e direitos coletivos em sentido amplo.

Foi limitada constitucionalmente a atribuição do sindicato como substituto processual ou legitimado para a condução autônoma do feito (conforme se verifique haver interesse individual homogêneo ou interesse coletivo ou difuso) à defesa dos interesses da categoria econômica que o sindicato se propõe a representar. Necessário que se tratem, como já reconheceu desde muito tempo a jurisprudência, de interesses típicos e exclusivos da categoria.

Valemo-nos da eterna lição de Hely Lopes Meirelles:

"Observamos, todavia, que o mandado de segurança coletivo não se presta à defesa de direito individual de um ou de alguns filiados de partido político, de sindicato ou de associação, mas sim da categoria, ou seja, da totalidade de seus filiados, que tenham um direito ou uma prerrogativa a defender em juízo" (Mandado de Segurança, p. 25).

No caso concreto identifica-se pleito tipicamente de direitos individuais típicos. É o ISS é objeto de ato de lançamento individuado, com diferentes incidências normativas que ocasionarão a exigibilidade da obrigação tributária. É a hipótese de incidência do ISS complexa, sendo necessário que se verifique a prestação de serviços na lista anexa à lei que instituir o ISS. E deve-se lembrar que cada serviço terá suas peculiaridades, o que torna cada lançamento ato único. E mesmo que reunidas sob sindicato patronal, cada empresa poderá desenvolver atividades distintas, cada qual tributável por correspondência específica com um dos itens da lista de serviços.

Pela descrição da situação fática, facilmente se verifica que se trata de interesses divisíveis, os quais não têm origem comum, já que não se originam do mesmo fato, da mesma ocorrência fenomênica. A origem comum não poderá ser uma norma jurídica de incidência complexa, que empreende uma série de fatos geradores.

Além do mais, a origem comum do interesse (prestação do mesmo serviço pelos interessados) é ônus probatório do sindicato impetrante, já que, na falta de maiores elementos, sequer há meios de precisar quais atividades estariam envolvidas.

Desta forma, falece legitimidade *ad causam* à impetrante, já que ajuizou ação fora dos limites a ela afetos, sem que haja pertinência temática e que se caracterize como pretensão coletiva.

B) Da não observância dos requisitos essenciais quanto à identificação dos beneficiários da medida estabelecidos na lei 9.494/97.

Além disso, não observou a Impetrante o mandamento estabelecido no parágrafo único do artigo 2-A da Lei 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001: a necessidade ser juntado aos autos cópia da ata da assembléia que autorizou o ajuizamento da ação e a relação nominal dos associados a serem beneficiados pela medida, com a indicação de seus respectivos endereços.

A determinação legal visa a evitar pretensões por demais abrangentes, sem base em fatos, como muitas pretensões eram formuladas, o que dificultava sobremaneira a própria execução da medida judicialmente estabelecida, se desfavorável à entidade pública.

Pelo simples compulsar dos autos, verifica-se que este requisito não foi cumprido pelo Impetrante. Sendo assim, não há como delimitar, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo legal, qual a amplitude que terá a sentença requerida, já que este estará limitado aos substituídos pertençam aos quadros do Impetrante na data da propositura da ação, limitados àqueles que tenham domicílio na base territorial do órgão prolator da decisão.

Pelo contrário, verifica-se que na petição inicial limita-se a Impetrante a alegar de forma genérica que tem associados não sediados em São Paulo, capital, mas que aqui prestam serviços e que podem ser atingidos pela determinação contida na Lei 13.701, com a modificação introduzida pela Lei 14.042/05. Não diz quais serviços prestam ou quais empresas seriam estas. Sequer menciona quantas empresas seriam beneficiadas.

Desta forma, e por falta dos requisitos específicos acima mencionados, que deveriam integrar a petição inicial de fls., como manda o artigo 1º da Lei 1.533/51, patente a extinção do presente feito sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, IV e VI, do Código de Processo Civil.

C) Da impetração contra lei em tese. Da ausência de interesse de agir, por falta de direito líquido e certo.

Mesmo no caso de mandado de segurança preventivo, seja ele individual ou coletivo, é necessário que seja apontada a lesão cuja consumação se quer evitar. Este requisito informa o interesse de agir do impetrante, para a imprescindível demonstração da necessidade e adequação da via eleita. Sendo assim, é indispensável, com a finalidade de também atender ao disposto no artigo 282, III, do Código de Processo Civil, deverão ser apontados de forma concreta os fatos que motivam a impetração.

Percebe-se pela simples leitura da petição inicial que a Impetrante não se volta a exigência concreta, mas sim ao próprio teor da norma jurídica geral e abstrata. Assim, vale-se do remédio constitucional para atacar ato legislativo puro, objeto que seria exclusivo de ação direta de inconstitucionalidade, da qual o *mandamus* não é sucedâneo.

Isto porque o ato legislativo, por sua natureza geral e abstrata, não têm o condão de atingir especificamente direito de quem quer que seja. Com já há muito ensinava Hely Lopes Meirelles, necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto para expor-se à impetração (Mandado de Segurança, 20ª ed., p. 37). Tanto é assim que o Supremo

Tribunal Federal abraçou e consolidou este entendimento, editando a súmula de nº 266, cujo teor é de clareza cristalina: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Vale transcrever entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. CREDITAMENTO DO ICMS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, DA LEI ESTADUAL Nº 3.188/99. LEI EM TESE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra v. acórdão que denegou ordem com o objetivo de assegurar às empresas associadas ao recorrente o integral aproveitamento dos créditos do ICMS decorrentes da aquisição de bens do Ativo Permanente Imobilizado sem as restrições impostas pelo art. 2º, da Lei Estadual nº 3.188/99, em face da alegada inconstitucionalidade do diploma legislativo estadual.

2. Inexiste ato concreto do Secretário da Fazenda, autoridade apontada como coatora, visto que a impetração foi dirigida contra dispositivo de lei em tese. Não se aponta qualquer ato concreto, seja qual for, em relação às empresas que são associadas ao recorrente.

3. Como a impetração se acha direcionada contra texto de lei, sem a identificação necessária, por menor que fosse, dos efeitos concretos decorrentes da aplicação do dispositivo questionado, seria de fato impossível se identificar na espécie a prática de qualquer ato da autoridade impetrada que pudesse ser classificado como ilegal ou arbitrário.

4. Tratando-se de controvérsia relacionada a direito líquido e certo que estaria na iminência de ser violado, impõe-se demonstração cristalina dos fatos que, em existentes, justifiquem a medida extrema tomada preventivamente. Não se comprovando que o alardeado dispositivo é daqueles atos normativos de efeitos concretos a macular direito subjetivo ou a alcançar determinada situação jurídica preestabelecida, inoportuna se mostra a via escolhida na medida em que não evidenciada a liquidez e certeza do direito perseguido.

5. O mandado de segurança não é meio adequado para se questionar, mesmo que de forma indireta, a constitucionalidade da lei, que requer procedimento apropriado.

6. *Recurso não provido.*

(RMS 13056/RJ; Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, 21/05/2002, DJ 17.06.2002 p. 194)

Esta situação já foi reconhecida em caso análogo, quando o MM. Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública indeferiu a petição inicial de mandado de segurança impetrado por Associação de Empresas Coligadas AEC (autos nº 053.05.031664-2 – sentença anexada).

E mesmo que assim não fosse, a ameaça de lesão deveria estar, ao menos, amparada por prova documental, com a indicação do local de sede das empresas interessadas, suas condições como prestadoras de serviços e o real desempenho de atividades de prestação de serviços no Município de São Paulo, demonstrando-se, também que esta sede é, em cada um dos casos, o centro das atividades econômicas das interessadas.

Esta circunstância aponta para a carência de condição específica da ação de mandado de segurança: a existência de **direito líquido e certo** – qual seja, **demonstrável de plano**, sem a necessidade de instrução probatória. Vale trazer a lição de Hely Lopes Meirelles:

“ 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 a sua existência for duvidosa; se a 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 o 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.

(...)

Por se exigirem situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente

manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. ("in", Mandado de Segurança e Ação Popular, 8ª ed., RT, SP, 1982, págs. 10 e 11).

Veja-se que tal demonstração é essencial para que o remédio constitucional seja cabível. **Neste passo, não foi juntado nenhum contrato de prestação de serviços foi colacionado aos autos, nem mesmo a impetrante indicou que esteja em vias de firmar contrato de prestação de serviços com tomadores estabelecidos neste Município.**

Desta forma, patente é reconhecer que, em primeiro lugar, não há lesão a direito, por força da impugnação de lei em tese e, além disso, que a pretensão apresentada **não está comprovada de plano. Incabível na espécie, portanto, o remédio heróico, dada a flagrante iliquidez e incerteza do direito pleiteado.**

Dessa forma, é de rigor a extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso I, do Código de Processo Civil.

III - DO MÉRITO. DA LEGALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO DEVER INSTRUMENTAL DE MANUTENÇÃO DE CADASTRO JUNTO AO ÓRGÃO FISCALIZADOR DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

Quanto ao mérito, mostra-se de rigor a denegação da segurança pleiteada. Isto porque o dever instrumental estabelecido na atual redação da Lei 13.701/03 não infringe qualquer mandamento constitucional ou legal referente ao ISS, sendo apenas exercício do poder de fiscalização deferido ao entre tributado nos moldes do Código Tributário Nacional.

Tendo-se em vista que é o ISS é imposto de competência dos Municípios, muita dúvida gerou a correta dicção do termo "local da prestação de serviços". O regime anterior do ISS, estabelecido pelo Decreto-Lei 406/68, simplesmente estabelecia ser o tributo devido no local do estabelecimento prestador, excetuando apenas as obras de engenharia, nos termos do revogado artigo 9º, incisos I e II.

O entendimento meramente formal de "sede" trouxe duas graves distorções, que prejudicaram municípios como São Paulo: (a) a interpretação formal de "sede" para justificar que empresas, de forma fraudatória, elegessem município no qual o ISS tivesse alíquota mais vantajosa e es-

tabelecessem apenas em seus atos constitutivos, mantendo de fato seu centro operacional em outro município e (b) a chamada "guerra fiscal", na qual municípios de menor potencial econômico procuram atrair empresas prestadoras de serviços para seus domínios, oferecendo alíquotas menores de ISS, até mesmo abaixo do limite estabelecido pela lei nacional do ISS e sem maiores rigores, de forma conivente, em muitos casos, com as atitudes fraudulentárias dos contribuintes.

A fim de superar estes obstáculos, a Lei Complementar 116/03 definiu local da prestação de serviços como sendo, em regra, o local do estabelecimento do prestador de serviços, considerado este como sendo, em seu artigo 4º, *verbis*:

"o local onde o contribuinte desenvolva atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevante, para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas".

Lembre-se que o artigo 4º da Lei Complementar nº 116/03, acima citado, procurou afastar o conceito formal de "sede", buscando aclarar a idéia de que estabelecimento prestador é aquele onde de fato a atividade de prestação de serviços é executada.

Além disso, também foram eleitas 22 exceções, nas quais o critério "local da prestação" foi eleito. Além disso, foi autorizada a atribuição de responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, desde que "vinculada ao fato gerador" (art. 6º, LC 116/03). Isto tudo para melhor aparelhar os municípios contra perdas de exações devidas por fatos imponíveis ocorridos em seus territórios.

Mas a Lei Complementar foi além, dada a enorme preocupação com a "guerra fiscal" e as fraudes que cercavam o tributo. Foi autorizada a atribuição de responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, desde que "vinculada ao fato gerador" (art. 6º, LC 116/03). Isto tudo para melhor aparelhar os municípios contra perdas de exações devidas por fatos imponíveis ocorrentes em seus territórios.

"Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação,

excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

§1º Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.

§2º Sem prejuízo do disposto no caput e no §1º deste artigo, são responsáveis:

I – o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;

II – a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa.”

Mesmo assim, ainda há diversas empresas que se valem de expedientes para fraudar ou dificultar a fiscalização do Município. É fato notório, amplamente divulgado na imprensa, que diversas empresas insistem em criar estabelecimentos “fantasmas” em outros Municípios, aproveitando-se da conivência de muitos governantes para simular a prestação de serviços e afastar a pretensão do Município de São Paulo de obter o valor do tributo que lhe é devido.

Neste sentido, juntamos aos autos cópia de reportagem veiculada na Revista Semanal Veja, publicação da Editora Abril. Lembramos, também, a contínua veiculação de programas de televisão sobre o tema, como aquele levado ao ar pela Rede Globo de Televisão na data de 13/01/2006, no Jornal Nacional, principal programa jornalístico da emissora.

Tendo-se em vista que o tributo é o meio que o Estado se vale para abastecer os cofres públicos de dinheiro para desempenharas funções que lhe são constitucionalmente impostas, a evasão de divisas configura-se como um flagelo que ultrapassa a dimensão tributária.

Ao haver o redirecionamento do tributo indevidamente a outro Município, há grandes perdas de arrecadação, as quais refletem na diminuição do volume de dinheiro disponível nos cofres públicos. Com menos dinheiro e pela vinculação à Lei de Responsabilidade Fiscal, o orçamento público precisa ser modificado, para contemplar menos investimentos sociais e cortes em áreas diversas de atuação do Município. Sendo assim, é evidente que o prejuízo atinge a todos os munícipes paulistanos e a todos aqueles que se dirigem ao Município de São Paulo para trabalhar, estudar ou ter lazer.

Além disso, o deslocamento meramente **formal** de inúmeros prestadores de serviços para o entorno do Município de São Paulo tem provocado concorrência desleal com aqueles que não se valem de tais meios fraudulentos. Enquanto uns suportam alíquota, em regra, de 5% (cinco por cento) sobre o preço do serviço, aqueles que se transferem formalmente, por exemplo, para Santana do Parnaíba, pagam alíquota de 0,7% (inferior, inclusive à alíquota mínima estabelecida pelo artigo 88, inciso I, do ADCT). Tal alíquota é obtida mediante artifício implementado pela Lei Municipal de Santana do Parnaíba 2.499, de 19/12/2003 (cópia anexa), que por seu artigo 14, §4º, reduziu a base de cálculo a 37% (trinta e sete) por cento do faturamento, considerada a alíquota de 2%.

Os bons contribuintes, aqueles que estão estabelecidos, de fato e formalmente, nesta Municipalidade, acabam por suportar ônus muito superior aos que utilizam-se de estabelecimento meramente formal para a prestação de seus serviços.

Assim, buscar uma solução para salvaguardar os interesses econômicos e sociais do Município de São Paulo é típico assunto de interesse local, o qual, nos termos do artigo 30, I, da Constituição Federal, pode ser legislado por lei do Município interessado.

O instrumento adequado para esta finalidade é o incremento da fiscalização. E o meio para tanto é estabelecido no Código Tributário Nacional: a instituição de obrigações acessórias. Por obrigação acessória, ou dever instrumental, entende-se a imposição estabelecida por lei, que envolve prestações positivas ou negativas a serem exigidas do sujeito passivo no interesse da arrecadação ou da fiscalização, a teor do disposto no artigo 113, parágrafo 2º, do Código Tributário Nacional.

São, assim, deveres jurídicos a serem observados pelos súditos do Estado, no sentido de imprimir efeitos práticos à percepção de tributos (Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 8ª ed., p. 198). Desta forma, podem ser estabelecidos deveres de prestar informações ao Poder Público, executar atos ou não os realizar, no sentido de tomar providências de interesse geral, a fim de fornecer as informações imprescindíveis para o correto exercício da atividade tributária.

Neste âmbito, qualquer informação poderá ser pedida pelo Poder Público Municipal, a fim de corretamente empreender seu designio de investigar as atividades que possam gerar a obrigação tributária em favor do

Município de São Paulo. É neste sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que ao apreciar situações semelhantes, editou a súmula 439, segundo a qual quaisquer livros podem ser objeto de fiscalização, limitado o exame aos pontos objeto da investigação.

Legalmente autorizado, estabeleceu o Município de São Paulo por lei (instrumento apto a criar direitos e obrigações) a instituição de uma obrigação acessória pela qual as empresas prestadoras de serviços **que executem serviços a tomadores estabelecidos no Município de São Paulo**, mas que emitam notas fiscais de outros municípios, inscrevam-se, sem qualquer ônus, em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças. Lembre-se que a exigência, como já asseverado, não se refere a qualquer serviço prestado, mas somente àqueles descritos nos itens da lista de serviços citados no aludido instrumento normativo.

Assim, conclui-se que o intuito do dever instrumental instituído pela Lei Municipal injustamente guerreada é plenamente justificável. O cadastro possibilita ao ente tributante verificar quais empresas realmente se situam em outros Municípios e quais aquelas que se valem de expedientes fraudulentários para deixar de recolher aos cofres da cidade de São Paulo o ISS devido.

Não há que se suscitar na afronta ao Princípio da Territorialidade ou extensão ilícita da competência municipal de fiscalização ou, ainda, uso de critério para aumentar a captação de tributos devidos por fatos gerados ocorridos fora do território do Município de São Paulo.

O que há, na verdade, é apenas a coleta de informações indispensáveis à fiscalização das atividades desenvolvidas no território do Município de São Paulo e que possam, em tese, gerar tributos de sua competência.

Assim, o que pretende a Municipalidade Paulistana é exatamente bem cumprir a Constituição Federal (artigo 156, III) e a Lei Complementar nº 116/2003, lançando tributo que seja, de fato, de sua competência, ou seja, constituindo ISS incidente sobre serviços que sejam executados no território do Município de São Paulo, respeitadas as regras do local da prestação estatuidas pelo artigo 3º da legislação complementar, expressamente adotadas pela Lei Municipal nº 13.701/2003.

Ou seja, a mera exigência de informações para controlar as atividades desenvolvidas no território do Município de São Paulo não gerará a obrigação de pagar tributo indevido, mas apenas de proporcionar maior segurança na fiscalização, de forma a afastar qualquer

pretensão tributária sobre a atividade de empresas corretamente estabelecidas em outros Municípios. Assim, não há qualquer lesão à Constituição Federal, nem à lei complementar 116/03.

Neste intuito de corretamente fiscalizar as atividades empreendidas em seu território e tendo-se em vista o fato de não haver estabelecimento material para ser fiscalizado no Município de São Paulo, não há outro meio que não exigir a prestação de informações pelos prestadores de serviços, o que torna perfeitamente admissível que se exija o cadastramento das prestadoras de serviço situadas fora do território do Município para fins meramente fiscalizatórios.

Lembre-se que o cadastro é gratuito e que no §3º do artigo 1º do Decreto nº 46.598/2005 permite-se que se o faça via internet, sem necessidade de deslocamento do interessado a repartições públicas, possibilitando ao contribuinte o uso dos meios de informática, o que certamente não causará maiores transtornos a quem quer que seja. Lembre-se que muitos cadastros exigidos pelo Poder Público são realizados por via eletrônica, como é o caso da declaração de imposto de renda.

Quanto à documentação exigida, nada há de ilegal. Vê-se que os documentos são aqueles que as leis específicas muitas vezes elegem como demonstrativos de regularidade do estabelecimento comercial. Além do mais, são todos de fácil obtenção, estando em poder de toda e qualquer empresa que está funcionando regularmente. E deveriam estar juntados aos presentes autos, o que não se constata.

Ou seja, sendo a empresa licitamente instalada no Município onde diz ter sede, tendo ali seu centro de produção, facilmente conseguirá demonstrar a regularidade de seu estabelecimento, cumprindo com seu dever de colaborar com a fiscalização tributária.

Assim, uma empresa regularmente sediada em outro município, como defende ser a Impetrante, não terá motivos para não se cadastrar, de forma gratuita e viável para todos. E seu cadastro será sinônimo de que a Impetrante não funciona irregularmente no Município de São Paulo ou que seu estabelecimento prestador não existe, o que legitimaria a cobrança do tributo pelo município de São Paulo.

Outrossim, se tiverem as substituídas pela Impetrante regular estabelecimento no município por elas indicado, como alega ter, o que será constatado pela fiscalização, decerto seu pedido será deferido. Apenas as

empresas que não têm o estabelecimento de fato (os chamados "estabelecimentos fantasmas") é que terão sua inclusão no cadastro indeferida. Crê-se que não seja este o caso da Impetrante, a qual não tem, então, justo motivo para não proceder ao cadastro.

Por sua vez, a previsão de dever ao tomador de serviços em reter o tributo não tem caráter de sanção, como argumenta a Impetrante. Apenas se trata de reconhecer a competência tributária do Município de São Paulo caso se evidencie que a empresa prestadora, ilicitamente, deixa de recolher o ISS a seus cofres, valendo-se de meios fraudatórios para tanto.

E, pode a lei transferir a responsabilidade tributária para terceiro, no interesse da fiscalização, diante da impossibilidade ou grande dificuldade de cobrar o tributo do verdadeiro devedor. Porém, é necessária que a previsão conste de lei, como de fato constou no artigo 9-A guerreado. Não pode ser outra a correta exegese do dispositivo legal, já que tributo não tem natureza de punição, mas sim de meio de abastecimento dos cofres públicos.

Além disso, a bitributação é matéria de prova, a qual não foi trazida para os presentes autos e a dúvida a quem pagar corretamente o tributo deverá ser resolvida pela via apropriada, no caso, a ação de consignação em pagamento.

Assim, caem por terra os argumentos da Impetrante de que seria exigido imposto ilicitamente. Confunde ela a obrigação acessória, de fazer o cadastro, com a obrigação principal, de proceder ao pagamento do imposto.

Sendo o imposto indevido ao Município de São Paulo, de acordo com a correta comprovação dos requisitos estabelecidos na Lei Complementar 116/03, não será exigido de quem quer que seja o imposto. Porém, se a empresa se utilizar de meios fraudatórios para deixar de pagar o imposto devido, merecerá, além das penalidades cabíveis, a imputação da obrigação tributária não paga, a ser atendida pelo tomador dos serviços.

Além disso, lembre-se que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido reiteradamente que o tributo é devido no local da prestação de serviços, especificamente nos casos em que o contribuinte não tem estabelecimento de fato em outra localidade.

Não há, ainda, qualquer afronta à hierarquia das leis. Como ressaltado, a Lei 14.042/05 apenas criou obrigação acessória cujo in-

tuito é o de fornecer elementos necessários à fiscalização tributária do Município de São Paulo para exata aplicação do disposto na Lei Complementar n° 116/2003.

Nem há que se falar, ainda, em afronta ao princípio da isonomia. Com efeito, **todos os prestadores de serviços estabelecidos no Município de São Paulo** estão obrigados a se inscrever em Cadastro Municipal. Com a edição da Lei n° 14.042/05, aqueles prestadores de serviços que teoricamente têm sede fora desta Municipalidade, mas que vierem a executar determinadas atividades nesta Municipalidade, também deverão inscrever-se, o que, em verdade, consagra a isonomia.

Do mesmo modo, não há violação do artigo 128 do Código Tributário Nacional. Consoante asseverado alhures, a retenção na fonte do ISS somente ocorrerá se a empresa recusar-se a se inscrever no cadastro municipal.

E, neste passo, é claro que as empresas **idôneas**, de fato estabelecidas em Municípios que não o de São Paulo, não têm qualquer motivo para a recusa. Como já dito, a inscrição dar-se-á sem qualquer custo ou ônus, sendo realizada pela *Internet* (artigo 1°, §§2° e 3° do Decreto n° 456.598/2005, que regulamentou a Lei n° 14.024/05).

Frise-se, mais uma vez, Excelência, que o intuito da Municipalidade de São Paulo não é o de lançar e cobrar o imposto para os cofres municipais paulistanos em qualquer caso. Fosse assim e a lei teria instituído, sempre, a obrigatoriedade de retenção. Mas não o fez. A retenção somente ocorrerá no caso de o contribuinte estiver irregularmente estabelecido, o que o fará devedor do tributo ao Município de São Paulo.

Uma vez mais, deve ser afirmado que não há qualquer dispositivo legal ou regulamentar que contrarie os termos do artigo 3° da Lei Complementar n° 116/2003. O cadastro municipal, antes, visa a cumpri-lo com rigor.

Sendo assim, é lícita e razoável a exigência estabelecida na Lei 13.701/03, com a redação trazida pela Lei 14.042/05, não havendo qualquer infração nem ao princípio constitucional da territorialidade, tampouco aos artigos 3° da Lei Complementar 116/03 nem ao artigo 113, parágrafo 2°, do Código Tributário Nacional, como acima demonstrado.

E esta situação tem sido reconhecida pelo E. Tribunal de Justiça. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito de Poá contra a lei aqui discutida, a liminar foi negada por falta dos requisitos legais. E esta orientação tem sido seguida. Vale a pena transcrever

trecho do voto proferido pelo Sr. Desembargador Eutálio Porto, que concedeu efeito suspensivo nos autos do Agravo de Instrumento 516.787.5/6:

“1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Municipalidade de São Paulo (fls. 02/16) contra decisão (fls. 41) que concedeu liminar, em sede de Mandado de Segurança, para afastar a obrigação de cadastramento exigida pela Lei do Município de São Paulo 13.701/03, artigo 9º-A, incluído pela Lei 14.042/05.

2. Defiro o efeito suspensivo pretendido. Isto porque encontra-se presentes os pressupostos necessários, aptos a ensejar, em sede de cognição sumária, a pretensão aforada. O cadastramento exigido pela Lei do Município de São Paulo não oferece risco de deva ser afastado, pois a presunção de que referido cadastramento visa em controle maior das atividades desenvolvidas no município é verossímil e encontra-se dentro de sua competência.

3. A propósito, em recente Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito de Poá, o presente Tribunal de Justiça negou liminar que objetivava a suspensão da lei em questão por entender ausentes o fumus boni iuris e o periculum in mora.

4. (...)”

Além deste, foi proferida decisão no mesmo sentido nos autos do Agravo de Instrumento 516.606.5/1.

Em primeira instância, tal entendimento tem sido compartilhado no julgamento de demandas como a presente. O mandado de segurança coletivo ajuizado pelo Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática do Estado de São Paulo – SEPROSP, que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública desta Capital teve sua segurança denegada, já que considerada legal a exigência, destinada a proporcionar condições hábeis para a fiscalização. E a mesma solução tem sido dada para diversos casos semelhantes, como demonstram as sentenças anexadas.

Cabe observar, por fim, que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo, de forma pacífica, que o ISS é devido no local em que os serviços forem efetivamente prestados. Deste modo, se não resta comprovado, pelo cadastramento instituído pela Prefeitura Paulistana, que os serviços são de fato executados no estabelecimento “real” do contribuinte, situado fora de São Paulo, segundo a

referida jurisprudência, o ISS sobre os serviços aqui realizados deve ser recolhido a esta Municipalidade.

IV – DOS REQUERIMENTOS.

Por todo o exposto, o Município de São Paulo requer sua admissão como assistente litisconsorcial da Autoridade apontada como coatora, e (a) a extinção do presente feito sem julgamento de mérito, por força dos inúmeros vícios acima apontados e (b) caso não prosperem as preliminares apresentadas, a denegação da segurança pleiteada, pelos motivos acima apresentados.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 28 de março de 2006.

DIRETOR DO DEPTO. DE RENDAS MOBILIÁRIAS - RM - G
DO DEPARTAMENTO DE RENDAS MOBILIÁRIAS DA
SECRETARIA DE FINANÇAS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Mandado de Segurança – Lei Cidade Limpa

Dra. Daniele Dobner Santos

Departamento Judicial

Procuradora do Município de São Paulo - OAB/SP – 205.829 – Jud 31

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 4ª
VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SÃO PAULO - SP**

MANDADO DE SEGURANÇA

Autos nº 1458/053.2006.132071-1

O SECRETÁRIO MUNICIPAL DE COORDENAÇÃO DAS SUB-PREFEITURAS, prestando as informações solicitadas e a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua procuradora, requerendo sua admissão na lide na qualidade de assistente litisconsorcial passivo, nos autos do mandado de segurança impetrado por SEPEX – SINDICATO DAS EMPRESAS DE PUBLICIDADE EXTERIOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, vêm expor e requerer o quanto segue:

DA INICIAL

Trata-se de mandado de segurança coletivo preventivo impetrado pelo Sindicato das Empresas de Publicidade Exterior do Estado de São Paulo - SEPEX contra os iminentes atos administrativos vinculados a serem pratica-

dos pelo Secretário Municipal de Coordenação das Subprefeituras em razão da edição da Lei Municipal nº 14.223/06, que “*dispõe sobre a ordenação dos elementos que compõe a paisagem urbana no Município de São Paulo*”.

A impetrante requer a declaração de abusividade dos atos coatores decorrentes da aplicação da Lei Municipal nº 14.223/06, especialmente em relação aos arts. 18, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 49 e 57, que tratam das proibições, das penalidades e dos efeitos jurídicos do ato legislativo citado; seja vedada a prática de atos com base nos supracitados dispositivos legais; seja garantido às associadas do SEPEX o direito ao livre exercício da atividade econômica lícita; o direito de ter a atividade regida pelas normas constitucionais e legais aplicáveis, em especial a Lei Municipal nº 13.525/03; sejam mantidos os anúncios publicitários regulares e suas respectivas estruturas existentes.

Em outras palavras, o conjunto de solicitações demonstra que a autora pugna pela invalidade (inconstitucionalidade) da lei municipal nº 14.223/06 e, conseqüentemente, pelo retorno do “*status quo ante*” reconstituição e aplicação da Lei Municipal nº 13.525/03 (inicial - fls. 48, 4º parágrafo, letra “b”).

Para alcançar suas conclusões, o SEPEX caminhou por regimes jurídicos de toda ordem, imiscuiu argumentos pertencentes a institutos diversos muitas vezes inadequados em face dos pedidos aduzidos, argumentou com fatos futuros, incertos e não sabidos, tentando demonstrar que a lei, tal como positivada, fere:

a) o **equilíbrio do pacto federativo** (item 128, b);

b) os **valores** constitucionais da atividade econômica (item 128, a), em especial da livre iniciativa (item 128, c), da valoração do trabalho (128, c), da livre concorrência (128, d), do tratamento favorecido a empresas de pequeno porte (128, e), do direito do consumidor (128, k), da não interferência do estado nos assuntos econômicos em geral (128, h);

c) os **direitos individuais** do livre exercício de trabalho ou profissão (128, c); da isonomia (128, f), da segurança jurídica e da irretroatividade da lei (128, g);

d) a **legitimidade da lei**, uma vez caracterizados o excesso e o desvio de poder em razão das declarações do poder executivo sobre a motivação da proposta (128, i);

e) as **normas de conduta da administração**, contidas nos princípios da racionalidade, da adequação, da proporcionalidade, da eficiência e da motivação (128, j);

f) a lei de responsabilidade fiscal, Lei Complementar Federal nº 101/00 (128, l);

g) as normas superiores que fundamentam a validade das leis municipais e a forma legítima de tramitação e conseqüente aprovação pelo parlamento (128, m).

Com esses fundamentos, pleiteou liminar para suspender o prazo estabelecido no art. 44, da impugnada lei, bem como para que a autoridade coatora se abstenha da prática de qualquer ato com base na lei.

A liminar será apreciada após a vinda das informações.

Os argumentos, porém, e em que pesem os esforços da impetrante, não se sustentam.

Visando organizar a discussão, pedimos vênias para elaborar as informações por tópicos, inicialmente explicitando as preliminares para depois, considerando a natureza dos institutos jurídicos, adentrar ao mérito do mandado de segurança com a pertinência requerida pela inicial.

PRELIMINARES

I - Ilegitimidade ativa da impetrante

II - Ilegitimidade passiva do Secretário de Coordenação das Subprefeituras

III - Mandado de Segurança contra lei em tese

Afirma a impetrante que as empresas responsáveis pela veiculação dos anúncios na paisagem urbana serão autuadas com fundamento na Lei nº 14.223/06, sem explicitar qualquer ato concretamente praticado pela autoridade.

Verifica-se, então, que a insurgência dá-se em face da Lei Municipal nº 14.223/06, pretendendo a impetrante ver declarada, de fato, a inconstitucionalidade da lei por meio da via mandamental, situação não passível de mandado de segurança.

Em vários trechos da inicial a impetrante deixa evidente que ato tido como violador de direito líquido e certo é a própria lei em si e não os atos administrativos concretos dela decorrentes (item 30. (...) "afastar a prática de ato coator ilegal e inconstitucional – consubstanciado na proibição do exercício de atividade econômica lícita..."; item 31. "A Lei nº 14.223/06 – maculada de inconstitucionalidade

e ilegalidade – configura ameaça a direito líquido e certo das empresas associadas...” (grifou-se).

Como preleciona **Hely Lopes Meirelles**¹:

“A lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto para expor-se à impetração, mas nada impede que, na sua execução, venha a ser declarada inconstitucional pela via do mandamus. Somente as leis e decretos de efeitos concretos tornam-se passíveis de mandado de segurança, desde sua publicação, por equivalentes atos administrativos nos seus resultados imediatos.”

Também não se admite a via estreita do *mandamus* contra dispositivo de lei que verse sobre situações gerais ou impessoais, como é a hipótese dos autos (cf. RTJ 111/184), ou que estabeleça normas caracterizadas pela abstração e pela generalidade (cf. RTJ 121/959).

Vale aqui, transcrever trechos de pareceres emitidos sobre o tema:

“A inviabilidade de impetração de segurança “contra lei em tese” (Súmula 266 do STF), advém do fato de que a lei, em si, é norma abstrata e geral, assim insuscetível - nesse plano - de ameaçar ou violar direito do indivíduo, isoladamente considerado. (Cabe aqui lembrar que: a) não se adquirem direitos contra a lei; b) a frustração ou prejuízo de fato que possam advir da lei já existente ou do jus novum, não podem justificar o combate proveitoso contra a norma legal)” (Sobre a identificação da “autoridade coatora” e a impetração contra a “lei em tese”, nos mandados de segurança, por Rodolfo de Camargo Mancuso- RP 44/69).

Mais, “nosso direito desconhece a segurança normativa, ou seja a que estabelece regra geral de conduta para casos futuros e indeterminados” (RF, 230:164). Preliminarmente verifica-se que, no caso, não cabe mandado de segurança, pois “o objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante”

¹ Op. Cit. p. 28.

(Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data , 13ª edição).

"Isso faz lembrar, também, toda a problemática das chamadas leis de efeitos concretos, porque não se admite- e isso está até na Súmula 266- não se admite, em princípio, mandado de segurança contra a lei em tese, não se admite mandado de segurança contra um ato normativo, geral, abstrato, que não seja ainda operativo, ato normativo que não tenha, ainda, invadido, em concreto, a esfera dos direitos de alguém. Enquanto uma norma é contrária aos meus interesses, estou no plano abstrato da lei, não fui ainda concretamente atingido. Somente quando um ato administrativo concreto é praticado e me atinge, só então é que me nasce o legítimo interesse processual à obtenção da segurança" (As partes do mandado de segurança, por Cândido Rangel Dinamarco- RP 19/199).

Trata-se, repita-se, de mandado de segurança contra lei em tese, que, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança, necessitando, para expor-se à impetração, da conversão da norma abstrata em ato concreto, o que não foi demonstrado na presente hipótese.

Também sob tal aspecto, a extinção do feito independentemente da análise do mérito é medida que se impõe, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

MÉRITO

Objeto da Lei Municipal nº 14.223/06 e a Competência Legislativa Municipal

A Lei Municipal nº 14.223/06 tem por objeto "a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana do Município de São Paulo" e foi editada no estrito âmbito da competência legislativa municipal (g.n.). Senão vejamos:

Constitucionalmente, a matéria é tratada nos seguintes artigos:

"Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.
(...)

§ 2º. *A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.*

Art. 30. *Compete aos Municípios*

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

(...)

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

Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*" (grifou-se).

Há também outras previsões nos arts. 21, 25, § 1º, 24, e 30, II, da Constituição Federal, e, mesmo que consideradas, o Professor Toshio Mukai conclui que "*pode-se observar que, não obstante a matéria urbanística seja concorrente, a grande massa de normas urbanísticas pertence à competência municipal, que pode editar seus planos de desenvolvimento urbano, seu zoneamento, impondo recuso e gabaritos, distribuindo as atividades exercitáveis, mediante o direito de construir, dentro de uma legislação que leve em conta o bem-estar da população e a proteção do meio ambiente, disciplinando o parcelamento do solo, dispondo sobre normas edilícias. A competência municipal, enfim, é ampla, dentro do conceito de peculiar interesse local, embora muitas vezes condicionada por normas concorrentes federais e estaduais.*"² (grifou-se).

O mesmo Professor, escrevendo sobre a nova concepção do urbanismo, cita as lições de Gáston Bardet:

*"presentemente, o urbanismo designa a organização do solo a todos os escalões, o estudo de todas as formas de localização humana na terra. Partindo da organização de grupos densos, o conceito teve de estender-se a toda a economia territorial, com o único limite dos oceanos. Poderá dizer-se que o Urbanismo se tornou um Orbanismo."*³

² In "Direito Urbano-Ambiental Brasileiro". Editora Dialética. 2ª ed. São Paulo.2002

³ Idem

Em outra citação, Jacquignon define o Direito Urbanístico como *"conjunto de regras através das quais a administração, em nome da utilidade pública, e os titulares do direito de propriedade, em nome da defesa dos interesses privados, devem coordenar suas posições e suas respectivas ações com vistas à ordenação do território."*⁴

Por sua vez, a Lei Orgânica do Município de São Paulo estabelece:

"Art. 7º. É dever do Poder Municipal, em cooperação com a União, o Estado e outros municípios, assegurar a todos o exercício dos direitos individuais, coletivos, difusos e sociais estabelecidos na Constituição da República e pela Constituição Estadual, e daqueles inerentes às condições de vida em cidade, inseridos nas competências municipais específicas, em especial no que respeita a:

I – meio ambiente humanizado, sadio e ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, para as presentes e futuras gerações;
(...)

IV – proteção e acesso ao patrimônio histórico, cultural, turístico, artístico, arquitetônico e paisagístico;

Art. 148. A política urbana do Município terá por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, propiciar a realização da função social da propriedade e garantir o bem-estar de seus habitantes, procurando assegurar:

I – o uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado de seu território;

(...)

III – a segurança e a proteção do patrimônio paisagístico, arquitetônico, cultural e histórico;

IV – a preservação, a proteção, a recuperação do meio ambiente;

V – a qualidade estética e referencial da paisagem natural e agregada pela ação humana;

Art. 149. O Município, para cumprir o disposto no artigo anterior, promoverá igualmente:

(...)

VI – o combate a todas as formas de poluição ambiental, inclusive a sonora e nos locais de trabalho;

⁴ *idem*

Art. 149-A. A lei ordenará a paisagem urbana, promovendo-a em seus aspectos estético, cultural, funcional, ambiental, a fim de garantir o bem-estar dos habitantes do Município, considerado de modo integrado, o conjunto de seus elementos, em especial os sistemas estruturais, viário e transporte público, a topografia, os cursos d'água, as linhas de drenagem e os fundos de vales, como eixos básicos estruturadores da paisagem".(grifou-se)

Definidas as competências, a lei ora em comento assim definiu seu objeto e objetivos:

"DOS OBJETIVOS, DIRETRIZES, ESTRATÉGIAS E DEFINIÇÕES

Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana, visíveis a partir de logradouro público no território do Município de São Paulo.

Art. 2º. Para fins de aplicação desta lei, considera-se paisagem urbana o espaço aéreo e a superfície externa de qualquer elemento natural ou construído, tais como água, fauna, flora, construções, edifícios, anteparos, superfícies aparentes de equipamentos de infra-estrutura, de segurança e de veículos automotores, anúncios de qualquer natureza, elementos de sinalização urbana, equipamentos de informação e comodidade pública e logradouros públicos, visíveis por qualquer observador situado em áreas de uso comum do povo.

Art. 3º. Constituem objetivos da ordenação da paisagem do Município de São Paulo o atendimento ao interesse público em consonância com os direitos fundamentais da pessoa humana e as necessidades de conforto ambiental, com a melhoria da qualidade de vida urbana, assegurando, dentre outros, os seguintes:

I - o bem-estar estético, cultural e ambiental da população;

II - a segurança das edificações e da população;

III - a valorização do ambiente natural e construído;

IV - a segurança, a fluidez e o conforto nos deslocamentos de veículos e pedestres;

V - a percepção e a compreensão dos elementos referenciais da paisagem;

VI - a preservação da memória cultural;

VII - a preservação e a visualização das características peculiares dos logradouros e das fachadas;

VIII - a preservação e a visualização dos elementos naturais tomados em seu conjunto e em suas peculiaridades ambientais nativas;

IX - o fácil acesso e utilização das funções e serviços de interesse coletivo nas vias e logradouros;

X - o fácil e rápido acesso aos serviços de emergência, tais como bombeiros, ambulâncias e polícia;

XI - o equilíbrio de interesses dos diversos agentes atuantes na cidade para a promoção da melhoria da paisagem do Município.” (grifou-se)

A federação brasileira é constituída por três entes, cada qual constituído de governo, legislação, administração e organização, próprios, e presentes no âmbito de cada território. Tratam seus assuntos nos termos da competência material outorgada pela constituição⁵. Na distribuição dos poderes legislativos, duas técnicas foram utilizadas para manter o equilíbrio federativo: a vertical e a horizontal.

Para verificar se ocorre usurpação de competência constitucional, faz-se necessário identificar a natureza das normas presentes na lei municipal nº 14.223/06, inclusive para saber se se trata de legislação exclusiva ou suplementar⁶.

Em assim sendo, a “*ordenação dos elementos que compõe a paisagem urbana no território deste município*” só pode dizer respeito à matéria administrativa com viés ambiental e urbanístico, que ordena o direito subjetivo de propriedade em função da paisagem urbana (bem de uso comum do povo), no que se refere aos elementos que a compõe: anúncios de várias espécies⁷, lotes, imóveis, bens de uso comum do povo, bens de valor cultural, mobiliário urbano, fachadas etc⁸.

Trata-se de corolário da função social da propriedade em matéria relacionada com bem de uso comum do povo, na atual concepção de que a propriedade obriga⁹. Aliás, observe-se que a íntegra do direito de propriedade (dispor, usar, fruir) é mantido pelos seus titulares, mas seu uso **casuístico**, ademais impróprio, fica condicionado aos interesses ambientais coletivos.

⁵ Art. 21, 22, 23, 24, 26 e parágrafos, e 30, todos da CF/88.

⁶ Art. 24, § 2, e 30, inciso II, CF/88.

⁷ Lei Municipal nº 14.223/06, Art. 6º - (...).

a) anúncio indicativo: aquele que visa apenas identificar, no próprio local da atividade, os estabelecimentos e/ou profissionais que dele fazem uso;

b) anúncio publicitário: aquele destinado à veiculação de publicidade, instalado fora do local onde se exerce a atividade;

c) anúncio especial: aquele que possui características específicas, com finalidade cultural, eleitoral, educativa ou imobiliária, nos termos do disposto no art. 19 desta lei; (...).

⁸ Lei Municipal nº 14.223/06, artigo 6º.

⁹ Excepcional estudo sobre os condicionamentos dos direitos privados encontra-se em “Função Social do Contrato: primeiras anotações”, de Celso Salmão Filho, RT 623 – maio de 2004, 93º ano, págs. 67-86.

Na doutrina de Carlos Ary Sundfeld:

"(...) A ordenação administrativa da vida privada é feita com o emprego de várias técnicas. a instituição de condicionamentos serve à regulação do exercício dos direitos de o sujeito disponha (por outorga da constituição, da lei ou de ato administrativo). desse modo a atuação administrativa estará envolvida com a criação ou controle de situações passivas.

Essa modalidade difere da ordenação através da criação, por via de ato administrativo, de situações ativas em favor do indivíduo, que estudamos no capítulo precedente. (...).

Não se deve confundir criação de situação desfavorável ao interesse individual com o sacrifício de direito. Todo condicionamento, por implicar ou na circunscrição do universo de atuação do indivíduo (limites do direito), ou na imposição de comportamentos positivos (encargos) ou no dever de suportar a interferência de outrem (sujeição), cria situação desfavorável ao interesse pessoal do titular do direito. Importa, porém, no sacrifício de situação de mero interesse (desprovida de proteção jurídica), não no sacrifício do direito.

O sacrifício de situação de mero interesse é visível no instante em que se edita regulamentação nova, interditando comportamento outrora admitidos, impondo novos encargos ou submetendo a novas sujeições. Aparentemente, restringiu-se o direito; em verdade este foi apenas regulado de maneira distinta." (in Direito Administrativo Ordenador, ed. Malheiros, 1ªed., 3ª tiragem, 2003, págs. 54/56).

Definida a natureza da norma, a expressão "paisagem urbana" basta por si só para determinar a competência municipal na matéria: *"paisagem: extensão de território que se abrange num lance de vista. urbana: relativo a cidade". (in Dicionário de Português, edições Poliglota, ed. melhoramentos, 2002).*

Essa conclusão é endossada pela pena de Paulo Affonso Leme Machado:

"A autonomia preconizada pelo art. 18 da CF merece ser interpretada no contexto de todos os artigos que tratam de competência. Interessa-nos ver que, com referência ao município e ao meio ambiente, certamente encontraremos normas federais e estaduais em vigor antes das municipais, devendo estas adaptarem-se àquelas, no sentido de suplementá-las, conforme o art. 30, II, da CF.

Áreas de atuação existem, contudo, em que o interesse local tem nítida predominância, por exemplo: autorizar e/ou licenciar a construção de casas e residências unifamiliares ou multifamiliares, ou apartamentos, (...). (in Direito Ambiental Brasileiro, ed. Malheiros, 11ª edição, 2003, pág. 377/378) (g.n.).

Assim, a matéria objeto da Lei Municipal nº 14.223/2006 em nada se refere à normatização de propaganda comercial, conteúdo da mensagem, consumidores/destinatários, horário apropriado etc, nos termos do art. 22, inciso XXIX, da Constituição Federal. Não se trata, portanto, de legislação que disciplina a atividade econômica da publicidade/propaganda.

Trata-se de normas jurídicas referentes à bem público, especialmente considerado sob os aspectos ambiental e urbanístico, albergadas pelo regime administrativo dos interesses coletivos, tendo por fundamento a cláusula geral do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, qual seja, o interesse local da metrópole São Paulo.

De Plácido de Silva, em seu Vocabulário Jurídico, define:

Paisagem: *de país, assim se entende a porção de terreno, considerado em seu aspecto estético, ou agradável, que se pode divisar ou se ver de determinada posição. A paisagem, pois, indica a vista que se tem do horizonte, ou a vista de certo trecho da natureza. E, a respeito das construções, a paisagem que delas se pode descortinar, através de suas janelas e seus mirantes, pode constituir servidão, que se assegura pelo próprio direito: a servidão de vista. Por ela, então, pode o dono do prédio dominante impedir que o dono do prédio serviente lhe tire a vista, por onde vislumbra a paisagem, ou por onde divisa o horizonte.*

Urbano: *do latim urbanus, de urbus (cidade), é empregado, em oposição a rural, para distinguir tudo o que se refere ou pertence à cidade, ou à vila, e está compreendido em seu perímetro. A rigor, urbano quer aludir ao perímetro, ou às zonas, situadas nos limites de uma cidade, de uma vila, ou, mesmo, de uma povoação, destinada exclusivamente às construções, ou casas de moradia. E, neste particular, é que se distingue do rural, indicativo das áreas de terrenos próprias às culturas agrícolas, ou às criações de animais e destinadas, propriamente, a esse fim. Assim, prédio urbano é o que, sendo construído nos limites, ou no perímetro de uma cidade, ou de uma vila,*

é destinado a servir de residência, ou a negócio de comércio. E, por isso, em regra, o prédio urbano ocupa simplesmente o espaço mais ou menos necessário à sua construção. (in De Plácido Silva, Vocabulário Jurídico, volume III e IV, São Paulo, ed. Forense, 4ª ed., 1975).

A lei, frise-se, não se refere ao regramento de propaganda comercial ou de regulamentação de atividade econômica, e nem poderia ser, por expressa incompetência legislativa dos municípios.

Os argumentos centrais da impetrante emergem indiretamente pelas restrições administrativas contidas na espécie normativa em debate, que tutela de bem de uso comum do povo, e não como se quer fazer crer.

Em momento algum o Município desejou ou procedeu à regulamentação de setor empresarial ou comercial, matérias afetas ao direito comercial e/ou econômico, competência legislativa privativa da União (art. 22, inciso I, da CF/88) e concorrente da União e dos Estados (art. 24, I, da CF/88), respectivamente.

Também não se trata de intervenção do Estado na atividade econômica, seja para fiscalizá-la, incentivá-la, planejá-la ou explorá-la (arts. 173 e 174, da CF/88).

O principal argumento da impetrante refere-se à impossibilidade do Município legislar sobre atividade econômica e demonstrado que a legislação em apreço NÃO disciplina acerca desse tema, certo que as demais alegações da autora restam prejudicadas, porque conseqüências diretas da premissa maior equivocada (itens 21, 22, 32, 44, 45, 50, 51, 52).

Da atividade econômica publicidade/propaganda

Conforme amplamente exposto, a matéria em comento é ambiental/urbanística, e não comercial ou econômica.

Mas ainda que assim não fosse, a afirmada extinção da atividade econômica "publicidade" (ou "propaganda e marketing") e da mídia exterior não são verdadeiras.

Os currículos dos cursos oferecidos pelas faculdades brasileiras e os serviços das agências de publicidade de São Paulo e do Brasil demonstram as variadas espécies pela qual se pode expor um produto ao público desejado (doc.02).

Ademais, dentre as formas de formas de publicidade mais utilizadas no país - anúncios, outdoors, propaganda em ônibus (busdoor), marketing direto, patrocínios e merchandising - **os principais meios de comunicação são os preferidos dos anunciantes e das agências.**

O Projeto Inter-Meios constatou no primeiro semestre de 2006 que a maior parte dos investimentos em publicidade e propaganda é destinada às emissoras de TV aberta (63%). Em seguida, apareciam os meios jornal (12,8%) e revista (8,1%), rádio (3,9%), TV por assinatura (3,6%), mídia exterior (3,1%), guias e listas (2,6%), internet (2%) e cinema (0,3%). Quer dizer, a publicidade e propaganda é muito mais do que a mídia externa.

Ressalte-se, por oportuno, que representantes das maiores agências de publicidade de São Paulo não são contrários à nova lei, porque estão certos de que a publicidade por meio da mídia exterior irá migrar para outras formas, e, segundo comentários de um publicitário da Fischer América, *"No fim, a própria publicidade vai ganhar"*(doc.03).

A própria atividade econômica pressupõe a criatividade. É dividida em criação e produção. Um de seus objetivos é encontrar a forma mais adequada de comunicação com o consumidor de determinado produto.

Argumentar que a atividade econômica "propaganda e marketing" será extinta é o mesmo que dizer que ela nunca existiu, uma vez que se deseja manter uma situação imutável, afastado qualquer processo genial de criação.

Muitas outras formas de publicidade existem e podem ser criadas. Para ilustrar, juntam-se ao presente diversos exemplares de jornais de bairro que contam com os anúncios publicitários dos comerciantes da região. Outros exemplos que podem ser citados são as os materiais que envolvem os jornais de grande circulação aos domingos e até mesmo embalagens de papelão das pizzas que vêm sendo confeccionadas por empresas imobiliárias para divulgar os lançamentos de seus empreendimentos(doc. 03').

Lembre-se, ainda que outras grandes metrópoles no país e no mundo (Rio de Janeiro, Nova York, Barcelona, Madri, Paris etc) possuem semelhante tratamento jurídico-urbanístico à paisagem urbana e permanecem grandes centros comerciais e econômicos.

Por fim, como diz a própria lei, a atividade não será extinta. Restam permitidos os anúncios indicativos, especiais e provisórios e ainda os publicitários no mobiliário urbano (Capítulo III – Da ordenação da paisagem

urbana – Seção II - Do anúncio publicitário no mobiliário urbano - art. 21 e seguintes, da Lei Municipal nº 14.223/06).

Da natureza das autorizações eventualmente concedidas

O uso da paisagem urbano para a exploração da publicidade faz com que a propriedade passe a ter **uso casuístico impróprio**. Ora, imóveis e suas construções nas cidades, públicos ou particulares, não têm função social de ser instrumento de publicidade **compulsória**. Eles existem, principalmente, para abrigar a família ou a prestação de serviços ou fornecimento de bens em seu espaço físico, delimitado por suas fronteiras (e o subsolo e espaço aéreo correspondentes – art. 1.229, CC/02).

Além da impropriedade de seu uso, deve restar claro que o instrumento, o meio de transmissão, que se utiliza para veicular o anúncio é a paisagem urbana, que é bem de uso comum do povo.

Interessante notar, neste passo, que o consumidor da publicidade (o passante, a pessoa que caminha na via ou logradouro público) não tem a opção de consumir ou refutar a propaganda veiculada na paisagem urbana.

Após sair no logradouro, receberá compulsoriamente a informação colocada em outdoor, *back-lights*, *front-lights*, etc.¹⁰ No sistema jurídico que prestigia a liberdade, a ação dos associados da impetrante era, no mínimo, tolerada pela sociedade.

Como se observa na Lei nº 14.223/06, constatada infração às disposições administrativas e utilizado irregularmente o imóvel, será punido o seu proprietário e o seu possuidor¹¹, o que mais uma vez demonstra que o instrumento normativo tem por finalidade condicionar o uso da paisagem urbana.

E, se assim o é, o ato administrativo de deferimento de eventuais autorizações é precário, porque inscrito no âmbito da liberalidade da Administração Pública.

Ensinam-nos as lições do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles:

“Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a re-

¹⁰ In Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Malheiros. 24ª ed. São Paulo. 1999

¹¹ Lei Municipal nº 14.223/06 - Seção III - Dos responsáveis pelo anúncio

Art. 32. Para efeitos desta lei, são solidariamente responsáveis pelo anúncio o proprietário e o possuidor do imóvel onde o anúncio estiver instalado.

alização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares e públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc. Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão, em que, satisfeitas as exigências legais, fica a Administração obrigada a licenciar ou admitir.

Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou continuidade da autorização, daí porque a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma.”(grifou-se)

Por essas razões, os anúncios eventualmente regulares, deverão ser removidos pelos próprios interessados até 31/12/1006, sob pena de remoção coercitiva por parte da Administração Pública. Nesse sentido, anexamos a manifestação da Secretaria dos Negócios Jurídicos de São Paulo (doc.08).

Ainda que assim não fosse, nenhuma autorização foi deferida com base na revogada Lei Municipal nº 13.525/03, conforme se observa do Comunicado da Secretaria Municipal de Habitação publicado no dia 24/10/2006, no Diário Oficial da Cidade (doc.09).

Nesse mesmo Comunicado, encontra-se a relação de todas as autorizações deferidas e existentes no Município de São Paulo com base na Lei Municipal nº 12.115/96 - que por expressa disposição legal da Lei nº 13.525/03 teve garantida sua aplicação aos interessados que haviam protocolado o pedido.

Assim, não há pertinência em relacionar a matéria ora em debate com o tema dos direitos subjetivos, pois a norma diz respeito à regulação do uso, da utilização, de bem de uso comum povo e, indiretamente, sua intersecção com a propriedade privada.

A publicidade exterior utiliza-se da paisagem como veículo para sua finalidade. A regulamentação deste bem público não afeta os direitos subjetivos de quem quer que seja, mesmo porque não foi conferido qualquer prazo para o referido uso. Equipara-se o tratamento àquele conferido às permissões de uso de mesas e cadeiras nas calçadas.

Não há, também, valores e normas em conflito a justificar a alegada desproporcionalidade da Administração.

Como esclarece Luís Virgílio Afonso da Silva:

“Como remate desta introdução, um conceito preliminar de proporcionalidade, a ser enriquecido com a análise que se segue, a regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais –, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. esses três exames são, por isso, como sub-regras da regra da proporcionalidade.” e completa na nota número dois do texto em transcrição: “Há casos de aplicação da regra da proporcionalidade que não são englobados por esse conceito, como aqueles no âmbito do direito administrativo. (...)” (in “O proporcional e o razoável”, RT, ano 91, volume 798, abril de 2002, pág. 24).

E, ainda que houvesse, prefere-se à preservação do meio ambiente, que beneficia a todos, sem exceções (art. 225, CF).

Da legitimidade da lei

Além de todo o exposto, e independentemente das justificativas apresentadas pelo legislador, a partir do momento em que as normas jurídicas passam a vigorar em determinado sistema, o significado e os consequentes efeitos da lei existem por si mesmos.

Não se deve confundir o legislador real (aquele que propõe a norma), o legislador normativo (ao conforme o ordenamento) e o legislador racional (técnica dogmática intermediária, enfoque competente que confere sentido à norma em face da realidade)¹².

¹² Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação*, Ed. Atlas, 2ª ed., 1995, 263/281).

Se a objeção que se faz pode produzir outros efeitos e consequências em outra seara do direito, isso não invalida a lei por desvio de finalidade ou omissão do poder.

Ademais, os atos normativos são presumidamente constitucionais, sendo excepcional a sua inconstitucionalidade, tendo em vista a elaboração e a sanção serem de competência de dois Poderes Constituídos.

“...conforme ensinamento de Paulo Brossard, 'segundo axioma incontroverso, a lei se presume constitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo poder legislativo e sancionada pelo poder executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o judiciário.'” (in Alexandre de Moraes. Direito Constitucional – 12ª ed. , p.618/619)

Em razão disso, a regra é a constitucionalidade da lei que leva ao entendimento de que, na dúvida, deve prevalecer o princípio da presunção de constitucionalidade, pois a discordância entre a Constituição e a lei deve ser absolutamente clara.

“STF – 'No sistema de controle difuso de constitucionalidade de ato normativo vigora indiscutivelmente o princípio da presunção da constitucionalidade do ato normativo impugnado como inconstitucional, princípio esse que as nossas Constituições têm consagrado com a regra de que a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais só pode ser feita com o voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do receptivo órgão especial (nesse sentido, ainda agora, o art. 97 da Constituição)’ (voto do Ministro-relator Moreira Alves, in STF – Pleno – Adin nº 97-7/RO – Questão de ordem –Repertório IOB de Jurisprudência, nº 10/90 – p.144-147)13

Para finalizar, permite-se analisar a edição da lei em comento sob outro aspecto. Ao invés de verificar quem eventualmente perde com a Lei Municipal nº 14.223/06, **pergunta-se, Excelência: quem certamente ganha com a nova legislação?** A resposta é bastante simples. São os **mais de 11 milhões de habitantes paulistanos** que diariamente são bombardeados compulsoriamente pelo excesso de informação e obrigados a conviver com caos de uma grande metrópole, enfrentando trânsito, barulho,

13 In Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional* – 3ª edição – p.1339.

poluição do ar, filas etc e que finalmente poderão descobrir a beleza de viver em uma "Cidade Limpa".

Ante o exposto, requerem e aguardam o acolhimento das preliminares e a extinção do feito sem julgamento do mérito, e caso não seja esse o entendimento de Vossa Excelência, demonstrada a ausência de qualquer direito líquido e certo, requerem o indeferimento da liminar e a denegação da ordem, condenando-se o impetrante ao ônus da sucumbência.

Nesses termos,

Pedem deferimento.

São Paulo, 10 de novembro de 2006.

Recurso Especial Interposto na Ação Possessória Ajuizada pela MSP em Face da União Federal

Dra Rachel Mendes Freire de Oliveira

Departamento Patrimonial

Procuradora do Município – PATR. 2 - OAB/SP nº 196.348

RESUMO: Recurso Especial. Campo de Marte.

Área mantida sob a posse do Município de São Paulo desde tempos imemoriais, caracterizada como terra devoluta, de propriedade municipal. Invasão, por meio de bombardeamento, pela União Federal durante a Revolução Constitucionalista de 1932. Ação possessória. Pedido julgado improcedente, sob dois fundamentos. Primeiro, de que não houve esbulho possessório, mas ato de guerra, necessário à defesa da segurança nacional. Segundo, de que o imóvel é de propriedade da União, por não constituir terra devoluta, mas sim próprio nacional, oriundo do confisco pela Coroa Portuguesa dos bens que pertenciam à Companhia de Jesus, no século XVIII.

Recurso especial, primeiro por violação dos artigos do Código Civil, que prevêm a proteção da posse, já que o bombardeamento do Campo de Marte é inequívoco ato de força, constituindo esbulho possessório. Segundo, por violação do artigo 3º da Lei de Terras (Lei nº 601/1850), já que o imóvel em questão constitui terra devoluta, conforme definição deste artigo. Também foi alegada violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, por não ter havido menção expressa de dispositivos legais, apesar da oposição de embargos de declaração.

Recurso especial recebido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, aguardando julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça.

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA DESEMBARGADORA FEDERAL PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

Autos n.º 95.03.039443-0

Embargos de Declaração – Segunda Turma

Recorrente: Municipalidade de São Paulo

Recorrida: União Federal

Origem: Autos nº 682780 – 17ª Vara Cível Federal de São Paulo / Capital

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por sua procuradora infra-assinada, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência interpor o presente

RECURSO ESPECIAL,

com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, pelas razões em anexo, requerendo seja regularmente processado e remetido ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, para julgamento.

Nestes termos,

Pede deferimento.

São Paulo, 16 de agosto de 2006.

RACHEL MENDES FREIRE DE OLIVEIRA

Procuradora do Município – PATR. 2

OAB/SP nº 196.348

A tese da União, também objeto de minudentes referências no relatório, tem como condição para seu acolhimento a alvitrada propriedade da Companhia de Jesus e pertinente análise jurídica.

Se devolutas as terras passaram ao domínio do Estado pela Constituição de 1892 e ao Município pelos atos referidos na inicial, se pertencentes aos jesuítas as terras foram confiscadas e nesta qualidade passaram ao domínio da União, se como devolutas não se conceituando permanecendo no domínio nacional, estes os raciocínios que ora se esboçam (...)

Se há confirmação da caracterização e limite da área entre as que pertenceram, por doação de particulares, aos jesuítas, cujos bens foram confiscados pela Coroa, a questão que remanesce é a do enquadramento ou não como terras devolutas.

A área de terras objeto de litígio não se inseria na vasta extensão territorial inaproveitada que só indeterminadamente se configurava por exclusão das terras de domínio particular. Fora a gleba objeto de transmissões a particulares, destes para os jesuítas e seguiu-se o confisco para a Coroa Real, nessa cadeia de transmissões desde a primeira apresentando caracteres de positiva determinação que lhe retirava o caráter de terras devolutas.

Não parece ser outro o significado da Lei nº 601/1850.

(...)

O invocado parágrafo primeiro¹ não pode ser interpretado qual elo desprendido da corrente, quando se compõe uma estrutura complexa operando com vários preceitos subordinantes objetivados na totalidade do artigo de lei, e um destes preceitos é o de falta de transferência aos particulares por meio de sesmarias ou outras concessões.

(...) o conceito de terras devolutas não se exaure no de terras públicas vagas, por outro lado também não se resolve pelo significado lingüístico de 'devolução', nos termos da lei (art. 8º) só as terras devolvidas à Coroa portuguesa por caídos em comisso os possuidores correspondendo ao sentido etimológico do modelo jurídico, o elemento de retorno ao patrimônio nacional por motivado no confisco não tendo, destarte, semelhante alcance jurídico, e não outorgando ao Campo de Marte a natureza de terras devolutas."

¹ Parágrafo primeiro do artigo 3º da Lei nº 601/1850.

gura “retomada, que se verificou por motivos os mais relevantes, envolvendo interesses de crucial valor para os mais altos desígnios da nacionalidade”.

O MM. Juízo de primeira instância considerou ainda que os títulos de propriedade apresentados pela União Federal eram melhores do que os apresentados pela Municipalidade de São Paulo, por entender que os bens confiscados dos jesuítas – dentre os quais se incluiria o “Campo de Marte” – constituíam próprios nacionais e que, como tais, nunca foram terras devolutas e nunca passaram ao domínio do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo.

A Municipalidade de São Paulo apelou da r. sentença. O E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento à apelação e deu parcial provimento ao reexame necessário, apenas para diminuir os honorários devidos pela Municipalidade de São Paulo.

O v. acórdão ora recorrido fundamentou seu entendimento em argumentos semelhantes aos utilizados pela r. sentença de primeiro grau. Em primeiro lugar, de acordo com o v. acórdão, a retomada do Campo de Marte não configurou esbulho possessório e não transformou a posse subsequente em posse injusta, pois se tratou de ato de guerra, necessário para consolidar o regime da época. Em segundo lugar, a propriedade da área seria da União Federal, pois os bens confiscados dos jesuítas pela Coroa Portuguesa constituiriam próprios reais, depois próprios nacionais, não se encaixando na definição de terras devolutas. São de se ressaltar os seguintes trechos do v. acórdão:

“O ‘Campo de Marte’ foi objeto de apossamento da União no interior do processo de efetivação no meio social da ordem jurídica promulgada com a Constituição de 1930.

(...)

Desejável ou não, boa ou não, justa ou injusta, era uma ordem constitucional que se implantava e se o ‘Campo de Marte’ foi ocupado enquanto providência exigida pela instauração da nova ordem o que a teoria do Direito diz dos fatos é que não se conceituam como esbulho possessório.

(...)

Que a Municipalidade detivera a posse é uma verdade devidamente estabelecida (...)

A tese sustentada pela Municipalidade como já exposta com detalhes no relatório depende, para sua aceitação, do reconhecimento do enquadramento do imóvel como terras devolutas.

Em 1912, o Município cedeu graciosamente o uso da área para o Estado de São Paulo, que utilizou-a para exercícios do seu Corpo de Cavalaria e, posteriormente, para instalação de incipiente força aérea estadual.

Ocorre que, com a Revolução de 1930, que derrubou a República Velha, a área foi tomada por um Regimento de Aviação Militar do Exército Nacional. E, com a Revolução Constitucionalista de 1932, durante a qual a unidade ali estabelecida tomou partido de São Paulo, o Campo de Marte foi bombardeado pelas tropas federais e definitivamente apossado pela União Federal, em verdadeiro ato de guerra, de violência inquestionável. O Município de São Paulo sempre esteve em tratativas com o Governo Federal com o fim de retomar a área de sua propriedade, mas esse objetivo nunca se concretizou, até mesmo em função do regime ditatorial que acabou por se instalar no Brasil naquela época.

Por essa razão, só em 1958, durante um dos curtos espaços de tempo de governo democrático no Brasil daquela época, foi ajuizada ação pela Municipalidade de São Paulo contra a União Federal.

Em contestação, a União afirmou que a área sempre foi de sua propriedade, ainda que não estivesse em sua posse. Alegou que a área fazia parte de sesmaria concedida aos jesuítas e que foi incorporada ao patrimônio da Coroa Real Portuguesa, por meio de Alvará Real de 1761, que confiscou todos os bens da Companhia de Jesus, tornando-os próprios reais. Afirma que, por isso, não se enquadrava na definição de terras devolutas e que, portanto, nunca passou à propriedade do Estado ou do Município com essa qualidade. Afirmou que se tratava de próprio nacional e, para afastar a determinação da Constituição de 1891 de que os próprios nacionais também passaram ao domínio do Estado, caso não estivessem a serviço da União, afirmou que esta transferência não era automática.

A União argumentou, por fim, que a posse do Município era precária e o "Campo de Marte" foi retomado por sua legítima proprietária em 1930.

Sobreveio sentença, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, por entender que a ocupação do "Campo de Marte" não configurou esbulho possessório, mas sim ação derivada do poder de império da União, com o fim de defender a segurança nacional contra a Revolução Constitucionalista de 1932, que o MM. Juízo *a quo* classificou como um movimento segregacionista, que colidia com os "mais elevados anseios da nação brasileira". A r. sentença considerou, então, que a posse não podia ser considerada injusta, pois confi-

RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL

Recorrente: Municipalidade de São Paulo

Recorrida: União Federal

Egrégio Tribunal,

Colenda Turma.

I – BREVE RELATO DO PROCESSADO

Trata-se de ação possessória ajuizada pela Municipalidade de São Paulo contra a União Federal, há quase cinqüenta anos, com o objetivo de ser reintegrada na posse da área conhecida como "Campo de Marte", melhor descrita na petição inicial. Foi feito pedido alternativo de indenização pelo valor atualizado da área, no caso de ser considerada impossível a sua retomada. Além destes pedidos alternativos, requereu-se ainda indenização pelo período de ocupação indevida do bem municipal, desde que a União dele se apossou, em 1930.

O "Campo de Marte" esteve na posse da Municipalidade de São Paulo desde tempos imemoriais. Como foi demonstrado na petição inicial, trata-se de terra devoluta, nos termos da Lei nº 601/1850. Como todas as terras devolutas, passou do domínio da União Federal ao domínio do correspondente Estado, nesse caso o Estado de São Paulo, com a Constituição de 1891 (artigo 64), que excepcionou apenas aquelas terras devolutas indispensáveis para defesa de fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais, que permaneceram no patrimônio da União Federal.

O Estado de São Paulo, por sua vez, através de leis estaduais de organização municipal, transferiu ao Município de São Paulo todas as terras devolutas que se encontravam dentro do raio de seis quilômetros a contar da Praça da Sé, perímetro este que abrange a área do Campo de Marte. Posteriormente, este perímetro foi aumentado. Foi feita ainda demarcação destas áreas devolutas pelo Engenheiro José Scutari, a mando da Municipalidade de São Paulo, entre 1895 e 1896, demarcação esta que incluiu a área hoje conhecida como "Campo de Marte". Mesmo antes disso, porém, a área já se encontrava na posse do Município de São Paulo, antiga Villa de Piratininga, desde o século XVII.

Com o fim de prequestionamento, a Municipalidade, ora recorrente, opôs embargos de declaração ao v. acórdão, para que fossem expressamente mencionados os dispositivos de lei federal e da Constituição Federal de 1930, cujos conteúdos foram discutidos no v. acórdão. Os embargos foram rejeitados, por ter o Exmo. Desembargador Federal Relator entendido que não havia falhas no v. acórdão.

II – CABIMENTO DO PRESENTE RECURSO

O presente recurso deve ser conhecido, uma vez que em atenção ao entendimento Sumulado por essa E. Corte², as matérias federais foram amplamente discutidas nas instâncias inferiores.

São três as matérias federais prequestionadas, a respeito das quais requer a Municipalidade a apreciação por esse Egrégio Superior Tribunal de Justiça: a) a violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, por falta de menção dos dispositivos legais alegados e apreciados; b) a violação aos artigos do Código Civil que disciplinam a matéria possessória (**artigos 489, 497, 499, 503, 504 e 505 do Código Civil anterior, 1.200, 1.208, 1.210, 1.211, e 1.212 do Código Civil atual**); c) violação ao artigo 3º da Lei nº 601/1850. Demonstrar-se-á nos itens seguintes o prequestionamento dessas matérias e a sua repercussão no deslinde da causa.

1. A Violação ao Artigo 535 do Código de Processo Civil: a Falta de Menção aos Dispositivos Alegados e Apreciados

A presente ação é uma ação possessória, baseada nos artigos do Código Civil que dizem respeito ao esbulho possessório. É de se destacar em especial os artigos que definem o esbulho possessório, bem como o antigo artigo 505 do Código Civil e sua versão atual, o artigo 1210, § 2º, de acordo com o qual a ação possessória não pode ser decidida tendo em vista arguições de propriedade. Durante toda a ação estes dispositivos constituíram a base legal das arguições municipais. Estas questões também foram examinadas na sentença e no v. acórdão recorrido. No entanto,

² Súmula 262 – “É inadmissível o recurso extraordinário quando não verificada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.
Súmula 336 – “O ponto omissão da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar requisito do prequestionamento”.

o v. Acórdão não se pronunciou expressamente a respeito destes artigos, embora tenha, de uma forma ou de outra, apreciado as matérias reguladas por estes dispositivos, especialmente ao entender que não se configurava o esbulho possessório ou a posse violenta, ou ao julgar a demanda explicitamente com base em questão de domínio.

Visando sanar a omissão, especialmente com vistas ao prequestionamento da matéria, como foi expressamente destacado no recurso, a Municipalidade opôs embargos de declaração, pleiteando a apreciação das questões relativas à aplicação de tais dispositivos. No entanto, os embargos foram rejeitados.

A apreciação das questões relativas a tais dispositivos é fundamental para o deslinde do presente caso. Com efeito, a decisão recorrida feriu os referidos artigos, ao estabelecer que a tomada forçada do "Campo de Marte" não configurou esbulho possessório e que a posse daí decorrente não é injusta. Estes artigos também foram feridos pelo v. acórdão, quando este decidiu a questão com base em alegações de propriedade da União, apesar de ter expressamente reconhecido a inequívoca posse anterior do Município de São Paulo, sem dúvida de boa fé.

Assim já se decidiu:

"A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados, mesmo que o seja em embargos declaratórios, sendo insuficiente a simples afirmação de inexistir omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada. Em sede de apelo especial, indispensável o prequestionamento dos temas controvertidos no recurso, pelo que lícita a interposição de embargos de declaração com tal finalidade. O tribunal, ao negar a manifestação sobre teses de direito, obstaculiza a abertura da via especial, tomando necessária a anulação do acórdão para que o colegiado enfrente a matéria, tendo em vista que não suprída a exigência de prequestionamento".³

A matéria referente à aplicação de tais dispositivos não poderia, assim, ter sido ignorada pela r. decisão recorrida. Ao proceder dessa forma, o V. Acórdão incorreu em omissão e, conseqüentemente, em infração ao

³ RSTJ 85/274, *apud* Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 34.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1929, nota 2 ao art. 255 do Regimento do Superior Tribunal de Justiça.

artigo 535 do Código de Processo Civil. Essa violação é uma das matérias que a Municipalidade pretende ver examinada no presente recurso.

2. A Violação dos Dispositivos do Código Civil que Tratam da Posse

Os dispositivos do Código Civil que tratam da matéria possessória (artigos 489, 497, 499, 503, 504 e 505 do Código Civil anterior, 1.200, 1.208, 1.210, 1.211, e 1.212 do Código Civil atual) foram violados pelo v. acórdão recorrido. A matéria por eles tratada foi apreciada pelo v. acórdão, embora não tenha havido menção expressa a dispositivos de lei, o que restou devidamente impugnado pela Municipalidade, inclusive em sede de embargos de declaração.

Os artigos citados tratam da definição de esbulho possessório, de posse injusta, e prevêm em favor do possuidor a garantia de ser reintegrado na posse tomada violentamente, além de indenizado pelos danos sofridos. Determinam ainda que a alegação de propriedade, por parte de quem praticou o esbulho, não impede a reintegração na posse.

No entanto, o V. Acórdão, apesar de reconhecer expressamente a posse anterior de boa fé da Municipalidade sobre o bem em questão, negou a reintegração de posse por entender que o ato de ocupação do bem, apesar de violento, não gerava posse injusta da União. Isso porque considerou a União, equivocadamente, como proprietária do bem, e porque entendeu que se tratava de ato que fugia ao alcance da lei, por se tratar de ato de império da União Federal.

Há, portanto, a seguinte questão federal, que se pretende ver apreciada: como é possível excluir a União do dever legal de respeitar a propriedade e a posse alheia, negando tanto o direito de reintegração de posse da entidade prejudicada, quanto o direito à indenização? E não há que se falar em situação de exceção, pois, ainda que se considerasse a União isenta de respeitar a lei em momento de revolução, esta revolução se encerrou há mais de setenta anos e a União não voltou a respeitar a posse alheia. Tal situação não se coaduna com o Estado de Direito, pois a posse decorrente de violência é sempre injusta, ainda que houvesse dúvidas sobre a propriedade, que, diga-se de passagem, não se sustentam. É essa a primeira questão federal que a Municipalidade pretende seja apreciada por meio do presente recurso.

A segunda questão refere-se a estes mesmos artigos, mais especificamente o artigo 1210, parágrafo segundo, do atual Código Civil e é a

seguinte: pode uma ação possessória ser julgada tendo em vista exclusivamente a questão do domínio? Uma vez decidida a questão em favor da Municipalidade, será de rigor a procedência integral dos pedidos da inicial.

O presente recurso, portanto, funda-se também nessa questão federal, correspondente à falta de aplicação ao caso dos artigos 489, 497, 499, 503, 504 e 505 do Código Civil anterior, reproduzidos pelos artigos 1.200, 1.208, 1.210, 1.211, e 1.212 do Código Civil atual. É manifesta, portanto, a admissibilidade do presente recurso especial, nos termos do artigo 105, inciso III, "a", da Constituição da República.

3. A Violação ao Artigo 3º da Lei de Terras, Lei nº 601/1850: Falha na Definição de Terras Devolutas

O artigo 3º da Lei de Terras, Lei nº 601/1850, foi violado pelo v. acórdão recorrido, que adotou conceito de terras devolutas que não está de acordo com aquele previsto pelo referido dispositivo legal. A matéria por ele tratada foi apreciada pelo v. acórdão, que se referiu expressamente ao artigo 3º da Lei nº 601/1850, chegando a reproduzi-lo.

O artigo citado trata da definição de terras devolutas, que foi feita por eliminação: era terra devoluta todo bem imóvel que, à época da edição da lei, não estivesse sob a posse de particular com título legítimo, nem estivesse a serviço de algum uso público nacional, provincial ou municipal. O v. acórdão considerou que o "Campo de Marte" não é terra devoluta, apesar do reconhecimento de que este imóvel, à época da edição da referida lei, não estava sob a posse de particular, nem se encontrava a serviço de nenhum uso público, seja nacional, provincial ou municipal. O v. acórdão acrescentou outra condicionante negativa ao conceito de terra devoluta: os chamados próprios nacionais, ainda que não estivessem a serviço de uma finalidade pública, não poderiam ser considerados terras devolutas. Ora, trata-se de entendimento claramente contrário ao dispositivo legal em questão, tomando o conceito de terras devolutas mais estreito do que o determinado pela lei.

Há, portanto, a seguinte questão federal, que se pretende ver apreciada: a Lei de Terras exclui do conceito de terras devolutas os chamados "próprios nacionais", se eles não estavam a serviço de alguma utilidade pública? Uma vez decidida a questão em favor da Municipalidade, será de rigor a procedência integral dos pedidos da inicial, porque, como diz o v. acórdão recorrido: "*Se devolutas as terras passaram ao domínio do Estado pela Constituição de 1892 e ao Município pelos atos referidos na inicial*".

O presente recurso, portanto, funda-se também nessa questão federal, correspondente à violação do artigo 3º da Lei nº 601/1850.

Diante do longo tempo decorrido desde a edição da Lei nº 601/1850, porém, faz-se necessário lembrar que se trata de lei ainda em vigor, que não foi revogada, expressa ou tacitamente, por nenhuma outra lei no que se refere à definição do conceito de terras devolutas. E, apesar de ser tecnicamente uma lei imperial, a Lei de Terras encaixa-se no conceito de lei federal, para os fins do artigo 105, III, "a" da Constituição Federal. Isto porque a lei em questão é uma lei nacional, que se aplica a todo o território nacional, em oposição às leis locais que foram sendo editadas com o tempo. Ademais, tal lei, assim como o Código Comercial, que entrou em vigor no mesmo ano de 1850, foi sendo recebida pelas Constituições republicanas subseqüentes como verdadeira lei federal.

É manifesta, portanto, a admissibilidade do presente recurso especial, nos termos do artigo 105, inciso III, "a", da Constituição da República.

III – RAZÕES PARA A PROCEDÊNCIA DO PRESENTE RECURSO

1. A Negativa de Vigência ao Artigo 535 do Código de Processo Civil

Antes de tudo, pede a Municipalidade vênias para remeter-se ao item II, 1, do presente arrazoado, que se refere à necessidade de que o V. Acórdão seja anulado, para que o Tribunal *a quo* se manifeste a respeito das questões sobre as quais se omitiu.

Com efeito, as decisões judiciais devem ser motivadas, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e do artigo 458, inciso II, do Código de Processo Civil. Não tendo havido a apreciação das questões apresentadas, conforme já demonstrado, e como era necessário, mostra-se imperioso o provimento do presente recurso, para anular-se o V. Acórdão recorrido.

2. A Configuração do Esbulho Possessório

Antes de tudo, a Municipalidade novamente pede vênias para remeter-se ao item II, 2, do presente arrazoado, que se refere à necessidade de que o V. Acórdão seja revisto, para que seja reconhecido o esbulho possessório praticado pela União Federal e, conseqüentemente, seja dado provimento aos

pedidos da Municipalidade de São Paulo de retomada da área, com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida, ou, alternativamente, pagamento de indenização no valor atualizado do imóvel, igualmente com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida.

É de se estabelecer a questão fática, em primeiro lugar. É inegável que a Municipalidade exercia a posse do "Campo de Marte" até 1930, desde tempos imemoriais. Para tanto, há sólida e incontestável prova documental e mesmo admissão da parte contrária, que tenta apenas descaracterizar a posse como detenção precária, em razão da alegação de domínio federal.

É igualmente inegável que a União Federal tomou o "Campo de Marte" em operação bélica durante a Revolução Constitucionalista de 1932. Em 1930, havia passado a controlar o campo de aviação lá instalado, mas foi a operação de guerra de 1932 que configurou o ânimo definitivo com que a União se apossou desta área. A operação bélica se deu por meio de bombardeio, em atitude por definição violenta. E, como posse violenta, é eternamente injusta, impossível de convalidação, sem quaisquer condições de impedir a legítima reintegração da posse de boa fé da Municipalidade de São Paulo.

Trata-se de inequívoco esbulho possessório, ao contrário do que foi estabelecido pelo v. acórdão recorrido. O v. acórdão considerou que "O 'Campo de Marte' foi objeto de apossamento da União no interior do processo de efetivação no meio social da ordem jurídica promulgada com a Constituição de 1930. (...) Desejável ou não, boa ou não, justa ou injusta, era uma ordem constitucional que se implantava e se o 'Campo de Marte' foi ocupado enquanto providência exigida pela instauração de nova ordem o que a teoria do Direito diz dos fatos é que não se conceituam como esbulho possessório."

Vale destacar que a Municipalidade não tem conhecimento de que haja qualquer Constituição Federal datada de 1930. De fato, é notório que a Revolução Constitucionalista de 1932 tinha justamente esse objetivo: que o Governo Federal se dignasse a promover a promulgação de uma Constituição para substituir a de 1891, que havia regido a República Velha. De fato, vale ressaltar, a despeito de qualquer argumento jurídico, que é surpreendente o desrespeito à Revolução Constitucionalista de 1932 expresso nestes autos. Uma pessoa, sem conhecimento algum de História Brasileira, ficaria com a impressão de que se tratou de um movimento separatista ilegítimo, que pretendia lançar o país em uma guerra fratricida com o único objetivo de afrontar o Governo central e conseguir a separação do Estado de São

Paulo, movimento este debelado pela intervenção legítima e racional do Governo Federal. E esta concepção não se harmonia com o objetivo essencial da Revolução Constitucionalista, que era justamente o de forçar o Governo Federal a cumprir promessas da Revolução de 1930 e entregar uma nova Constituição ao país, que confirmaria sua condição de Estado de Direito.

Assim, pelas razões jurídicas acima, dizer que é legítimo o ato que tomou o Campo de Marte pois se tratava de ato de defesa da ordem constitucional vigente é um argumento insustentável, até porque a Constituição de 1930, mencionada pelo v. acórdão recorrido, simplesmente nunca existiu.

Trata-se de um momento excepcional da história do ordenamento jurídico brasileiro: não havia Constituição formal vigente. Mas o Código Civil estava em vigor, sem qualquer exceção que permitisse à União Federal desrespeitar a posse e a propriedade alheias, incluindo a propriedade e a posse de outras pessoas de direito público. É compreensível que esta violação não pudesse ser alegada pelo Município à época, até porque o regime ditatorial tornaria impossível ao Poder Judiciário de então reconhecer a violência desta ação. Mas no Estado de Direito atual, não se justifica o posicionamento do v. acórdão, que, na verdade, corrobora ato de força praticado por Governo totalitário contra movimento popular que visava o retorno do país ao Estado de Direito.

Há ainda uma segunda falha que torna insustentável o posicionamento adotado pelo v. acórdão. Ainda que, por um exercício de raciocínio muito pouco apropriado a um Estado democrático, fosse considerada legítima a ação da União Federal de se apossar de bem público municipal como presa de guerra, esta ocupação deveria ter cessado imediatamente após o fim dos combates. Muito ao contrário, a União Federal persistiu na posse injusta e violenta do "Campo de Marte", negando à Municipalidade de São Paulo a reintegração na posse do bem, que era essencial para o planejamento urbanístico daquela parte da cidade, a qual se viu privada de áreas verdes e outros melhoramentos que a Municipalidade de São Paulo pretendia instalar na área.

Assim, é evidente que o v. acórdão violou todos os dispositivos do Código Civil, tanto o antigo quanto o atual, que prevêm a proteção da posse de boa fé, por meio de sua reintegração quando ocorre esbulho derivado de ato de violência, bem como aqueles que prevêm a indenização pelos prejuízos sofridos em razão da ocupação injusta.

Sendo assim, a Municipalidade de São Paulo requer seja reconhecida a violação destes artigos, com a reforma do v. acórdão recorrido, para

que sejam julgados procedentes os pedidos formulados pela Municipalidade de São Paulo em sua petição inicial, quais sejam, de retomada da área, com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida, ou, alternativamente, pagamento de indenização no valor atualizado do imóvel, igualmente com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida.

3. Decisão de Lide Possessória com Base em Aspectos Exclusivamente Dominiais

O Código Civil atual, reproduzindo parcialmente o artigo 505 do Código Civil anterior, expressamente prescreve:

"Artigo 1.210

(...)

§ 2º - Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa".

O v. acórdão recorrido expressamente decidiu a lide com base em aspectos de cunho apenas dominial. Toda a fundamentação do v. acórdão – aparte a questão acima impugnada, da não configuração de esbulho – está na conclusão (equivocada, como se verá a seguir) de que a União Federal era detentora da propriedade do Campo de Marte e retomou a sua posse legítima "sem querer" por meio de um ato de força. Nas palavras do v. acórdão: *"A União terá, sem o saber, recuperado algo que lhe pertencia."*

Ora, ainda que, por amor ao argumento, se admitisse que a União realmente era proprietária da área do "Campo de Marte" antes de tomá-la por meio de esbulho possessório violento, a ordem jurídica atual não admite que esta discussão seja travada em sede de ação possessória. O Código Civil anterior ainda previa, em seu artigo 505, uma exceção a esta regra, mas o Código atual é taxativo ao proibir a discussão do domínio em ações possessórias e é este o dispositivo que foi violado pelo v. acórdão recorrido, decisão proferida já em plena vigência do novo Código Civil.

As únicas discussões válidas são as seguintes: A Municipalidade de São Paulo estava na posse de boa fé, mansa e pacífica do imóvel em questão? Houve esbulho possessório violento por parte da União Federal?

A resposta às duas questões é sim, inegavelmente, de acordo com os fatos provados e expressamente declarados na r. sentença de primeiro grau e no v. acórdão ora recorrido.

Sendo assim, a Municipalidade de São Paulo requer seja reconhecida a violação ao artigo 1210, § 2º, do Código Civil, com a reforma do v. acórdão recorrido, para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados pela Municipalidade em sua petição inicial, quais sejam, de retomada da área, com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida, ou, alternativamente, pagamento de indenização no valor atualizado do imóvel, igualmente com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida.

4. O Conceito de Terras Devolutas

Antes de tudo, a Municipalidade novamente pede vênias para remeter-se ao item II, 3, do presente arrazoado, que se refere à necessidade de que o V. Acórdão seja revisto, para que seja reconhecida a propriedade da Municipalidade de São Paulo sobre o "Campo de Marte", que era terra devoluta, nos termos da Lei de Terras e, conseqüentemente, seja dado provimento aos pedidos da Municipalidade de São Paulo de retomada da área, com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida, ou, alternativamente, pagamento de indenização no valor atualizado do imóvel, igualmente com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida.

Foi a Lei nº 601/1850 que estabeleceu o conceito definitivo de terras devolutas, em seu artigo 3º:

"Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei."

As terras devolutas foram definidas, portanto, por meio de exclusão: eram aquelas que 1) não estavam sob a posse de particulares que tivessem algum dos títulos legítimos indicadas nos §§ 2º a 4º; 2) não estivessem applicadas a qualquer uso público, fosse nacional, provincial ou municipal, como determinado no § 1º.

Com exceção destas duas hipóteses, todos os demais imóveis do país constituíam as chamadas "terras devolutas", que, àquela altura, eram de propriedade do Governo Imperial.

O v. acórdão recorrido cria uma terceira hipótese de exclusão, ao entender que os chamados "próprios nacionais" não fariam parte do conceito de "terras devolutas". Os ditos "próprios nacionais", no caso concreto, seriam os bens da Companhia de Jesus confiscados pela Coroa Portuguesa. Para apoiar a conclusão de que os "próprios nacionais" em questão não seriam terras devolutas, o v. acórdão recorrido apresenta dois argumentos. Em primeiro lugar, afirma que *"nos termos da lei (art. 8º) só as terras devolvidas à Coroa portuguesa por caídos em comisso os possuidores correspondendo ao sentido etimológico do modelo jurídico, o elemento de retorno ao patrimônio nacional por motivado no confisco não tendo, destarte, semelhante alcance jurídico, e não outorgando ao Campo de Marte a natureza de terras devolutas"*. Ou seja, só seriam devolutas as terras que, concedidas a particulares por meio de sesmarias, voltam ao patrimônio público por terem sido "devolvidas" em razão do comisso, do descumprimento dos termos da concessão de sesmaria. A tomada, por meio de confisco, afastaria o conceito de terras devolutas.

Em segundo lugar, o v. acórdão recorrido assevera que *"A área de terras objeto de litígio não se inseria na vasta extensão territorial inaproveitada que só indeterminadamente se configurava por exclusão das terras de domínio particular. Fora a gleba objeto de transmissões a particulares, destes para os jesuítas e seguiu-se o confisco para a Coroa Real, nessa cadeia de transmissões desde a primeira apresentando caracteres de positiva determinação que lhe retirava o caráter de terras devolutas"*. Ou seja, em uma possível interpretação equivocada do § 2º do artigo 3º, acima reproduzido, o v. acórdão entendeu que, por um dia ter sido a área em questão objeto de sesmaria, não poderia ter sido considerada devoluta.

O posicionamento do v. acórdão recorrido, no entanto, embora tenha ido buscar inspiração em aspectos históricos e lingüísticos, simplesmente não está de acordo com a definição legal, que é concisa e direta, simples mesmo. As terras devolutas eram a regra absoluta entre os terrenos que constituíam o território brasileiro. Só não eram terras devolutas os imóveis que atendessem a uma de duas condições: 1) ser ocupado, no momento da edição da lei, por particular, em posse fundada em títulos legítimos, arrolados pela lei; 2) estar a serviço de algum uso público, fosse este nacional, provincial ou municipal.

Sendo assim, havia, é claro, bens públicos que não eram terras devolutas: trata-se dos bens que estavam a serviço de algum uso público. Em linguagem moderna, seriam os bens de uso comum do povo e de uso especial. Fora estes, todos os bens públicos eram terras devolutas. Tendo em vista os termos da legislação então vigente, esta categoria de “próprios nacionais” não era um *tertium genus*. Ou designava a totalidade dos bens públicos ou era a designação doutrinária dada àqueles bens a serviço de algum uso público, que foram excluídos do conceito de terras devolutas. Não há fundamento legal para a idéia de que seria uma terceira categoria de bens públicos.

Resumindo, o primeiro argumento no qual se fundamenta o posicionamento do v. acórdão recorrido não se sustenta por não ter base legal. Embora a origem etimológica do termo “terras devolutas” seja realmente a apontada pelo v. acórdão – as terras concedidas em sesmaria a particulares que caíam em comisso e eram “devolvidas” ao domínio público – a Lei de Terras acolheu conceito legal de “terras devolutas” que vai além desta origem lingüística, englobando toda e qualquer terra, no território brasileiro, que, no momento da edição da lei, 1) não estava sob a posse de particulares que tivessem algum dos títulos legítimos indicados pela própria lei ou; 2) não estava aplicada a algum uso público, fosse nacional, provincial ou municipal.

Também o segundo argumento apresentado não encontra respaldo legal. O fato de que, um dia, aquela área foi objeto de uma sesmaria concedida à Companhia de Jesus não impede que ela seja caracterizada como terra devoluta. O que importava, para a Lei de Terras, era a situação no momento de sua edição: só não era devoluta a terra que, no momento da edição da lei, estava sob a posse de particulares, em razão de sesmaria que não havia caído em comisso. Esta é a correta interpretação do § 2º, até por razões históricas. Novamente lembrando fatos históricos de conhecimento geral, é de se destacar que, à época do descobrimento do Brasil, toda a colônia foi dividida em sesmarias. Sendo assim, cada centímetro do território brasileiro, em algum momento, foi objeto de sesmaria. Se este fato obstasse a caracterização de um imóvel como terra devoluta, tal conceito seria inteiramente destituído de conteúdo.

Sendo assim, a Municipalidade de São Paulo requer seja reconhecida a violação ao artigo 3º da Lei nº 601/1850, com o reconhecimento da propriedade da Municipalidade de São Paulo sobre a área conhecida como “Campo de Marte”, já que esta, como terra devoluta, passou do Patrimônio da União Federal ao Patrimônio do Estado de São Paulo com a Constituição de

1891. E o Estado de São Paulo, por sua vez, transferiu sua propriedade ao Município de São Paulo, por meio de uma série de leis estaduais de organização municipal. É de se destacar que esta corrente de transmissões das terras devolutas, do Estado ao Município, foi plenamente demonstrada na petição inicial e estabelecida como fato pelo v. acórdão recorrido, que somente negou provimento ao recurso de apelação por negar a qualidade de terra devoluta ao "Campo de Marte", o que, como acima demonstrado, não é correto.

É de rigor, portanto, a reforma do v. acórdão recorrido, para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados pela Municipalidade em sua petição inicial, quais sejam, de retomada da área, com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida, ou, alternativamente, pagamento de indenização no valor atualizado do imóvel, igualmente com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida.

IV – PEDIDO

Ante todo o exposto, requer a Municipalidade seja dado integral provimento ao presente recurso, para que se declare a nulidade do V. Acórdão recorrido, pela omissão quanto a temas essenciais do processo. Requer-se, ainda, alternativamente, o reconhecimento da violação dos artigos do Código Civil que tratam da posse (artigos 489, 497, 499, 503, 504 e 505 do Código Civil anterior, 1.200, 1.208, 1.210, 1.211, e 1.212 do Código Civil atual), bem como a violação do artigo 3º da Lei nº 601/1850, com a reforma do v. acórdão recorrido, para que sejam julgados procedentes os pedidos formulados pela Municipalidade em sua petição inicial, quais sejam, de retomada da área do "Campo de Marte", com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida, ou, alternativamente, pagamento de indenização no valor atualizado do imóvel, igualmente com pagamento de indenização pelo período de ocupação indevida.

Nestes termos,

Pede deferimento.

São Paulo, 16 de agosto de 2006.