



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2019.0000172000

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2164764-42.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, são agravados SANDRO CUNHA DOS SANTOS e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram extinto o processo, sem resolução de mérito, prejudicado o agravo de instrumento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ E TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 11 de março de 2019.

ANTONIO CARLOS VILLEN
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 15/19

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO 2164764-42.2018.8.26.0000

COMARCA: RIBEIRÃO PRETO – 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

AGRAVANTE: CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO

AGRAVADOS: SANDRO CUNHA DOS SANTOS E MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

JUIZ: REGINALDO SIQUEIRA

AÇÃO POPULAR. Ribeirão Preto. Incorporação de diferenças de vencimentos pelo exercício de cargo em comissão que proporcione remuneração superior à do cargo efetivo. Inadequação da via eleita. Autor popular que não especifica qualquer ato administrativo que repute lesivo. Falta de indicação dos servidores que seriam afetados por eventual sentença de procedência. Inobservância do disposto no art. 6º, caput, da Lei nº 4.717/1965. Prejuízo ao exercício do direito de defesa pelos beneficiários do ato reputado lesivo. Não especificação de ato concreto lesivo à administração pública. Doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Processo julgado extinto, sem resolução de mérito, reconhecida a falta de interesse de agir, prejudicado o agravo de instrumento.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Câmara Municipal de Ribeirão Preto contra decisão que, nos autos de ação popular ajuizada pelo agravado Sandro Cunha dos Santos, concedeu em parte a liminar pleiteada, “para determinar que a ré se abstenha de pagar aos servidores públicos municipais a incorporação relativa a 'cargo em comissão prevista no §7º do art. 50 da Lei nº2.515/2012” (fl. 134 daqueles autos).

A agravante alega que a constitucionalidade da incorporação foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 563.965. Afirma que vantagem semelhante à prevista na legislação municipal está contida no art. 133 da Constituição do Estado. Sustenta que a incorporação retroativa, no caso de ocupantes em cargo em comissão que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

vêm a se tornar titulares de cargo efetivo, está de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Sublinha que a antecipação da tutela afeta verbas de caráter alimentar. Pede o provimento do recurso para que ela seja cassada.

Recurso tempestivo, processado com antecipação da tutela recursal e respondido, a D. Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento.

Intimadas as partes, por força do despacho de fls. 45/50 a se manifestar sobre a possível falta de interesse de agir, as partes ofereceram as manifestações de fls. 55/57, 63/65 e 259/274.

É O RELATÓRIO.

As preliminares suscitadas pelas partes devem ser rejeitadas.

O defeito na representação processual do autor popular neste agravo de instrumento foi sanado (fls. 468/470), em cumprimento ao despacho de fl. 465.

A ausência de indicação do Ministério Público como agravado nas razões recursais não impede o conhecimento do recurso, pois foram juntados documentos suficientes para suprir a omissão. O Dr. Promotor de Justiça foi intimado e apresentou contrarrazões.

Por se tratar de autos eletrônicos, a falta de outros documentos constantes dos autos principais também não impede o conhecimento do agravo (art. 1.017, § 5º, CPC).

Não há que falar em descabimento do agravo, que foi interposto contra decisão sobre tutela provisória, com fundamento no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

art. 1.015, I, do CPC.

Não vislumbro a litigância de má-fé da agravante, ao contrário do afirmado pelo autor popular. A divergência a respeito da interpretação legal adotada pela Câmara Municipal é questão controvertida. Os demais defeitos formais das razões recursais não caracterizam violação dos deveres éticos das partes, mas apenas irregularidades que não ensejaram prejuízo, especialmente em se considerando que os autos são eletrônicos, como já observado.

A expedição de ofício em razão da possível prática de ato de improbidade administrativa requerida pelo Ministério Público em contrarrazões é desnecessária, uma vez que o próprio requerente informa ter adotado tal providência. Por outro lado, a pretensão a que “seja a Advogada afastada da defesa do ente público” é aqui descabida, por desbordar dos limites da demanda.

No mais, considero que está caracterizada a falta de interesse de agir

A petição inicial, tal como redigida, não permite que se afirme com segurança contra qual ato administrativo se volta o autor popular. É certo que ele impugna a gratificação instituída pelo art. 50, § 7º, da Lei nº 2.515/2012, que assim dispõe:

Art. 50. [...]

O servidor efetivo que tenha exercido ou venha a exercer, a qualquer título, cargo em comissão, função gratificada ou atividade com gratificação de gabinete, que proporcione remuneração superior a do cargo de que seja titular, incorporará 20% (vinte por cento), por ano, até o limite de 100% (cem por cento).

Não é possível compreender, contudo, se considera lesiva



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a) a própria possibilidade de incorporação, b) a incorporação de décimos em razão do exercício de cargo em comissão em momento anterior à edição da lei ou c) a incorporação de décimos em razão do exercício de cargo em comissão em momento anterior à posse em cargo efetivo. O pedido deduzido pelo autor popular é de “*revogação com a consequente cessação da incorporação da gratificação inconstitucional imposta pela Lei 2.515, artigo 5, parágrafo 7*” (fl. 15 dos autos principais), o que sugere a primeira hipótese. As contrarrazões por ele apresentadas ao presente agravo, contudo, tendem para a segunda ou terceira hipótese.

Ainda que, não obstante tais defeitos, seja possível afastar eventual conclusão pela inépcia da inicial, o descabimento da ação popular é manifesto. Isso porque, inegavelmente, a pretensão se volta contra a lei em tese, o que se verifica expressamente do pedido deduzido (“*revogação da gratificação*”). A inicial não especifica nenhum ato administrativo que o autor repute lesivo. Prova disso é que não foram sequer indicados os servidores que seriam afetados por eventual sentença de procedência, apesar da determinação contida no art. 6º, *caput*, da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular). Tal circunstância inviabiliza mesmo o exercício do direito de defesa dos beneficiários do ato reputado lesivo. Tais defeitos não foram supridos nem sequer após o aditamento da inicial requerido pelo Ministério Público, que também não especificou qualquer ato. Diante disso, impõe-se o reconhecimento da inadequação da via eleita. Nesse sentido a lição de Teori Zavascki (*Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, tese de doutorado, Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2005, p. 241/242; grifei):

A ação popular [...] tem por finalidade constitucional anular atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa e ao patrimônio histórico e cultural (CF, art. 5º, LXXIII). **De um todo geral, tais atos são caracterizadamente individuais [...]**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

[...] na ação popular, **é indispensável que o seu autor descreva**, na petição inicial, os fatos e fundamentos jurídicos do pedido, indicando, assim, **um específico fenômeno concreto de incidência da norma. Portanto, não cabe ação popular contra lei em tese.** Se, além de atacar lei em tese, o fundamento é, simplesmente, o da sua inconstitucionalidade, o descabimento da ação teria um motivo adicional: ela estaria substituindo a ação própria de controle concentrado de constitucionalidade. Não se nega, com isso, as virtualidades da ação popular, já que ela **pode ser proposta**, se for o caso, **contra o ato (ou os atos) que, supervenientemente, vier a dar concretude à determinação abstratamente prevista na norma** ilegítima ou inconstitucional. **Em outras palavras, a ação popular não é cabível contra a lei em tese, mas é cabível contra o ato administrativo que lhe der aplicação.**

Também nesse sentido a orientação do Superior Tribunal de

Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR (FIES). MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.827/99. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATOS LESIVOS. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO.

1. A ação popular foi proposta pelo recorrido, objetivando, em síntese, a declaração de extinção do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES; a nulidade de artigos da Medida Provisória 1.827/99 e de todos os atos administrativos correspondentes aos repasses ao Fundo, a partir de outubro de 1988 e a devolução dos recursos indevidamente repassados.

[...]

3. Mérito - da impossibilidade jurídica do pedido da ação popular. Sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, a ação popular não se mostra a via adequada para a obtenção de declaração de inconstitucionalidade de lei federal, devendo haver a comprovação da prática de atos administrativos concretos que violem o erário público. Precedentes.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4. Na hipótese, **o objetivo da ação popular não se relaciona a atos específicos**, mas contra todo o sistema de repasse previsto nas normas pertinentes ao FIES, **sem a especificação de um ato concreto lesivo ao patrimônio público, requisito exigido e necessário para se autorizar a sua impugnação por meio deste tipo de ação. Esse fato, por si só, afasta a possibilidade do cabimento da ação popular por equivaler à declaração de inconstitucionalidade de lei em tese**, em flagrante usurpação de competência do Pretório Excelso para efetuar o controle em abstrato da constitucionalidade das leis.

5. Ação popular extinta, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, ficando prejudicado o exame da prescrição (ofensa aos artigos 21 c/c 22 da Lei nº 4.717/65 e 295, inciso IV, do CPC).

6. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 1.081.968/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 06.10.2009)

Essas as razões pelas quais, diante do efeito translativo do recurso, o processo deve ser julgado extinto, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir. Isso não impede se pleiteie ao Judiciário a declaração de inconstitucionalidade de lei e/ou a cessação de pagamentos de verbas que se reputeem ilegais, desde que, evidentemente, pela via adequada.

Pelo meu voto, julgo o processo extinto, sem resolução de mérito, prejudicado o recurso.

ANTONIO CARLOS VILLEN

RELATOR