CÂMARA MUNICIPAL — PAGAMENTO DE VEREADORES — AÇÃO POPULAR

— Sòmente contra o ato nulo ou anulável é cabível a ação popular.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Câmara Municipal de São Paulo *versus* Joaquim Monteiro de Carvalho
Apelação cível n.º 32.469 — Relator: Sr. Desembargador
ERYX DE CASTRO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n. 32.469, da comarca de São Paulo, em que é recorrente o Juízo "ex officio", apelante a Câmara Municipal de São Paulo e apelado Joaquim Monteiro de Carvalho: Acordam,

em Quarta Câmara Civil do Tribunal de Alçada, adotado como parte integrante dêste, o relatório de fls., complementado a fls., negar provimento, por votação unânime, ao agravo no auto do processo, e, por maioria de votos, prover os dois recursos, a fim de julgar o apelado carecedor da ação.

Custas na forma da lei.

A primeira questão a examinar é a da possibilidade jurídica do pedido. É que a propositura da ação popular só é cabível contra ato lesivo que também seja nulo ou anulável. Não é outra a ilação que se deve tirar do ensinamento de Pontes de Miranda, quando diz que o § 38 do art. 141 da Constituição Federal "cria a ação popular em se tratando de ato nulo ou anulável de que haja decorrido ou possa decorrer dano à União, aos Estados-membros ou aos Municípios". Também Paulo Barbosa de Campos Filho, ao tratar da Constituição de 1934, que continha preceito idêntico, assim se manifestou: "as expressões do dispositivo abrangiam todo e qualquer ato, bastando que padecesse o ato de nulidade, até mesmo relativa (nulidade ou anulação) ".

Aliás outra não pode ser a interpretação do § 38, em face, principalmente, dos princípios sôbre a independência e harmonia dos podêres, que regem nosso sistema constitucional. O contrôle judicial dos atos administrativos não abrange o merecimento do ato, mas contém-se nos limites da apreciação de sua legalidade.

A apreciação do ato sob o aspecto da legalidade, anterior à pesquisa da sua repercussão no patrimônio público, é a única consentânea com o instituto da ação popular. O dispositivo faz menção a ato lesivo apenas para dar a qualquer do povo o direito de propor a revogação do ato nulo ou anulável. Não para dá-lo como causa de nulidade ou anulabilidade. Em outras palavras: o ato não é nulo ou anulável porque seja lesivo; êle é lesivo porque é nulo ou anulável.

De maneira brilhante como sempre, já disse José Frederico Marques, em sentença publicada na "Rev. dos Tribs.", vol. 181/836: "Donde infere-se o seguinte: o contrôle judiciário nas ações populares contra atos lesivos apenas pode ser exercido se êsse ato fôr também nulo ou anulável. O julgamento, por isso, é feito "par étapes", examinando o juiz primeiramente se o ato atacado é nulo ou anulável. Feita essa primeira operação, emitirá seu juízo de valor, dizendo se o ato nulo ou anulável foi também lesivo ao patrimônio público. Entender o contrário, além de infringir a letra da norma constitucional, seria introduzir a subversão da competência entre os podêres estatais, que a Constituição quer harmônicos e independentes, cada um com esfera própria e peculiar de atribuições".

No caso dos autos, a argumentação do autor é tôda inversa aos princípios expostos. Quer êle a anulação do ato porque o entende lesivo, e não por defeito formal que o torne nulo ou anulável. Tanto assim, que, na inicial, não aponta qualquer fato de onde se originasse a ilegalidade. Bem ao contrário, salientou nada ter a alegar quanto à competência da Câmara para legislar sôbre o assunto ou quanto ao aspecto formal do projeto.

A ilegalidade, segundo o autor, estaria no choque entre a resolução n. 3 e os arts. 47, § 2.º, da Constituição Federal, 19 da Constituição Estadual, 31, "in fine", da Lei Orgânica dos Municípios e 128 do Regimento Interno da Câmara Municipal.

Mas, o primeiro dêsses dispositivos refere-se expresamente a deputados e senadores. A Constituição determina que a ajuda de custo e o subsídio dos deputados e senadores sejam fixados no fim de cada legislatura.

O art. 19 da Constituição Estadual também menciona os deputados.

O art. 31 da Lei Orgânica estabelece que a remuneração dos vereadores será fixada em cada legislatura para a subseqüente. Entenda-se: essa fixação é do valor do subsídio e do "jeton", e não do modo como se deva distribuir cada uma dessas parcelas. Não pode a Câmara, em causa própria, no curso da legislatura,

aumentar os valôres do subsídio e do "jeton". Mas, fixadas essas parcelas, nada impede que ela própria resolva como distribuir e determinar o pagamento.

O mesmo se diga do art. 128 do Regimento Interno: "A remuneração dos vereadores será fixada em cada legislatura para a subseqüente". A resolução n. 3, ora atacada, não fixou remuneração alguma para a legislatura em curso. Apenas determinou forma diferente de pagamento para aquelas mesmas parcelas, relativas ao "jeton"; estabeleceu um critério nôvo para a remuneração variável.

Assim, nenhuma ilegalidade pode ser apontada no ato de que decorreu a resolução n. 3 sendo que o próprio autor reconhece ser a Câmara competente para legislar sôbre o assunto e estar formalmente em ordem o projeto de que a resolução nasceu.

Repetindo a lição de José Frederico Marques: "Não há em o nosso Direito positivo qualquer remédio jurídico para rescindir ou declarar nulo o ato administrativo apenas lesivo. De acôrdo com longa e ininterrupta tradição, cujas raízes se encontram na ação sumária especial da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894 — lei que Pedro Lessa tinha como das mais avançadas na legislação contemporânea — nosso Direito só admite o "judicial control" sôbre atos administrativos para declará-los nulos por ilegalidade ou abuso de poder, salvo, é claro, se há lesão a direitos individuais (Constituição Federal, art. 141, § 4.º). A lesão patrimonial, a que se refere o § 38 do art. 141, não alterou o sistema anterior, visto que a menciona o texto tão-só para lastrear a qualidade de agir, ou "legitimatio ad causam" de qualquer do povo Sem ato lesivo não pode haver ação popular, embora êsse ato seja nulo ou anulável; existindo, no entanto a lesão, o juiz só a apreciará se antes verificou a invalidade do ato, por ser nulo ou anulável".

Aplique-se essa lição ao caso dos autos e se terá em resultado a carência de ação. Ao pedido do autor falta o que em processo se denomina possibilidade jurídica, por inexistência da providência legal impetrada. Não podendo apreciar os atos apenas lesivos, o Poder Judiciário está impossibilitado "ipso facto", de atender a pretensão firmada nesta só qualidade ou defeito do ato administrativo.

Segundo Liebmann, uma das condições da ação é justamente a possibilidade jurídica do pedido, decorrente da existência, no ordenamento jurídico, de uma providência legal que ampare a pretensão subsumida na "actio". No caso dos autos, falta essa condição da ação, porque o Judiciário não pode anular ou declarar nulo um ato do Executivo, ou do Legislativo, apenas porque seja lesivo.

Não se veja nesta afirmação o reconhecimento implícito da lesão. Sendo a ação um direito abstrato, o caráter lesivo do ato é apreciado, ao tratar-se da admissibilidade do pedido, apenas hipotèticamente, como objeto que é da pretensão ajuizada (cf. Eduardo Correia, "Caso Julgado e Podêres de Cognição do Juiz", pág. 44).

Pelas razões expostas é que se dá provimento aos dois recursos, para julgar o autor carecedor da ação.

São Paulo, 18 de novembro de 1959 — *L. G. Gyges Prado*, presidente, vencido de acôrdo com a seguinte declaração de voto:

1. Votei repelindo a preliminar de carência, suscitada pelo eminente Juiz relator, à vista da ilegalidade e inconstitucionalidade, no meu entender manifestas, da resolução n. 3 de 28 de fevereiro de 1958, cujo art. 1.º, § 2.º, assegurou aos vereadores, membros da Mesa, a parte variável de vencimentos, comprovada mediante ficha de comparecimento ("jeton"), como se houvessem comparecido a reuniões realizadas duas vêzes por semana (fls.).

Assim votei por me parecer que se encontra entre os princípios estabelecidos na Constituição, o constante do art. 47 da Carta de 1946, que diz o seguinte·

"Os deputados e senadores vencerão anualmente subsídio igual e terão ajuda de custas.

§ 1.º O subsídio será dividido em duas partes: uma fixa, que se pagará no decurso do ano, e outra variável, correspondente ao comparecimento".

2. A Constituição, como lembra Pontes de Miranda ("Comentários", vol. 1.º, pág. 270), não define quais os princípios cuja observância é imposta aos Estados, mas acrescenta que não são princípios constitucionais da União, mas os estabelecidos "na Constituição", e êstes, como é sabido, vão desde os referentes ao sistema federativo e forma de govêrno, até os direitos fundamentais consagrados no texto federal. O Estado não pode, por exemplo, conceder imunidades nem prerrogativas em desacôrdo com as previstas na Constituição Federal, nem editar preceitos destoantes de normas gerais, como se verificou na representação relativa à Constituição do Estado, dirigida, entre outros dispositivos, contra o referente à acumulação de cargo permitida a deputados estaduais (art. 16, § 2.º da Constituição Paulista), que o Colendo Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional ("Arq. Judiciário", vol. 85, págs. 77 a 146 e "Rev. Forense", vol. 125, págs. 93 a 161), o mesmo acontecendo quanto à existência de comissão para provimento de cargos no funcionalismo e promoção, na forma estatuída nos arts. 85 a 87 por importar limitação ao direito de escolha de que goza o Poder Executivo, embora não exista preceito expresso atinente ao modo e forma de seleção de candidatos a cargo público e sua promoção na carreira.

3. No caso dos vencimentos dos representantes do Poder Legislativo, que apenas funciona regularmente, quando ocorre freqüência e, em razão do comparecimento, é o representante do povo obrigado a despesas com transporte ou sofre prejuízos pela cessação de outras atividades dividiu o Legislador constituinte a remuneração em duas parcelas, uma igual para todos, e outra "pro labore", isto é, um estipêndio pròpriamente dito, e uma indenização, como a consideram os constitucionalistas (Aristides Milton, "A Constituição do Brasil", 1898, pág. 93).

No caso, o próprio Estado, na Constituição de 1947, art. 47, parágrafo único, reconheceu tratar-se de norma obrigatória e por isso estabeleceu que o "subsídio divide-se em duas partes, uma fixa, paga no decurso de todo o ano, outra variável, correspondente ao comparecimento a sessões", reproduzindo, quase que literalmente, o dispositivo da Constituição Federal. Também a Municipalidade assim procedeu ao elaborar o seu regulamento aprovado pela resolução n. 4, de 24 de abril de 1949, a fls., no seu art. 130, que assim se lê:

"A remuneração dos vereadores será dividida em duas partes, uma fixa e outra variável, correspondente esta ao comparecimento às sessões, comprovado pelo livro de presença, pelas votações nominais e verificações de votação".

4. Êsse preceito não foi revogado pela resolução n. 3, de 1958, pois ainda continua a divisão dos subsídios em duas parcelas a fixa e a variável, mas o que se fez foi dispensar os membros da Mesa do comparecimento efetivo, registrado pela forma prevista no Regimento, para terem direito à parte variável da remuneração, pois passaram a receber o valor correspondente a duas reuniões semanais, isto é, todos os dias de sessão, anteriormente três por semana (art. 46 do Regimento) e, atualmente, duas, pois, compareça ou não o membro da Mesa, receberá tal qual o mais freqüente, tão-só "pelo direito das funções que lhe são próprias" (art. 1.º, § 2.º, da resolução n. 3, questionada), e não porque se tenha dado ao trabalho de ir às sessões da Câmara para fazer jus ao "pro labore".

5. A vista do exposto não se está apenas em face de simples anulabilidade ou de nulidade de ato, mas de resolução ofensiva da Constituição Federal, da Constituição do Estado e da própria legislação municipal art. 130, referido, do Regimento Interno, que a resolução não

revogou, mas apenas desconheceu ao conceder o favor de que tratam os autos.

Evidente a ilegalidade e inegável a lesão do patrimônio municipal, pois a parte variável corresponde quase que à fixa, segundo as informações de fls., entendi não ocorrer a carência acolhida pela douta maioria julgadora — *Enyr de Castro*, relator — *Pedro Augusto do Amaral*.