

MUNICÍPIO — CRIAÇÃO DE SECRETARIAS — AÇÃO POPULAR

— Sendo lesiva ao município a criação de secretarias, cabe a ação popular para a sua anulação.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Gabriel Cesário Cury versus Prefeito Municipal de São José do Rio Preto e outros
Apelação cível n.º 202.378 — Relator: Sr. Desembargador
GERALDO PINHEIRO

PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA

1. Criaram, as Lei n.ºs 1.414, de 1969 e 1.427, de 1969, no município de São José do Rio Preto, secretarias municipais.

Apesar do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios (Decreto-lei Complementar n.º 9, de 1969), foram tais secretarias mantidas em funcionamento.

Estariam nessa manutenção a ilegalidade e lesividade, fundamentos desta ação popular: por virtude do citado dispositivo da Lei Orgânica, teriam tais leis perdido sua vigência e se tornado ilegais e, *ipso facto*, lesivos, os vencimentos pagos desde então aos secretários municipais.

2. Foi julgada improcedente a ação, com fundamento: 1.º) na inconstitucionalidade do referido art. 43 da Lei Orgânica, em face do art. 15, n.º II, da Constituição da República; 2.º) no art. 102 da Constituição do Estado de São Paulo e no art. 3.º, n.º III, também da Lei Orgânica; 3.º) finalmente, na falta de lesividade do ato.

Daí os presentes recursos *ex officio* e voluntário, este interposto tempestivamente pelo autor popular.

3. Antes das razões de apelação devemos examinar as preliminares objeto do agravo no auto do processo (fls.).

A de que as mencionadas leis municipais estão excluídas da apreciação do Judiciário, por terem sido, de acordo com o Ato Complementar n.º 46 e o Ato Institucional n.º 8, aprovadas pelo Presidente da República, bem como por força do art. 181 da Constituição Federal, evidentemente não procede: não está em causa aqui ato do Governo Federal, nem efeito de tal ato, mas exclusivamente leis municipais. O fato de ter sido a aprovação presidencial um dos elos do processo legislativo de tais diplomas municipais não os caracteriza como ato, ou efeito de ato presidencial.

A preliminar de não ser juridicamente viável ação popular para declaração de inconstitucionalidade de lei por haver ação específica para isso, prevista no parágrafo único do art. 51 da Constituição do Estado, não tem no caso consistência alguma, porquanto o objeto desta demanda não é a inconstitucionalidade daquelas leis, senão dos atos lesivos resultantes delas, de tal modo que a inconstitucionalidade é o meio para lograr esse fim. A representação do

Procurador-Geral do Estado ao Tribunal sobre inconstitucionalidade de lei, ou ato municipal objetiva a lei, ou ato, em si mesmos. Da lei, ou ato, inconstitucionais pode resultar, ou não, ato lesivo ao município: no primeiro caso cabe a representação; no segundo, além desta cabe também ação popular, cada qual atuando no seu plano específico.

A preliminar de incompetência do Juízo, seria competente a Justiça Federal, pressupõe que as leis municipais em apreço envolvem ato do Presidente da República. Mas já vimos, a propósito da primeira preliminar que o pressuposto é falso. Aliás, como bem observou no saneador o MM. Juiz, há contradição entre a alegação de que é competente a Justiça Federal e a de que o ato está fora do âmbito de apreciação do Judiciário.

Finalmente, a preliminar relativa ao valor da causa tem procedência. Não é real o que foi atribuído a esta demanda. Devia o MM. Juiz tê-lo ajustado à realidade. Não vemos porque não vai influir na determinação da alçada. Teria o efeito de legitimar o recurso voluntário.

Vê-se, por conseguinte, que não merece reparo o despacho saneador, ressalvada a parte relativa ao valor da causa.

4. Vejamos agora o mérito da lide.

Não nos parece inconstitucional o art. 43 da Lei Orgânica. É o que tentaremos demonstrar a seguir.

Consagra a Constituição Federal, sem dúvida, a autonomia municipal, não porém de modo absoluto. Encontra o alcance do princípio limite no parágrafo único do art. 14: "A organização municipal, variável segundo as peculiaridades locais, a criação de municípios e a respectiva divisão em distritos dependerão de lei."

Está aí estatuído às claras que a organização municipal, na sua estrutura básica, pode ser moldada por lei estadual. Em vez de lei ordinária, o Estado de São Paulo preferiu fazê-lo pelo Decreto-lei Complementar

n.º 9, de 1969, quando o Executivo estava investido do poder de editar decreto-lei. Portanto, dispondo sobre organização municipal em geral, no art. 43, não exorbitou a Lei Orgânica da autonomia municipal, tal como se encontra delimitada na Constituição da República.

Não se nos afigura outrossim que o art. 43 da Lei Orgânica conflite com os arts. 102 da Constituição do Estado e 3.º, n.º III, da própria Lei Orgânica. Quanto ao art. 102, porque o poder de auto-organização aí conferido aos municípios paulistas deve ser entendido à luz da Constituição da República, com a extensão, a compreensão, os limites estabelecidos por ela, especialmente o citado parágrafo único do art. 14. E, quanto ao art. 3.º, n.º III, porque este constitui a regra da qual o art. 43 é a exceção, a delimitação.

Quanto à lesividade, decorrerá necessariamente do reconhecimento de que a vigência das leis municipais em apreço cessou com a da Lei Orgânica. Tal reconhecimento importará a ilegitimidade do exercício dos cargos de secretário municipal, bem como dos respectivos vencimentos. Ora, é fato incontestado e incontestável, nestes autos, que os secretários estão exercendo seus cargos até hoje, mediante remuneração paga pelos cofres municipais e não é outra senão essa a razão de ser dos debates desta causa.

5. *Ex positis*, achamos que os recursos devem ser providos, o *ex officio* e o voluntário.

São Paulo, 24 de setembro de 1971.
Durval Cintra Carneiro, Procurador da Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação cível n.º 202.378, da comarca de São José do Rio Preto, em que é recorrente o Juízo *ex officio*, sendo apelante Gabriel Cesário Cury e apelados o Prefeito Municipal de São José do Rio Preto e ou-

tros: Acordam, em Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao agravo no auto do processo a dar provimento ao recurso oficial e à apelação para julgar procedente a ação, sendo que o Revisor provia os recursos em menor extensão.

Ao agravo no auto do processo, de fls., negou-se provimento.

As preliminares principais foram muito bem repelidas pelo ilustre Procurador da Justiça Dr. Durval Cintra Carneiro, no parecer de fls.

Com efeito, a de que as Leis n.ºs 1.414, de 1969, e 1.427, de 1969, do município de São José do Rio Preto, estão excluídas da apreciação do Poder Judiciário, por terem sido, de acordo com o Ato Complementar n.º 46 e o Ato Institucional n.º 8, aprovadas pelo Presidente da República, bem como por força do art. 181 da Constituição Federal, evidentemente não procede: não está em causa aqui ato do Governo Federal, nem efeito de tal ato, mas exclusivamente leis municipais. O fato de ter sido a aprovação presidencial um dos elos do processo legislativo de tais diplomas municipais não os caracteriza como ato ou efeito de ato presidencial.

A preliminar de não ser juridicamente viável ação popular para declaração de inconstitucionalidade de lei por haver ação específica para isso, prevista no parágrafo único do art. 51 da Constituição do Estado, não tem no caso consistência alguma, porquanto o objetivo da demanda não é a inconstitucionalidade daquelas leis, senão dos atos lesivos resultantes delas, de tal modo que a inconstitucionalidade é o meio para lograr esse fim.

Incompetência do juízo também não houve. Aliás, como se salientou no aludido parecer, há contradição entre a alegação de que é competente a Justiça Federal e a de que o ato está fora do âmbito de apreciação judicial.

Ademais, os réus demonstraram outra incoerência, a propósito dessa preliminar, pois assim que se viram beneficiados com a decisão de primeira instância trataram de desistir do Agravo de instrumento n.º 199.678, e que visava justamente a apreciação da exceção de incompetência por eles oferecida.

Finalmente, a preliminar relativa ao valor da causa, não obstante a opinião do brilhante parecer, também é de ser repelida. Realmente, o efeito patrimonial da causa deve ir muito além da importância escolhida pelo autor. Mas nem por isso deve ser alterado o valor, já que não existe possibilidade de modificação da alçada, nos termos do art. 48, § 2.º, do Código de Processo Civil.

Note-se que o Escrivão não reclamou, como bem esclareceu o prolator do despacho saneador, recordando o art. 28 do Regimento de Custas.

No mérito, ficaram providos o recurso oficial e voluntário do autor.

A ação popular visou os atos decorrentes das Leis municipais n.ºs 1.414, de 19.7.69, que criou cargos de secretários municipais, e 1.427, de 29.9.69, que à primeira deu nova redação.

Tais secretarias, onerosas para o município, estão em desacordo com o art. 43 do Decreto-lei Complementar n.º 9, de 31.12.69, e que só autoriza a existência de tais órgãos quando na comuna a população for superior a 150.000 habitantes e a receita do exercício anterior for de mais de Cr\$ 30.000.000,00.

O município de São José do Rio Preto não preenche tais requisitos, como se provou nos autos. Aliás, a particularidade não é contestada pelos réus.

A sentença recorrida entendeu que o art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios é inconstitucional, por ferir o dispositivo do art. 15, n.º II, da Lei Magna, invadindo portanto matéria da competência privativa do município.

Consagra a Constituição Federal, sem dúvida, a autonomia municipal, não porém

de modo absoluto. Aliás, o parágrafo único do art. 14 da Carta Maior afirma categoricamente que: "A organização municipal, variável segundo as peculiaridades locais, a criação de municípios e a respectiva divisão em distritos dependerão de lei."

Comentando o preceito, Pontes de Miranda se refere à possibilidade de regras jurídicas estaduais e municipais que criam diferenças entre os municípios, afirmando expressamente: "Respeitados os princípios gerais da Constituição de 1967, as regras jurídicas das leis complementares e a Constituição estadual, a lei estadual pode atender às peculiaridades dos municípios para estabelecer diferenças em medidas e em enunciações" (*Comentários à Constituição de 1967*. Ed. Revista dos Tribunais, tomo II/327).

Os pareceres que vieram para os autos, subscritos por ilustres juristas, se dividem diante da tese oferecida para discussão, e aqueles que sustentam a opinião dos réus, de preferência dão especial destaque ao princípio da autonomia municipal, prevista no art. 15 da Constituição Federal, n.º II, b, e que se refere à organização dos serviços públicos locais.

Acentua o eminente Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello transcrevendo o texto constitucional que: "Não apenas nisto está garantida a autonomia, mas *especialmente* (grifo seu) nisto, isto é, sobretudo nisto" (fls.).

Vale dizer, a autonomia municipal se revelaria especialmente quanto à organização dos serviços públicos locais, e, segundo o citado jurista, "Organizar os serviços locais é dispor quanto à sua estrutura, agentes, órgãos, autoridades, atribuições destas e meios em geral para prestá-los" (fls.).

Ora, consoante a opinião abalizada do Prof. Washington de Barros Monteiro, "O dispositivo nada tem de inconstitucional. O município é suborganismo do Estado e, embora goze de certa autonomia, sua criação e organização se acham subordinadas à ação

do poder público estadual, que pode e deve estabelecer normas ou regras, tendentes a estruturar a organização municipal e de cuja observância o suborganismo não pode subtrair-se" (fls.).

Organizar os serviços públicos locais é realmente um preceito constitucional que espelha a autonomia municipal, e serviços públicos seriam aqueles amplamente conhecidos, como obras públicas, águas potáveis, esgotos sanitários, pavimentação, estradas municipais, telefones, trânsito e tráfego, mercados, além de outros enumerados pelo brilhante jurista Hely Lopes Meirelles na sua recente obra, *Estudos e Pareceres de Direito Público* (v. ainda RDP, 11/283).

Esses serviços, segundo o mesmo acatado mestre, "podem ser realizados pela administração centralizada (repartições públicas propriamente ditas) ou descentralizada (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista municipais) ou por delegação a particulares mediante autorização, permissão ou concessão de serviços" (op. cit. p. 203).

O ponto de discórdia, portanto, está em se saber se o município, tendo restrições para organizar secretarias, para as quais são nomeados auxiliares diretos do Prefeito, estaria sendo coartado em sua autonomia, garantida constitucionalmente.

Ora, ninguém poderá afirmar, conscientemente, que não podendo o município de São José do Rio Preto instalar suas secretarias também não poderá organizar os serviços públicos locais.

Aliás, anteriormente às Leis n.ºs 1.414 e 1.427, de 1969, o município de São José do Rio Preto sempre foi uma das mais brilhantes e progressistas comunas do estado de São Paulo, e não seria apenas com a criação de secretarias municipais que a situação iria se modificar, para trazer prosperidade e progresso.

Organizar o serviço público local, é matéria afeta ao Prefeito Municipal e à Câmara

Municipal, enquanto organizar secretaria municipal é apenas ampliar politicamente a administração municipal, com apreciável desfalque para os cofres públicos.

Com efeito, como explicou o Prof. Washington de Barros Monteiro: "Mensalmente, são estes (cofres) desfalcados de apreciáveis somas destinadas à remuneração dos secretários municipais, sem se falar da verba de representação, que igualmente lhes paga o Município. Existe, pois, efetiva lesão ao patrimônio público, visto implicar periódica e constante diminuição deste. Se o ato concerne à aplicação dos dinheiros públicos, lesivo será do patrimônio público" (cf. RT, 396/387).

Para que se tenha uma idéia de como são lesivas ao patrimônio público as secretarias municipais de São José do Rio Preto, basta ver que os secretários municipais, que respondem individualmente pelo que vêm ganhando do poder público, estão sendo defendidos por ilustres advogados, certamente contratados pela Prefeitura, sem contar com pareceres subscritos por renomados profissionais, e que por certo não estarão trabalhando de graça para os réus, não obstante sejam destacados líderes de causas municipalistas.

Pelo documento juntado por linha, a Prefeitura despendeu a partir de dezembro de 1969 até junho de 1971 a importância de Cr\$ 98.652,66, em vencimentos, representações e despesas de viagem dos secretários municipais.

Ademais, em outro documento juntado também por linha, está comprovado que em dois pareceres dos autos a Prefeitura despendeu Cr\$ 11.500,00, enquanto gastara, para defesa dos réus nos Tribunais, a quantia de Cr\$ 6.000,00, sem contar o profissional que contestou a ação.

Apenas como referência, porque são objetos de comodidade que poderiam estar em outras salas do Paço Municipal, a Prefeitura gastou Cr\$ 9.289,50 com aparelhos de ar

condicionado para os secretários, e ainda Cr\$ 1.200,00 para o material de instalação dos gabinetes.

Afirma o ilustre signatário da sentença recorrida que "a criação de secretarias diz respeito à estruturação administrativa do município, que se traduz, em última análise, em "organização dos serviços públicos locais".

Assim, pelo que pensa o Magistrado, organizar os serviços públicos locais implica liberdade de organização administrativa.

Ora, já se demonstrou que uma coisa não é decorrência de outra, tanto que Raul Armando Mendes, também citado na sentença, assim se expressa: "A Constituição Federal deu ao município a sua autonomia política, financeira e administrativa. Porém não lhe deu a auto-organização. Esta compete ao Estado-membro, dentro dos limites traçados pela Carta Política maior. Daí as leis de organização municipal, onde o Estado, circunscrito à faculdade constitucional de organizar a vida comunal, edita normas nesse sentido, disciplinando a organização municipal" (A Intervenção no Município, na Emenda Constitucional n.º 1. RDP, 11/293).

Entendeu a sentença que a Emenda Constitucional n.º 1 conferiu competência ao estado-membro, embora limitada, para legislar sobre organização municipal, mas, acrescenta o seu digno prolator, o constituinte estadual abriu mão de tal prerrogativa, outorgando-a aos próprios municípios, como se depreende do estabelecido no art. 102 da Emenda Constitucional n.º 2, de 30.10.69.

Tal ilação é falsa, como se pode ver pela simples leitura do texto constitucional, assim redigido: "Os municípios deverão organizar a sua administração e planejar as suas atividades atendendo às peculiaridades locais e aos princípios técnicos convenientes ao desenvolvimento da comunidade."

Referiu-se o legislador às peculiaridades locais, repetindo o art. 101 da Constituição

de 13.5.67, e peculiaridades locais seriam, dentre outras, evidentemente, a população e a receita orçamentária, não havendo, portanto, conflito com o disposto no art. 3.º, n.º III, da Lei Orgânica.

Além dos argumentos já expendidos, a propósito de não ser inconstitucional o art. 43 da Lei Orgânica, outros poderiam ser trazidos à balha, e que dizem respeito à moralidade administrativa, que é antítese da lesividade do erário público.

Assim, o parecer estampado na imprensa (fls.). da lavra do eminente homem público e jurista Hely Lopes Meirelles está assim redigido em certo trecho: "Secretaria de Estado — e por extensão secretaria de município é por definição jurídica órgão político administrativo. Seu titular é agente político (e não funcionário), nomeado livremente pelo Chefe do Executivo. Reside nesse fato, o primeiro passo — e não o mais grave — para os abusos que se têm verificado em determinados municípios, com a nomeação de pessoas não habilitadas para o posto de secretário, bastando no entanto que a nomeação se preste a interesses políticos do Prefeito."

Mais adiante o aludido parecer diz o seguinte: "Não se proíbe ao município, por via desse dispositivo legal, a instituição de secretaria, na organização dos serviços públicos locais. O que se faz é restringir essa possibilidade a um número menor de municípios, com o elevado propósito de impedir que qualquer município, com sacrifício muitas vezes de serviços essenciais, se dê ao luxo de criar pomposas secretarias, sem ter efetivas condições para mantê-las."

E não foi à toa que o festejado estudioso de problemas municipais, Antônio Tito Costa, também focalizou o assunto, afirmando que a moralização do País, após o surto revolucionário de 1964, deve ter ultrapassado a fase anterior de "fontes luminosas" e "conchas acústicas", para cujo terreno também caminhava a criação de secretarias municipais (fls.).

O eminente Des. Afonso André, no brilhante voto que proferiu como revisor, destacou com segurança a interpretação que se deve dar ao princípio de lesividade da Lei n.º 4.717, deixando claro que mais aos réus do que ao autor incumbia demonstrar inofensivelmente que o ato impugnado não foi prejudicial ao erário público.

No caso em tela, os réus preferiram impugnar a constitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica, e se esqueceram de demonstrar que as secretarias, impossíveis de sobreviverem, dadas as peculiaridades do município, constituem gravame ao orçamento.

Basta vez que a secretaria de assuntos jurídicos não foi capaz, por si só, de defender o ato de criação, despendendo importâncias elevadas com pareceres e contratação de eminentes profissionais para fazerem o trabalho que, a rigor, lhe competia, como essência e conteúdo da sua organização.

Lesiva a criação das secretarias municipais em São José do Rio Preto, como se demonstrou, e sem qualquer eiva de inconstitucionalidade o art. 43, incriminado pelos réus, é bem de ver que a ação popular deveria vingar, conforme bem demonstraram, atuando na comarca, o Promotor Dr. Paulo Norberto Arruda de Paula, e em segunda instância o ilustre Procurador Dr. Durval Cintra Carneiro.

Destarte, ao recurso oficial e ao voluntário do autor foi dado provimento, para julgar procedente a ação, com o que ficam expur-

gadas as Secretarias Municipais da Prefeitura de São José do Rio Preto, a partir da proibição do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios, respondendo os réus pelos prejuízos ocasionados ao erário público, como se apurar em execução, além das custas e honorários de advogado, fixados estes na mesma quantia estipulada pela sentença recorrida. Custas na forma da lei.

São Paulo, 30 de junho de 1972. Sylvio Barbosa, Presidente. Geraldo Pinheiro, Relator. Afonso Andre, vencedor, com a seguinte declaração de voto: Com restrição apenas porque, embora acompanhando as justificativas do Sr. Relator, não manifestei a conclusão de que os Secretários Municipais em causa devessem devolver numerários percebidos (item *b* da inicial, cf. fls.), pois seus serviços não tinham que ser gratuitos. No mais, adotei: 1.º) que o município, não tendo poder de auto-organização só pode criar órgãos nos limites próprios das exigências locais, respeitados os padrões-limite que as normas superiores da União e do Estado lhes impõem; 2.º) que a quebra daqueles limites, como se deu no caso, é lesiva ao patrimônio municipal, pois obriga, pelo seu excesso, a maiores ônus que os órgãos mais simples (a organização de secretarias municipais é por natureza mais complexa e onerosa para o município, desnecessitado dessa sobreposição organizacional aos órgãos puramente técnicos e burocráticos). Participou do julgamento, com voto vencedor, o Des. Joaquim Francisco.