

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

EDILBERTO FERREIRA BETO MENDES, brasileiro, casado, inscrito no CPF/MF n.º 072.117.528-74, portador de Cédula de Identidade tipo RG n.º 15.499.694/SSP-SP, residente e domicílio na Rua Elizário Pereira de Melo, n.º 829, Paranapanema, São Paulo, vem, tempestivamente, diante de Vossa Excelência, com fulcro no artigo 282 combinado com o artigo 485 e seguintes do Código de Processo Civil, propor

ACÃO RESCISÓRIA

Em face da **SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ DE PRIMEIRO GRAU** nos autos da ação em referência em que litiga em face de **PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE PARANAPANEMA**, pessoa jurídica de direito público interno, com sede na Capitão Pinto de Melo, 485, Município de Paranapanema, Estado de São Paulo, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

I - DO FUNDAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Desde já esclarece que a presente Ação Rescisória tem por fundamento processual o Art. 485, II e V, vez que a Sentença que se pretende rescindir foi prolatada por Juiz de Primeiro Grau absolutamente incompetente e com violação de literal dispositivo de lei.

Esclarece, ainda, que o trânsito em julgado se deu em primeiro grau de jurisdição, na

o se aplicando o Art. 232, III, do Regimento Interno deste E. Tribunal.

Preâmbulo necessário.

O AUTOR foi eleito prefeito do Município de Paranapanema para o período de 1997 a 2000. Devido á excelente aprovação popular, se reelegeu para a gestão imediatamente seguinte, de 2001 a 2004. Não se candidatou para uma segunda reeleição devido à vedação legal contida na legislação eleitoral.

Neste sentido, deixou de concorrer, tendo sido eleito prefeito municipal seguinte á sua gestão o Sr. João Carlos Luz Ravacci Menck.

O novo prefeito, assombrado com a popularidade do Autor e a possibilidade do mesmo vir a se candidatar nas eleições seguinte, iniciou sua gestão procurando “pelo em ovo”, de modo a criar factoides que maculasse a imagem do Autor.

Não obstante, **como não encontrou um único desvio de procedimento do réu que pudesse ser usado contra o mesmo**, “inventou” uma irregularidade, que consistiria em uma suposta falha dos servidores da administração pública, que não estariam retendo os tributos federais e contribuições previdenciárias nas notas fiscais fornecidas ao município pelos prestadores de serviços contratados e, conseqüentemente, não repassando tais verbas à União Federal e ao INSS.

Baseado nessa premissa, a ré (evidentemente movida pelo interesse do novo prefeito) moveu Ação Civil Pública perante a Vara Distrital de Paranapanema pleiteando a declaração de Improbidade Administrativa do Autor e o pagamento do imposto de renda e contribuições previdenciárias supostamente devidas à União Federal e ao INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social. (Doc. n.º 1). Conforme se verifica pela referida inicial, a Sra. Fabiana Gonçalves Martins de Araújo Franco também foi

inserida no polo passivo da demanda porque era, na época, a Diretora de Finanças e Contabilidade do Município de Paranapanema.

Citado, de pronto o réu contestou aquela ação (Doc. n.º 2), afirmando, **entre outros argumentos**¹, que:

- a) A legislação tributária prevê as hipóteses em que o imposto de renda e a contribuição previdenciária devem ser destacados, retidos na fonte e recolhidos pelo substituto tributário, sendo destacados os casos de exigibilidade e de dispensa dos referidos procedimentos, retenções e recolhimentos.
- b) A verificação concreta dos casos de retenção (ou não) dos tributos acima citados seria do agente público municipal responsável pelo assunto, integrante da área fiscal e tesouraria do município (formada por funcionários aprovados em concurso público e contratados para tal finalidade).
- c) O Prefeito Municipal não tinha, dentre as suas atribuições, qualquer papel de auditor dos serviços do departamento fiscal e controladoria do município.
- d) Caberia à União Federal e ao INSS a verificação (e eventual autuação fiscal) em face de suposta falha na retenção na fonte e ausência de repasse de Imposto de Renda e Contribuição Previdenciária.

Após instrução, e apesar da perícia judicial afirmar que não haveria como saber se realmente o total do débito apontado a título de imposto de renda e contribuições federais seriam devidos ou não (até porque não houve qualquer tipo de autuação por parte da Receita Federal ou INSS), o pedido foi julgado procedente nos seguintes termos:

“Pelo exposto, julgo parcialmente procedente a ação civil pública, para reconhecer a incidência do requeridos nas disposições do artigo 10, “caput” e inciso X da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), condenando-os nas sanções do artigo 12, inciso II, da Lei n.º 8.429/92: 1) CONDENO os requeridos EDILBERTO FERREIRA BETO MENDES e FABIANA GONÇALVES MARTINS DE ARAUJO FRANCO, agentes públicos, em razão da renúncia indevida de receitas, cada um, as seguintes penas: a) solidariamente,

¹ Na presente ação rescisória apenas se declina os argumento de defesa apresentados na Ação de Improbidade Administrativa que dizem respeito ao pedido rescisório.

ao ressarcimento integral do dano aos cofres públicos municipais, no valor devidamente atualizado com correção monetária e juros legais, de R\$ 121.970,37 (Cento e vinte e um mil novecentos e setenta reais e trinta e sete centavos), valor esse que deverá ser atualizado, desde a propositura da ação e acrescido de juros de mora de 1%, desde a citação, b) perda da função pública que estiver exercendo quando do trânsito em julgado da decisão, c) suspensão dos direitos políticos por cinco anos, d) pagamento de multa civil correspondente a uma vez o valor do dano R\$ 121.970,37 (Cento e vinte e um mil novecentos e setenta reais e trinta e sete centavos) atualizado nos moldes do item “a”, e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; 2) CONDENO os requeridos EDILBERTO FERREIRA BETO MENDES e FABIANA GONÇALVES MARTINS DE ARAUJO FRANCO, em face da sucumbência, a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como ao pagamento dos honorários advocatícios no importe de 10% do valor do montante do dano atualizado.

Tal decisão transitou em julgado a menos de dois anos, conforme certidão de trânsito lavrado pela Secretaria da Vara Distrital de Paranapanema.²

O detalhe relevante para o presente caso diz respeito ao tipo de dano que supostamente o autor teria causado ao erário público municipal, qual seja, ausência de retenção e recolhimento de Imposto de Renda na Fonte e INSS.

II - DO DIREITO.

a) Da Incompetência absoluta do Juízo Prolator da Sentença – Art. 485, II, do Código de processo Civil.

Os termos da r. Sentença rescindenda demonstra incompetência absoluta do seu juízo prolator. A referida incompetência absoluta decorre dos próprios termos da

² Registre-se que não houve interposição de recurso de apelação nos autos da ação de improbidade administrativa (ora autor), levando ao trânsito em julgado da decisão (embora tenha havido pedido de nulidade da intimação pleiteado pelo patrono dos réus da referida ação, indeferida pelo MM. Juiz singular e confirmada pelo Tribunal de Justiça em sede de Agravo de Instrumento, de n.º 0216342-88.2012.8.26.0000).

sentença, pois de modo claro e objetivo condenou-se o autor ao pagamento de Contribuição Previdenciária e Imposto de Renda supostamente não recolhidos, respectivamente, ao INSS e à União Federal, atribuindo-se, adicionalmente, responsabilidade por suposto ato de improbidade administrativa.

Socorre o Autor, para efeito da presente ação rescisória, o teor do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, que determina a **competência da Justiça Federal** para o processamento e julgamento de “causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes”.

Tal competência da Justiça Federal, concretizada no interesse da União e do INSS (este como entidade autárquica federal), se aperfeiçoa nos ditames dos artigos 149 e 153 da Carta Magna, c/c art. 11, II, e Art. 35 ambos da Lei 8.212/91, que estipulam caber exclusiva à União a instituição de Impostos sobre as Rendas e Proventos de Qualquer Natureza e Contribuições Previdenciárias.

Não por outra razão, em recente decisão o E. Tribunal Regional Federal da 1.^a Região decidiu que:

“Ressalte-se, por oportuno, que o Ministério Público Federal ajuizou ação de improbidade administrativa em desfavor do ex-prefeito do Município de Tefé, Francisco Hélio Bezerra Bessa, por deixar de recolher e repassar ao INSS o valor das contribuições previdenciárias devidas no período de janeiro de 1997 a junho de 2001.

Na espécie, em se tratando de ação de improbidade administrativa, o critério utilizado para a definição da competência diz respeito à natureza dos recursos desviados.

...

Sendo assim, há interesse da União na apuração dos fatos, que, supostamente, teriam lesionado o patrimônio público federal.

...

Diante disso, dou provimento ao presente agravo de instrumento, para, reformando a r. decisão agravada, reconhecer a competência da Justiça

Federal para o processo e julgamento da referida ação original.” (grifos não originais).

O precedente jurisprudencial acima citado é revelador quanto à absoluta incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar qualquer tipo de ação judicial que verse sobre tributos e contribuições federais de cuja instituição e cobrança são de exclusivo interesse da União Federal e do INSS.

Cabe, no presente caso, trazer à colação a doutrina de Athos Gusmão Carneiro³:

“A incompetência absoluta do juiz torna nulos quaisquer atos decisórios por ele proferidos (art. 113, § 2º) e a sentença proferida por juiz incompetente poderá ser rescindida (art. 485, II)” (grifos não originais).

Assim, ao não observar, ainda que de ofício, sua absoluta incompetência, equivocou-se o MM. Magistrado prolator da Sentença rescindenda, motivo pelo qual não pode a r. Sentença de fls. deixar de ser rescindida.

Tem-se, assim, a aplicação direta e objetiva do artigo 485 do Código de Processo Civil, que possibilita a rescisão da sentença de mérito transitada em julgado quando proferida por juiz absolutamente incompetente, posto a absoluta incompetência daquele Juízo da Vara Cível, que não poderia julgar questões envolvendo a avaliação da exigibilidade de retenção e recolhimento de tributos federais e contribuições previdenciárias.

Aliás, não é demais constatar que sequer houve juízo de certeza quanto à obrigatoriedade de retenção e recolhimento de Imposto de Renda na Fonte e INSS. Neste sentido, apesar de ter sido afirmado pelo Autor, por ocasião de sua contestação nos autos da indigitada ação, que a exigibilidade da retenção na fonte dos tributos em questão demandava, necessariamente, avaliação de circunstâncias especiais quanto aos prestadores de serviços, isto sequer foi objeto de avaliação.

Neste sentido, importa contemplar o seguinte trecho da contestação então apresentada pelo autor naquela ação, onde assim esclareceu:

“Consoante se pode verificar pelos documentos juntados pela municipalidade, a maior parte dos serviços foram prestados por firmas

³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 109.

individuais, onde a pessoa jurídica se confunde com a pessoa física, e principalmente, onde os serviços são prestados pela própria pessoa titular de inscrição no cadastro nacional de pessoas jurídicas

Fazendo-se valer de interpretação equivocada das normas atinentes à retenção em fonte das contribuições previdenciárias, a Municipalidade autora esquivou-se de trazer ao conhecimento de V. Exa. o conteúdo do Art. 148 da Instrução Normativa INSS n.º 03/2005 que disciplina a dispensa de retenção em fonte dos prestadores de serviços, nas seguintes hipóteses:

Daí por diante o autor descreve o teor da referida Instrução Normativa, que disciplina os casos de dispensa de retenção de INSS na fonte.

Mas não é só.

Da mesma maneira por ocasião de sua defesa o autor também esclareceu que o Imposto de Renda a ser retido para pessoas jurídicas seria de apenas 1,5% (um e meio por cento), conforme Lei 9.064/95, Art. 6.º e Decreto-Lei n.º 401/68, Art. 9.º.

Esclareceu-se ao MM. Juízo julgador, ainda, que para as pessoas físicas a alíquota de Imposto de Renda a ser retida na fonte não consistiria na aplicação direta de 27,5% (vinte e sete e meio por cento), nos seguintes termos:

“Já em relação aos prestadores de serviços na qualidade de pessoas físicas, aplica-se a tabela progressiva, deduzindo-se da base de cálculo a faixa da isenção, de modo que apenas os serviços que superarem o limite de isenção é que poderão ser tributados e bem assim, retido o imposto na fonte.”

Ora, os requisitos legais acima referidos que sustentam a possibilidade de dispensa de retenção, verificação de alíquotas, faixas de isenção etc., seriam condição *sine qua non* para se creditar qualquer falha a quem quer que seja.

Assim, é evidente que a União Federal e o INSS é que poderiam afirmar ou infirmar a existência de falha na arrecadação e o seu eventual montante, e não a prefeitura municipal.

Aliás, deve-se destacar que a existência ou não do recolhimento do tributo pelo contribuinte não se faz através da verificação da eventual retenção na fonte pelo

substituto tributário, mas sim pela verificação direta exercida pelo INSS e União Federal em face do contribuinte.

Evidentemente que se a ação estivesse se processando junto à Justiça Federal, com a necessária participação da União Federal e/ou INSS, conforme Art. 109 da Constituição Federal, jamais teriam sido deixado de lado tais avaliações, pois os referidos entes públicos certamente teriam como precisar se houve renúncia fiscal indevida ou não quanto aos contribuintes cujas notas fiscais foram expedidas sem destaque das referidas retenções.

E não se credite ao autor, aqui, a responsabilidade pela falha fiscal. Em preliminar ao mérito da sua defesa, o Autor já alertava para a impossibilidade de a Prefeitura Municipal promover a referida Ação Civil Pública sem antes instaurar procedimento administrativo visando verificar se houve ou não falha e quem as praticou. *In verbis*, assim afirmou o Autor em sua defesa:

“Ora Excelência, não houve regular apuração administrativa dos fatos na esfera administrativa, instaurando-se como determina a lei comissão precedente, atendendo-se ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Apenas se direcionou a ação em face dos réus, sequer apurando quem teria praticado a omissão na retenção dos tributos na prestação dos serviços.”

Evidentemente se houvesse algum mínimo cuidado se teria constatado que a apuração da existência ou não existência de falha demandaria avaliação de interesse da União Federal e INSS, bem como sua participação, **já que somente referidas pessoas jurídicas de direito público interno teriam legitimidade para afirmar se o procedimento foi correto ou não e se o contribuinte direto recolheu os tributos ou não.**⁴

Ora, se o MM. Juiz prolator da sentença resolveu afastar a alegação da defesa, nem por isso deveria ter deixado de reconhecer, por aplicação direta e objetiva da Constituição Federal, que havia indelével interesse da União Federal e do INSS para a ação.

⁴ Até porque, uma vez tendo o contribuinte direto recolhido devidamente os seus tributos (o que a União Federal e o INSS poderiam informar), estar-se-ia diante da absurda hipótese de **indenização pelo não recolhimento de tributos recolhidos!!!**

Se não foi percebida a incorreta competência judiciária ilustre Procurador Municipal que patrocinou a ação civil pública, nem pelo n. Representante do *parquet* que atuou no caso e, ainda, tampouco pelo Magistrado prolator da Sentença rescindenda, não há como deixar de reconhecer, ainda que perante o excepcional caminho da rescisória, que a sentença fora prolatada por juízo absolutamente incompetente.

Desta maneira, apenas por este motivo já haveria razão suficiente para se decretar a rescisão da sentença. Mas não é só.

b) Da Violação a Literal Dispositivo de Lei – Art. 485, V, do Código de processo Civil.

Não obstante tudo quanto acima demonstrado quanto à rescindibilidade da sentença, há ainda outra intransponível barreira a impedir a sobrevida da Sentença rescindenda.

E a razão é tão grave quanto a anterior, se não for pior: Violação da Lei! A Sentença violou literal dispositivo de lei. Pode-se dizer, inclusive, que do ponto de vista deontológico a Sentença foi injusta!

Neste sentido, conforme narrativa anterior, o Magistrado prolator da Sentença rescindenda entendeu que deveria o Prefeito Municipal, **em pessoa**, averiguar se as notas fiscais apresentadas pelos fornecedores correntes da Administração Pública estariam preenchendo os requisitos técnicos legais relativos aos destaques de tributos a serem retidos na fonte, quando necessários.

Ora, nada mais exagerado e despropositado!

Não é atribuição funcional do Prefeito Municipal a realização desta tarefa.

Conforme se verifica na Lei Orgânica do Município de Paranamanema⁵, cabe ao Prefeito Municipal as seguintes tarefas:

“Art. 63- Compete ao Prefeito, entre outras atribuições:

I - a iniciativa das leis, na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica;

II - representar o Município em Juízo e fora dele;

⁵ In <http://www.cmp.sp.gov.br/> - último acesso em 6/02/2013.

III - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis aprovadas pela Câmara e expedir os regulamentos para sua fiel execução;

IV - vetar, no todo ou em parte, os projetos de leis aprovados pela Câmara;

V - decretar, nos termos da lei, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social;

VI - expedir decretos, portarias e outros atos administrativos;

VII - permitir ou autorizar o uso de bens municipais, por terceiros;

VIII – fixar as tarifas dos serviços públicos concedidos, permitidos e autorizados, bem como daqueles explorados pelo próprio Município, conforme critérios estabelecidos na legislação municipal;

IX - prover os cargos públicos e expedir os demais atos referentes à situação funcional dos servidores;

X - enviar à Câmara Municipal o plano Plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentarias e a proposta de orçamento previstos nesta Lei Orgânica;

XI - enviar à Câmara, até quinze de abril, a prestação de contas, bem como os balanços do exercício findo;

XII - encaminhar aos órgãos competentes os planos de aplicação e as prestações de contas exigidas em lei;

XIII - fazer publicar os atos oficiais;

XIV - prestar à Câmara, dentro de quinze dias, as informações pela mesma solicitadas, salvo, prorrogação a seu pedido e por prazo determinado, em face de complexidade da matéria ou da dificuldade de obtenção dos dados pleiteados;

XV - prover os serviços e obras da administração pública;

XVI - superintender a arrecadação dos tributos, bem como a guarda e aplicação da receita, autorizando as despesas e pagamentos dentro das disponibilidades orçamentarias ou dos créditos votados pela Câmara ;

XVII - colocar à disposição da Câmara, dentro de dez dias de sua requisição, as quantias que devem ser despendidas de uma só vez e até o dia vinte de cada mês, os recursos correspondentes às suas dotações orçamentarias.

XVIII - aplicar multas previstas em leis e contratos, bem como revê-las quando impostas irregularmente;

XIX - resolver sobre os requerimentos, reclamações ou representações que lhe forem dirigidas;

XX - oficializar, obedecidas as normas urbanísticas aplicáveis, as vias e logradouros públicos mediante denominação aprovada pela Câmara;

XXI - convocar extraordinariamente a Câmara quando o interesse da administração o exigir;

XXII - aprovar projetos de edificação e plano de arruamento e zoneamento urbano ou para fins urbanos, observados no mínimo, vinte metros de distância, de nascentes, rios, córregos ou riachos;

XXIII - apresentar, anualmente à Câmara, relatório circunstanciado sobre o estado das obras e dos serviços municipais, bem como o programa da administração para o ano seguinte;

XXIV - organizar os serviços internos das repartições criadas por lei, sem exceder as verbas para tal destinadas;

XXV - contrair empréstimo e realizar operações de créditos, mediante prévia autorização da Câmara.

XXVI - providenciar sobre a administração dos bens do Município e sua alienação, na forma da lei;

XXVII - organizar e dirigir nos termos da lei, os serviços relativos às terras do Município;

XXVIII - desenvolver o sistema viário do Município;

XXIX - conceder auxílio, prêmios e subvenções, nos limites das respectivas verbas orçamentarias e do plano de distribuição, prévia e anualmente aprovado pela Câmara;

XXX - providenciar sobre o incremento do ensino;

XXXI - estabelecer a divisão administrativa do Município, de acordo com a lei;

XXXII - solicitar o auxílio das autoridades policiais do Estado para garantia do cumprimento de seus atos;

XXXIII - solicitar, obrigatoriamente, autorização da Câmara para ausentar-se do Município por tempo superior a quinze dias;

XXXIV - adotar providências para conservação e salvaguarda do patrimônio municipal;

XXXV - publicar até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentaria.”

Como se verifica acima, não há nenhuma indicação de que caiba ao Prefeito Municipal exercer papel de contador, *controller*, agente fiscal ou qualquer coisa semelhante. E nem seria razoável que houvesse, posto que implicaria em conhecimento específico que não é exigível do Prefeito Municipal, e sim do servidor público devidamente habilitado para tal tarefa.

Pensar o contrário seria atribuir ao Presidente da República, aos Governadores de Estado, aos Presidentes dos Tribunais, ao Superintendente Geral do INSS, ao Procurador

Geral, entre outros chefes de órgão públicos, responsabilidade direta, irrestrita e objetiva pelos atos dos seus subordinados. Evidentemente isto seria um absurdo!

Na verdade, conforme o trecho da Lei Orgânica Municipal acima reproduzida, o Prefeito Municipal tem atribuições relativas às políticas públicas municipais. Mas não pode ser chamado a exercer auditoria direta e pessoal sobre os serviços de natureza técnica dos servidores municipais, mormente a verificação dos requisitos legais para exigibilidade ou dispensa de retenção de imposto de renda ou INSS nas notas fiscais.

Assim, é ilegal a decisão que atribui ao Prefeito Municipal a responsabilidade, pois violou literal dispositivo da Lei Orgânica Municipal acima citada que em nenhuma hipótese exige do Prefeito Municipal que trabalhe nos guichês de recepção de documentos e que certifique a sua regularidade.

Deve-se destacar que o simples fato de o Prefeito Municipal pagar as contas da administração pública não o torna, somente por isso, responsável por todo e qualquer ato dos servidores públicos.

Há que se reconhecer que a responsabilização direta e pessoal exige uma ação ou omissão voluntária, o que de modo algum ocorreu.

Não por outro motivo, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não há que se falar em responsabilidade objetiva do administrador público para condená-lo por ato de improbidade. Conforme Acórdão que julgou o RESP 875.163 – RS, decidiu-se, *In verbis*, que:

“A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa **exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público**, pois **não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro**, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa.”

Ad argumentandum tantum, ainda que se pudesse, hipoteticamente, falar em ato culposo, e não doloso, também não seria o caso de se imputar responsabilidade por ato de improbidade, conforme descreve o mesmo retro citado acórdão:

“No caso concreto, o Tribunal de origem qualificou equivocadamente a conduta do agente público, pois a desídia e a negligência, expressamente reconhecidas no julgado impugnado, não configuram dolo, tampouco dolo

eventual, mas indiscutivelmente modalidade de culpa. Tal consideração afasta a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, **pois não foi demonstrada a indispensável prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, mas efetiva conduta culposa, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92.**”

No presente caso sequer se poderia imputar ao Prefeito Municipal a obrigação pessoal de verificação da regularidade fiscal relativa aos destaques de Imposto de Renda e/ou Contribuição Previdenciária das notas fiscais. Tal obrigação cabe, exclusivamente, aos servidores públicos responsáveis por tal medida, sendo que tendo o processo de pagamento percorrido todas as esferas administrativas de aprovação, somente caberia ao Prefeito Municipal assinar as ordens de pagamento.

De se ressaltar que não se trata, aqui, de condenação por desvio de verba ou malversação dos recursos públicos, mas sim de supostas irregularidades na emissão das Notas Fiscais pelos fornecedores da Prefeitura Municipal.

Registre-se, por oportuno, que o autor, enquanto Prefeito Municipal, teve todas as suas contas aprovadas pela Câmara de Vereadores. (Doc 8)⁶

Ou seja, cumpriu a sua missão política e atentou para a Lei Orgânica do Município. Não pode, assim, ser responsabilizado por não ter feito aquilo que a lei não determina que faça.

A condenação, **por omissão culposa**⁷, quando a lei não determinava qualquer obrigação de fiscalizar ou auditar procedimentos administrativos, cria hipótese de **obrigação legal não existente na lei!**

Dessa maneira, não sendo atribuição do Prefeito Municipal a fiscalização e verificação técnica da regularidade formal das notas fiscais dos fornecedores da

⁶ Registre-se, por oportuno, que o a aprovação das contas de 2003 e 2004 pela Câmara de Vereadores se deram de modo contrário ao parecer do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, posto que após apuração das razões desse parecer, constatou-se que as informações a ele passadas pelo Prefeito posterior (inimigo político do autor) eram distorcidas ou omissas. Acerca disso, vide docs. , com grifos em amarelo e azul.

⁷ Importante destacar que a condenação se deu pela suposta falha em não se observar a necessidade de retenção de tributos na fonte, não havendo qualquer menção a omissão dolosa.

Prefeitura, a condenação do Autor por improbidade administrativa violou a Lei Orgânica do Município de Paranapanema, já que a decisão imputou ao mesmo atribuição que a referida lei não impunha.

Trata-se, *in casu*, de responsabilizar a uma determinada pessoa omissão acerca de conduta a qual não estava obrigada, e nisto reside a violação de lei que contamina a sentença rescindenda.

Mais que isso, evidentemente que a condenação afrontou a própria Constituição Federal, cuja transcrição é válida pela permanente importância:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

Evidentemente a r. Sentença não só violou os preceitos contidos na Lei Orgânica do Município de Paranapanema, como também violou a Própria Constituição Federal, ao imputar ao Autor obrigação que ele não tinha, bem como atribuir responsabilidade objetiva por suposta falha de terceiro.

Nem se diga que o Art. 5.º da Carta Magna não seria aplicável ao administrador público, posto que a releitura do princípio da legalidade, vista sob o complemento do Art. 37 da Constituição Federal, estabelece que o administrador público **deve** fazer o que lhe é imposto por lei e **não deve** fazer aquilo que não está autorizado.

Neste sentido, também não se poderia impor ao Autor obrigação à qual a lei não lhe impunha.

III – DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL PLEITEADA

Em razão da condenação levada a efeito pela r. Sentença rescindenda, pesa sobre o autor três consequências:

a) Execução do julgado (cumprimento de sentença), no valor de aproximadamente R\$ 650.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais), a título de

ressarcimento dos supostos danos aos cofres públicos municipais⁸⁸ e multa aplicada (valor este notadamente inflado porque não houve qualquer apuração fiscal acerca da dispensa ou exigibilidade da retenção em questão);

b) Impossibilidade de exercício de qualquer função pública;

c) suspensão dos direitos políticos por cinco anos;

d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Tais medidas lançaram o autor na mais absoluta precariedade, pois o alto valor da condenação pecuniária, somada às consequências pessoais da condenação por improbidade administrativa, fez com que se tornasse um cidadão de segunda classe. Pior, praticamente houve perda da sua cidadania.

Com todo respeito ao MM. Juiz prolator da sentença rescindenda, não houve qualquer cuidado ao se condenar o autor. Se destruiu uma vida sem qualquer parcimônia! Praticamente se criou uma hipótese de responsabilidade pessoal objetiva por fatos de terceiros, bem como se atribuiu responsabilidade pelo pagamento de tributos que sequer se sabe se seriam devidos ou não; ou se o contribuinte pagou ou não.

A velha e cultuada imagem da deusa romana da justiça, a *Justitia* dos Romanos ou Têmis dos Gregos, segurando em uma das mãos uma balança como símbolo de equilíbrio, e na outra mão uma espada, como símbolo do poder de aplicar a lei, sofreu amputação.

A mão que firmemente manejava a balança fora ceifada pela espada, que pesadamente recaiu sobre o autor. Já alertava Rudolf Von Ihering, há aproximadamente 150 anos, que:

“A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é o direito impotente; completam-se mutuamente: e, na realidade, **o direito só reina**

⁸⁸ Pena de ressarcimento esta que, com todo respeito, se mostra absurda, pois os hipotéticos tributos não recolhidos não são de titularidade da Prefeitura Municipal e não se tem notícia de qualquer cobrança movida pela Receita Federa ou INSS contra a municipalidade.

quando a força despendida pela justiça para empunhar a espada corresponde à habilidade que emprega em manejar a balança.⁹

Posto tal advertência secular, necessário se faz a adoção de medidas urgentes para que não se torne ineficaz a medida final, pois o tempo necessário ao julgamento da medida é o mesmo tempo que envelhece o homem e lhe retira as forças da juventude, tão necessária para a busca das conquistas sonhadas.

Retirar do autor o tempo atual, que não volta, é lhe ceifar a própria vida na dimensão humana e social, pois não terá vivido pelo tempo do processo decido aos efeitos da sentença rescindenda.

A sentença rescindenda lhe retirou a condição de cidadão pleno. A Sentença rescindenda lhe retirou a condição de ser social, que caracteriza o humano. A Sentença rescindenda transforma o autor em um eremita urbano, lhe roubando parte do seu ser.

Viver sem as características plenas da cidadania equivale a ser um degredado social! Um mendigo!

Para piorar, seu patrimônio ainda corre o risco de se perder. Isto porque o alto valor da condenação, no montante de quase R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), já está a lhe bater às portas, seja com o risco de penhora e alienação pública, seja também pela necessária impossibilidade de se ter qualquer crédito.

Sequer empregos serão concedidos ao autor, eis que a dimensão profissional e pessoal do autor resta prejudicada ante a restrição que ora se lhe impõe por força de cadastro pessoal negativado.

Por isso é necessária a suspensão imediata dos efeitos condenatórios da Sentença Rescindenda, uma vez que presentes prova inequívoca e verossimilhança das alegações, conforme detalhadamente se esclarece a seguir.

DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Inicialmente, destaca-se em a legislação processual brasileira admite a concessão de medidas acautelatórias de direito em sede de Ação Rescisória, conforme os termos do Art. 489 do Código de processo Civil, que assim dispõe:

⁹ In A Luta Pelo Direito, versão para E-Book de www.eBooksBrasil.com, acessado em 08/03/2013 através de <http://jovemskiv.files.wordpress.com/2011/09/a-luta-pelo-direito-r-von-ihering.doc>

“Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.”

Por seu turno, conforme dispõe o artigo 273 do Código de processo Civil, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

a) Do perigo de dano irreparável.

Conforme narrado, o autor perdeu sua cidadania plena. As consequências da pena de improbidade administrativa impedem o autor de viver uma vida minimamente razoável. O autor sofre todo tipo de restrição no exercício de suas atividades profissionais. Não pode prestar serviços a quaisquer órgãos públicos, seja pessoalmente, seja através de sociedade de que faça parte. Não consegue trabalhar em empresas privadas pois seus cadastros não são considerados “aptos”. O autor está prestes a sofrer execução forçada do seu patrimônio, que é a única coisa que ainda lhe resta.

Não é demais lembrar que a Ação Civil Pública de onde decorreu a Sentença Rescindenda teve início por determinação de inimigo político do Autor que, tendo sido eleito Prefeito no mandato seguinte, iniciou verdadeira caça às bruxas, levantando a malfadada hipótese de que não haveria retenção na fonte dos tributos de alguns fornecedores da Prefeitura Municipal.

Até a prolação da sentença o Autor desenvolvia atividades na administração pública, sendo que teve que pedir exoneração do seu último cargo de sub-prefeito em uma Prefeitura Regional de São Paulo.

De toda forma, as restrições acima, por si só, já indicam que os danos que o autor já está sofrendo, e que tendem a piorar dia a dia, serão irreparáveis.

Posto isto, não há como se aguardar o tempo necessário à solução do presente litígio sem que o autor, durante este período, sofra pessoal e profissionalmente.

Aí reside o risco de dano irreparável.

b) Da verossimilhança da alegação

A verossimilhança da alegação está evidente. O Autor foi condenado às penas decorrentes de improbidade administrativa, por Juiz Estadual, sob o fundamento de suposta falta de recolhimento de imposto de renda e INSS.

Evidencia-se, a não mais poder, o equívoco em que laborou o MM. Julgador ao deixar de observar que havia, inexoravelmente, interesse da União no caso concreto, de modo a deslocar a competência à Justiça Federal.

Adicionalmente, a sentença ainda incorre em violação a literal dispositivo de lei, na medida em que imputa ao Prefeito Municipal obrigação que não se encontra dentre as suas atribuições. De modo objetivo, não cabe ao Prefeito Municipal a verificação da hipótese de incidência de imposto de renda e INSS e sua retenção na fonte. Ao contrário, tal tarefa somente é atribuível ao servidor público tecnicamente capacitado e preparado para tal análise.

Impor ao Prefeito Municipal a responsabilidade objetiva pela (suposta) falha do servidor municipal viola todo e qualquer princípio jurídico limitativo da responsabilidade, mormente porque, no presente caso, a Lei Orgânica do Município não determina ao Prefeito Municipal que seja o contador da prefeitura.

Logo, não há como deixar de reconhecer a ilegalidade, mesmo inconstitucionalidade, da sobrevida da sentença, prolatada por autoridade judiciária absolutamente incompetente, bem como atribuindo responsabilidade objetiva ao prefeito para condená-lo por improbidade administrativa.

c) Da reversibilidade da tutela

Uma vez concedida a tutela, é importante destacar que não se poderá tê-la por irreversível, pois ao final, retoricamente admitindo a improcedência da presente rescisória, as penas relativas à condenação por improbidade administrativa serão integralmente aplicáveis.

O perda dos direitos políticos por cinco anos terá o seu termo inicial e final especificamente marcados, e a responsabilidade patrimonial será amplamente assegurada pelos meios de execução patrimonial previstos em lei, já que pende contra o autor, em razão da sentença, indisponibilidade dos bens.

Ao contrário, havendo procedência da ação ao final, não haverá como se devolver ao autor os anos perdidos, as oportunidades profissionais não alcançadas, o patrimônio alienado com os deságios típicos dos leilões judiciais.

d) Do pedido de antecipação de tutela

Ante o preenchimento dos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, requer a V. Exa. a antecipação parcial dos efeitos da tutela, visando a suspensão dos seguintes efeitos da Sentença:

- 1) Suspensão dos efeitos da perda dos direitos políticos e vedação ao exercício de atividades junto ao poder público, sejam derivadas de eleição, concursos públicos ou cargos de comissão;
- 2) Suspensão do cumprimento da sentença.

DO PEDIDO.

Diante dos fatos narrados, é a presente para requerer se digne esse Egrégio Tribunal:

1) Julgar o pedido da presente demanda procedente para declarar rescindida a sentença prolatada pelo MM. Juízo da Vara Cível de Paranapanema pela sua incompetência absoluta, encaminhando a causa para a justiça competente, nos termos do artigo 488, I do CPC;

2) Caso não acolhido o pedido de rescisão nos moldes supra, para julgar o pedido da presente demanda totalmente procedente, declarando rescindida a sentença prolatada pelo MM. Juízo da Vara Cível de Paranapanema por violação de literal dispositivo de lei, por ter considerado como atribuição do Prefeito Municipal função que ele não tinha e criado hipótese legal de responsabilidade objetiva não prevista em lei, encaminhando a causa para novo julgamento, que deverá observar a responsabilidade subjetiva decorrente de culpa para apreciação do pedido de condenação por improbidade administrativa.

3) Requer, ainda, a juntada da inclusa guia de depósito no valor referente a 5% (cinco por cento) do valor da causa, caso a ação seja, por unanimidade de votos,

declarada inadmissível ou improcedente, nos moldes do artigo 488, II do mesmo diploma processual;

4) Determinar a citação da Ré na pessoa do seu atual Prefeito Municipal, *Sr. Márcio Faber*¹⁰, assinando-lhe prazo legal para que venha responder aos termos da presente ação, sob pena de restarem verdadeiros os fatos alegados, nos moldes do artigo 491, todos do Código de Processo Civil;

5) Condenar a Ré ao pagamento das custas e demais despesas processuais e honorários advocatícios a serem arbitrados por Vossa Excelência nos moldes previstos na legislação processual em face da Fazenda Pública.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente juntada dos inclusos documentos.

Requer, por fim, sejam as intimações realizadas exclusivamente em nome do subscritor da presente, **PAULO GUILHERME DE MENDONÇA LOPES** (OAB/SP 98.709), com endereço à Rua Doutor Renato Paes de Barros, nº 1.017, 5º andar, Itaim Bibi, na Cidade de São Paulo-SP, CEP 04530-001, sob pena de nulidade.

Dá-se à causa o valor de R\$ 628.843,31 (oitocentos e vinte e oito mil oitocentos e quarenta e três reais e trinta e um centavos).

Nestes termos,

PEDE DEFERIMENTO.

São Paulo, 8 de março de 2013.

PAULO GUILHERME DE MENDONÇA LOPES
OAB/SP n.º 98.709

¹⁰ Conforme informação contida no sítio da Prefeitura Municipal de Paranapanema em 8/03/2012: www.paranapanema.sp.gov.br