

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DESEMBARGADORA RELATORA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 4001158-44.2017.8.04.0000.

SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE MANAUS – SCMM, já identificada nos autos, neste ato representada por seu advogado subscritor, comparece, perante Vossa Excelência, para apresentar

CONTRARRAZÕES AO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Conforme lhe foi facultado pelo despacho de fls. 123, a fim de que sejam entranhadas aos autos, bem como ponderados os argumentos nelas contidos por ocasião do julgamento do recurso interposto, consoante adiante será demonstrado.

I – DAS QUESTÕES PROCESSUAIS

a) Da tempestividade.

As contrarrazões ora apresentadas são tempestivas, de vez que protocolizadas dentro do prazo de quinze dias previsto no §5º do art. 1.003 do NCPC. É de se notar que o despacho de fls. 123 foi disponibilizado no órgão oficial em 24/04/2017, com publicação datada de 25/04/2017, de modo tal que o referido prazo se encerra em 17/05/2017.

b) Da preliminar de não conhecimento parcial do recurso. Da indevida inovação em sede de agravo de instrumento. Da violação ao dever geral de lealdade processual e à boa-fé objetiva.

É de se notar que o Município argüiu, às fls. 19/21, o pretense alto custo de restauração do imóvel como óbice ao cumprimento da obrigação que lhe foi imposta por sentença. Sendo assim, aduzindo insuficiência orçamentária, alardeou o ensejo de verdadeira catástrofe nos serviços públicos, a exemplo da possibilidade de que alunos da

rede municipal de ensino fiquem desabrigados, acaso seja efetivamente compelido a recuperar o patrimônio tombado.

Remata o ponto, ainda, disparando a seguinte questão: “A população prefere ver seus impostos pagos para se ter lugar para os seus filhos estudarem ou restaurar o prédio da Santa Casa, que não se sabe qual será a finalidade? A resposta parece óbvia”.

Num exercício de divinação próprio de um xamã, o nobre patrono anuncia a grande probabilidade de a apelação vir a ser provida pela Corte, ante as razões por si apresentadas e, sobretudo, em função do acolhimento parcial do primeiro agravo de instrumento interposto.

Após tal prólogo, três ponderações são dignas de registro:

- a) O acórdão emanado da 2ª Câmara Cível desta Corte que provera parcialmente o agravo de instrumento interposto pelo Município (processo n. 4004224-37.2014.8.04.0000) foi substituído por aquele exarado nos autos dos embargos de declaração n. 0001727-50.2016.8.04.0000, por meio do qual esta E. Corte de Justiça, atendendo à súplica da pia entidade, houve por **NÃO CONHECER do primeiro agravo tirado pelo Município de Manaus** (DOC. 01);
- b) O laudo proveniente do IMPLURB foi confeccionado de modo açodado, porquanto a metodologia em que se assenta é duvidosa e carente de maiores esclarecimentos, conforme será examinado adiante. De qualquer sorte, é de se considerar que tal peça foi censurada, sob o ponto de vista científico, pelo setor de perícias do Ministério Público Federal (DOC. 02), daí por que segue, desde já, impugnada;
- c) **A apelação interposta pelo Município de Manaus foi improvida pela 3ª Câmara Cível do E. TJAM**, consoante acórdão lavrado em sessão havida no dia 27/03/2017 (DOC. 03). Registre-se, igualmente, que a preliminar de não conhecimento parcial do recurso foi admitida por este Sodalício, motivo por que não foi sequer examinada a tese concernente à reserva do possível.

Cumpra advertir que **o recorrente suscitou fundamento de fato não abordado em primeira instância**, sem, contudo, haver demonstrado o ensejo de qualquer motivo de força maior para fazê-lo somente por ocasião da interposição tanto do recurso de apelação quanto do presente agravo.

Note-se que a insuficiência de recursos financeiros alardeada pelo recorrente não foi alegada em contestação, **daí por que a admissão de tal argumento em sede recursal configuraria inarredável ofensa aos princípios da eventualidade ou da concentração da defesa (arts. 336 e 342 do NCPC)**.

Saliente-se que a contestação do recorrente foi apresentada perante o juízo de piso em 30/01/2015 (fls. 133/139 dos autos de n. 0632474-96.2014.8.04.0001), sendo que o Município em momento algum ventilou a crise financeira ou a insuficiência orçamentária

como justificativa para o descumprimento do dever concernente à preservação do edifício tombado.

Não houve uma linha sequer dedicada a tal desiderato. **Não houve na peça de defesa qualquer menção à teoria da reserva do possível**, descortinada, por sua vez, somente quando da interposição do recurso de apelação, a qual foi reiterada, ainda que por via oblíqua, no agravo vertente, nos capítulos denominados “Do efeito suspensivo do recurso” e “Da impossibilidade de dispensar da [sic] caução na presente execução”.

É de se notar, outrossim, que a E. 3ª Câmara Cível, mediante acórdão lavrado em 27/03/2017 (DOC. 03), conheceu parcialmente da apelação interposta pelo recorrente, em ordem a não examinar a tese atinente à reserva do possível por entender que sua invocação ensejou indevida inovação em sede recursal.

Com efeito, conforme divulgado no portal do jornal G1 Amazonas e no próprio sítio eletrônico da Prefeitura de Manaus junto à rede mundial de computadores, o chefe do Executivo Municipal anunciou, já nos primeiros meses de 2015, duas reformas administrativas: uma em 15/01/2015 (quinze dias antes de protocolizada a contestação do Município) e outra em 01/04/2015.

Ora, se Manaus não sofresse os impactos da famigerada crise econômica, o Prefeito não teria tomado a iniciativa de empreender, já em 15/01/2015, uma reforma administrativa em sua gestão. Conforme declarado pelo chefe do Executivo Municipal à imprensa: “A ideia é enxugar o orçamento. Preservamos investimento para atravessarmos a crise pela qual o país [sic] passa¹”.

Nada obstante, em 01/04/2015, menos de três meses depois de noticiada a primeira mudança em sua administração, o Secretário Municipal da Casa Civil encaminhou ao Presidente da Câmara de Vereadores projeto de lei contendo nova reforma administrativa², por meio da qual o Prefeito pretendia economizar 570 milhões de reais.

Apenas para ilustrar ainda mais a existência da entelada crise econômica ao tempo da contestação ofertada pelo agravante, convém reportar que a providência adotada pelo Prefeito ecoou igualmente em âmbito estadual, conforme deflui da mensagem 04/2015 enviada pelo Governador do Amazonas à Assembléia Legislativa em 26/02/2015³, a qual houve por encaminhar anteprojeto de lei que cuidou da reforma administrativa na esfera estadual.

¹Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2015/01/em-manaus-artur-corta-secretarias-e-pretende-reduzir-gastos-em-r-577-mi.html>> Acesso em: 15/04/2016.

²Disponível em: <<http://www.cmm.am.gov.br/projeto-de-reforma-administrativa-da-prefeitura-chega-a-cmm-e-preve-economia-de-mais-de-r-500-milhoes-ao-executivo/>>. Acesso em: 15/04/2016.

³Disponível em: <<http://www.ale.am.gov.br/2015/02/26/josue-neto-recebe-mensagem-da-reforma-administrativa-que-entrara-em-pauta-na-proxima-semana/>>. Acesso em 15/04/2016.

Isso posto, infere-se que, ao tempo da defesa oferecida, a crise econômica não só desembarcara em Manaus, como também já estava sendo combatida pelo Executivo Municipal, conforme se depreende das reformas engendradas pelo Prefeito de Manaus em 30/01/2015 e em 01/04/2015, respectivamente. **Portanto, não havia qualquer impedimento para que o recorrente argüísse, já em primeira instância, a teoria da reserva do possível e as limitações materiais a ela inerentes.**

Não há cogitar-se, por isso, de fato superveniente, mas sim de argumento novo a respeito de fato velho, o que não se admite na instância recursal, em razão da preclusão consumativa, da eficácia endoprocessual da sentença, sem prejuízo da incidência dos princípios da eventualidade ou da concentração da defesa (art. 336 e 342 do NCPC), bem assim do disposto no art. 1.014 do NCPC.

Afigura-se presente na hipótese, pois, a figura do *jus novorum*, situação, em princípio, vedada pela legislação de regência, *ex vi* do art. 1.014 do NCPC (art. 517 do CPC/73). A esse respeito, confira-se a doutrina de Fredie Didier Jr.⁴:

Vige no direito brasileiro a proibição, em regra, do *ius novorum* em sede recursal. O *ius novorum* é a possibilidade de inovar em segunda instância.

O art. 517 do CPC, contudo, permite que o apelante/apelado suscite questões de fato novas, desde que prove que deixou de fazê-lo por motivo de força maior. No caso, trata-se de questões de fato insuscetíveis de apreciação de ofício, invocadas apenas no juízo de apelação por pessoa que já era parte no procedimento de primeiro grau. Eis o texto normativo: “As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”.

O art. 517 do CPC não trata do efeito devolutivo da apelação, pois não se refere a questões já submetidas ao juízo de primeira instância, aludindo, em verdade, a pontos inéditos, ainda não submetidos, naquele processo, ao conhecimento do órgão jurisdicional. **O dispositivo permite a alegação de novo fundamento de fato, desde que demonstrado um motivo de força maior. A contrario sensu não se admite a inovação, em matéria de fato, no âmbito do recurso de apelação. Essa regra, contida no referido art. 517 do CPC, tem por finalidade obstar a deslealdade processual, coibindo o intuito de ocultação e o desiderato de surpreender a parte contrária, com alegações de fato que não foram, oportunamente, apresentadas.** É evidente, portanto, que o art. 517

⁴ DIDIER JR., Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7. Edição. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 127-128.

do CPC decorre da boa fé objetiva e do dever geral de lealdade processual, de sorte que somente se permite a inovação, na apelação, em matéria de fato, se efetivamente restar comprovado um motivo de força maior. [grifamos]

Na mesma direção, pontifica Nelson Nery Jr.:

Por inovação entende-se todo elemento que pode servir de base para a decisão do tribunal, que não foi argüido ou discutido no processo, no procedimento de primeiro grau de jurisdição (Fasching, ZPR, n. 1721, p. 872). Não se pode inovar no juízo de apelação, sendo defeso às partes modificar a causa de pedir ou pedido (nova demanda). Todavia, a norma comentada permite que sejam alegadas questões novas, de fato, desde que se comprove que não foram levantadas no primeiro grau por motivo de força maior. Pela proibição do *ius novorum* prestigia-se a atividade do juízo de primeiro grau (Holzhammer, ZPR, p. 322; Barnosa Moreira, Coment., n. 248, PP. 454/455). **O sistema contrário, ou seja, o da permissão de inovar no procedimento da apelação, estimularia a deslealdade processual, porque propiciaria à parte que guardasse suas melhores provas e seus melhores argumentos para apresentá-los somente ao juízo recursal de segundo grau** (Barbosa Moreira, Coment., n. 248, PP. 454/455). Correta a opção do legislador brasileiro pelo sistema da proibição de inovar em sede do recurso de apelação.⁵ [negritamos e sublinhamos]

Com efeito, na minuta do recurso interposto, o agravante apresenta exceção (defesa) nova, ao argüir matéria de fato não contemplada em sua contestação, **qual seja a ausência de recursos financeiros hábeis a comportar a obrigação que lhe foi imposta na sentença hostilizada (capítulos intitulados “Do efeito suspensivo do recurso” e “Da impossibilidade de dispensar da [sic] caução na presente execução”)**.

É de se notar que não houve qualquer óbice para que o recorrente aduzisse tal matéria em primeira instância. Em verdade, cuida-se de *tese nova* a respeito de *fato velho*, a qual, conforme cediço, não pode ser aventada em sede de agravo de instrumento contra decisão interlocutória prolatada em cumprimento provisório de sentença, em razão do disposto nos arts. 336, 342 e 1.014 do NCPC, os quais vedam a inovação na seara recursal.

Ademais, tratando-se de causa modificativa da obrigação existente desde antes da prolação da sentença (pretensa insuficiência momentânea de orçamento para o implemento dos comandos ordenados pelo juízo a quo), não há como este Sodalício

⁵ NERY JR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 745.

conhecer do recurso nesse particular, de vez que tal matéria não se amolda, em absoluto, à noção de causa superveniente, daí por que sequer poderia emprestar curso à impugnação ao cumprimento de sentença agitada, ante a vedação capitulada no art. 525, 1º, VII, do NCPC.

Note-se que, contrariamente à disciplina dos embargos à execução fundados em título executivo extrajudicial (art. 910, §2º, do NCPC), **o ordenamento processual impede que o devedor possa deduzir, por meio de impugnação ao cumprimento de sentença, toda e qualquer matéria de defesa que lhe seria permitido alegar na etapa cognitiva.**

Se a insuficiência orçamentária já poderia ter sido articulada à época da contestação, não há como se admitir, pois, seu exame no bojo da fase de cumprimento de sentença.

Sufragando tal entendimento, note-se o magistério de Nelson Nery Jr.⁶:

VII: 37. Outras causas. Ocorrendo causa modificativa ou extintiva da obrigação (pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição), **desde que superveniente à sentença, pode ser objeto de impugnação.** Se uma dessas causas já existia *antes* da sentença, eventual irregularidade terá sido acobertada pela coisa julgada material (CPC 502) e sua eficácia preclusiva (CPC 508) (v. coments. CPC 502, 503 e 507). Nessa circunstância (existência anterior à sentença), caso configure uma das hipóteses do CPC 966, o devedor poderá ajuizar ação rescisória para atacar e rescindir a coisa julgada, mas não a ação de impugnação de que trata a norma comentada. A prescrição pode ser conhecida de ofício pelo juiz (CPC 487 II) e, portanto, decretada mesmo sem a oposição da impugnação ao cumprimento de sentença. [grifos nossos]

No mesmo sentido, confira-se a doutrina de Elpídio Donizetti:

O dispositivo apresenta um rol apenas exemplificativo das causas modificativas ou extintivas da obrigação que podem ser argüidas na impugnação ao cumprimento de sentença, **desde que supervenientes à sentença. Se anteriores, ou foram efetivamente resolvidas na decisão objeto do cumprimento ou foram consideradas resolvidas em atenção ao princípio da eventualidade ou da concentração da defesa (art. 508).** Assim, pode ser veiculado na impugnação o pagamento feito depois da prolação da sentença.⁷ [negritamos]

⁶ NERY JR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 16. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.407.

⁷ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. Edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 709.

Saliente-se que por força da devolutividade inerente ao agravo de instrumento, enquanto recurso ordinário, somente as questões suscitadas e discutidas no processo podem ser objeto de reexame pela Corte. Inteligência, por analogia, do art. 1.013, *caput*, do NCPC.

Acrescente-se que nem sequer a profundidade do efeito devolutivo pode ser invocada para os fins de admissão dos novos argumentos deduzidos pelo recorrente, porquanto a escassez de recursos orçamentários e o pretense alto custo do restauro do prédio tombado não foram nem mesmo suscitados pelo Município em contestação (art. 1.013, §§ 1º e 2º, do NCPC). A esse respeito, dispõe o art. 342 do NCPC:

Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando:

I - relativas a direito ou a fato superveniente;

II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;

III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Logo, a considerar que o caso em testilha não comporta nenhuma das exceções taxativamente inventariadas no rol do art. 342 do NCPC – posto não se tratar de direito ou fato superveniente muito menos de hipótese em que o órgão judicante está autorizado a agir de ofício –, **infere-se que as matérias deduzidas pelo agravante concernentes à escassez de recursos orçamentários e ao alto custo do restauro do imóvel objeto do tombamento não podem ser examinadas por esta E. Corte de Justiça, em razão do empecilho consubstanciado nos arts. 336, 342 e 1.013 do NCPC.**

Logo, **verifica-se palmar afronta ao princípio da eventualidade ou da concentração da defesa (art. 336 do NCPC), daí por que o recurso não deve ser conhecido nesse particular,** por influxo da preclusão consumativa, consoante apregoa a iterativa jurisprudência do STJ, cuja inteligência – conquanto precipuamente se destine à apelação – também se transpõe para o recurso de agravo de instrumento, porquanto ambos são recursos ordinários e de fundamentação livre. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS (SÚMULA 7/STJ). RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem concluiu pela inexistência de cerceamento de defesa uma vez que, na contestação apresentada pelo réu, não houve impugnação aos fatos narrados na inicial, sendo incabível inovação de fundamento de fato de defesa em

fase de apelação. Revisão da matéria de fato que, ademais, encontra óbice na Súmula 7.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 365.154/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 03/10/2013, DJe 18/10/2013)

RESP. PROCESSUAL CIVIL. INOVAÇÃO DA LIDE. MATÉRIA AGITADA SOMENTE EM APELAÇÃO.

1. Importa em inovação da lide, e não comporta conhecimento de ofício, a arguição, em sede de apelação, de matéria não agitada ao tempo e modo devidos. Não há, no caso, violação ao art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

2. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1025557/ES, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 29/06/2009)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCESSÃO DE ORDEM PARA LICENÇA DE OPERAÇÃO. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIMA). RELATÓRIO DE IMPACTO AMBIENTAL (RIMA). DECISÃO EXTRA PETITA. REFORMATIO IN PEJUS. OFENSA ART. 535. INOCORRÊNCIA. INOVAÇÃO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. A reformatio in pejus ocorre nas hipóteses em que a decisão quantitativa ou qualitativa piora a situação do único recorrente.

2. Deveras, a proibição da reformatio in pejus, não obstante não seja textual, infere-se da adstrição à devolutividade do recurso, não podendo o tribunal infringir a regra de que a devolução deve ter como limite a impugnação das partes (tantum devolutum quantum apelatum).

3. Ao juízo ad quem é vedado inovar, bem como de conferir ao único recorrente decisão mais desfavorável do que aquela obtida em primeiro grau e submetida à reexame.

4. Sob o ângulo doutrinário: Quanto ao primeiro aspecto da vedação a inovação (jus novorum), a sua justificativa obedece a um dos aspectos da devolutividade, que impõe ao Tribunal colocar-se nas mesmas condições em que se encontrava o juiz ao decidir, para aferir-lhes os erros in procedendo e in iudicando. Tudo deve se passar como na primeira instância, pois, do contrário, não se pode conferir se o juiz, trabalhando com elemento novo, também decidiria de forma diversa. (in, Curso de Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Vol. I, Luiz Fux, pág. 754, Editora Forense)

5. Deveras, a vedação da reformatio in pejus em sede de recurso exclusivo da defesa decorre do fato de que o Tribunal ad quem deve pronunciar-se em conformidade com o postulado no recurso, consagrando a proibição do julgamento extra e ultra petita, a que se referem os arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil.

[...]

9. O Tribunal de origem decidiu, de maneira fundamentada, as questões relevantes ao deslinde da controvérsia, apresentados no agravo de instrumento, inexistindo ponto omissivo sobre o qual se devesse pronunciar em sede de embargos declaratórios. **A questão acerca da ofensa ao art. 227, da Lei nº 6.404/76, apenas foi suscitada nos embargos de declaração opostos na origem - reiterada no presente recurso especial -, não foi abordada na petição de apelação, constituindo, portanto, inovação nas razões recursais.**

10. Recurso Especial desprovido.

(REsp 1091905/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 23/02/2011)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. EFEITO DEVOLUTIVO. ARTIGO 515 DO CPC. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. ISS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. ENQUADRAMENTO NO ART. 9º DO DECRETO-LEI Nº 406/68.

1. A apelação é o recurso por excelência, consagrado por todos os nossos matizes europeus e pelos sistemas latino-americanos do mesmo tronco científico do que o nosso, singularizando-se pelo fato de dirigir-se ao pronunciamento último do juízo e pela sua ampla devolutividade, que investe o tribunal no conhecimento irrestrito da causa, concretizando o dogma do duplo grau de jurisdição.

2. O Código de Processo Civil adstringe a atuação do tribunal aos limites da impugnação (art. 515, caput), vigorando a máxima tantum devolutum quantum appellatum. Todavia, por vezes, o tribunal exerce cognição mais vertical do que o juiz a quo, porquanto lhe é lícito conhecer de questões que sequer foram apreciadas em primeiro grau, haja vista que a apelação é recurso servil ao afastamento dos "vícios da ilegalidade" e da "injustiça", encartados em sentenças definitivas ou terminativas.

3. O recurso da apelação devolve, em profundidade o conhecimento da matéria impugnada, ainda que não resolvida pela sentença, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 515 do CPC.

4. In casu, o Tribunal a quo decidiu com acerto uma vez que a perquirição a respeito do enquadramento da entidade hospitalar como sociedade uniprofissional, para fins de gozo do benefício previsto no § 3º, do art. 9º, do Decreto-lei n.º 406/68, somente foi

realizada em sede de apelação, sendo certo que o art. 515, do CPC não admite jus novorum.

5. O exame das demais violações suscitadas em sede de recurso especial resta prejudicado, uma vez que o Tribunal de origem, em sede de embargos de declaração, assim se manifestou: "quanto às demais matérias aduzidas nos embargos declaratórios de ausência de prova quanto ao enquadramento da apelada nos requisitos do § 3º, do art. 9º, do DL 406/68, bem como da assunção do encargo financeiro pelo contribuinte de direito, como exige o art. 166 do CTN, conforme restou decidido no julgamento do recurso de apelação, referem-se à inovação recursal, incabível de serem reexaminadas ainda que no reexame necessário."

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 927.958/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO. INOVAÇÃO FORMULADA NA APELAÇÃO. OFENSA AO ART. 535, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO NÃO-EXISTENTE. FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS AOS INTERESSES DAS PARTES.

1. Os acórdãos proferidos pelo Tribunal de origem estão em perfeita sintonia com o entendimento desta corte no sentido de que a matéria trazida apenas nas razões de apelação constitui inovação recursal.

2. Não subsiste a alegada negativa de prestação jurisdicional, porquanto verifica-se que a Corte a quo solucionou a quaestio juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as questões que firmaram o seu convencimento.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 912.592/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 05/11/2007, p. 358) [grifos nossos]

Ao abono de tal entendimento, registrem-se, igualmente, as ementas dos seguintes julgados:

Recurso. Inovação do pedido. Inadmissibilidade. **Hipótese em que não se pode recorrer daquilo que não foi objeto de discussão e decisão em primeiro grau de jurisdição.** Ementa oficial: "É **inadmissível inovar o pedido em sede de recurso**, visto que não se pode recorrer do que não foi objeto de discussão e decisão de primeira instância. (RT 811/282) [grifamos]"

AS QUESTÕES NÃO SUSCITADAS E NEM DEBATIDAS EM PRIMEIRO GRAU NÃO PODEM SER APRECIADAS PELO TRIBUNAL NA ESFERA DE SEU CONHECIMENTO RECURSAL, POIS, SE O FIZESSE, OFENDERIA FRONTALMENTE O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. (AASP 1.720/5)

RECURSO. RAZÕES COM ARGUMENTO NOVO. QUANDO POSSÍVEL A APRECIÇÃO. NO JUÍZO *AD QUEM*, SÓ É PERMISSÍVEL A APRECIÇÃO DAS QUESTÕES SUSCITADAS E DISCUTIDAS NO PROCESSO MESMO QUE A SENTENÇA NÃO AS TENHA EXAMINADO. (AASP 935/138)

Finalmente, como bem ressaltado por Fredie Didier Jr. ao ponderar sobre a extensão do efeito devolutivo da apelação (também aplicável, por analogia, ao agravo de instrumento): “O objeto do julgamento pelo órgão *ad quem* pode ser *igual* ou *menos extenso* comparativamente ao julgamento do órgão *a quo*, mas nunca *mais extenso*”⁸.

Cuida-se precisamente daquilo que o recorrente pretende fazer: ampliar, por meio de recurso de agravo, o objeto do julgamento a ser realizado pelo Tribunal, ferindo, destarte, o princípio do duplo grau jurisdicional.

Raciocinar em sentido diverso, **além de representar inexorável supressão de instância**, configuraria inarredável **infringência ao dever geral de lealdade processual, à boa-fé, à preclusão consumativa, à eficácia endoprocessual da sentença, aos princípios da eventualidade ou da concentração da defesa (art. 336 e 342 do NCPC), bem assim ao disposto no art. 1.014 do NCPC.**

Por esses motivos, requer-se o não conhecimento do recurso nesse tocante.

c) Da confirmação, em sentença, das medidas já adiantadas por força de decisão interlocutória.

Malgrado o esforço empreendido pelo nobre causídico no capítulo intitulado “Do efeito suspensivo da apelação. Inexistência de confirmação de tutela”, a argumentação tecida não deve, *concessa venia*, prosperar, porquanto a decisão hostilizada se acha em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A valer, afigura-se absolutamente prescindível que o juízo, ao sentenciar o feito, insira textualmente o verbo **confirmar** em sua decisão para que o apelo seja recebido somente no efeito devolutivo, *ex vi* do art. 1.012, §1º, V, do NCPC.

⁸ DIDIER JR., Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 7. Edição. Salvador: Juspodvm, 2009, p. 105.

Na linha do posicionamento já firmado pela Corte Cidadã, basta o simples cotejo dos pedidos contemplados na decisão que concedeu a tutela provisória com aqueles deferidos na sentença para que se infira se houve ou não a confirmação da tutela, daí por que se revela prescindível a utilização textual do verbo “confirmar” para lograr tal finalidade.

À guisa de exemplo, rogamos vênias para trazer à colação excertos do relatório e do voto proferido pelo E. Min. Francisco Falcão nos autos do REsp 653.086-DF (DOC 04), por meio do qual o STJ, apreciando hipótese fático-jurídica que em tudo se assemelha ao caso vertente, firmou seu posicionamento.

Pinço, pois, a seguinte passagem do relatório confeccionado por Sua Excelência:

Sustenta o recorrente violação ao art. 520, inciso VII, do CPC, aduzindo, em síntese, que a apelação deveria ter sido recebida somente no efeito devolutivo, tendo em vista que a sentença confirmou os efeitos da antecipação da tutela, ainda que não expressamente.

É o relatório.

Em seu voto, o E. Min. compilou os dispositivos tanto da decisão interlocutória que adiantara os efeitos da tutela de mérito quanto da própria sentença, a fim de compará-los, conforme se demonstra abaixo:

Às fls. 52/53, foi proferida decisão do seguinte teor, litteris:

"Ante o exposto, defiro em parte o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para autorizar as companhias de navegação marítima filiadas ao autor a procederem às operações portuárias de estivagem de cargas mediante execução pela própria tripulação da embarcação, dispensando a atuação dos operadores portuários, sendo vedada a requisição ou contratação de trabalhadores avulsos, devendo ser observadas as normas regulamentares relativas à segurança, saúde e higiene ocupacional no trabalho portuário."

E, em sentença de fls. 72/75, o juízo monocrático assim se manifestou, verbis:

"A lei admite, em caráter excepcional, que as operações portuárias de movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário (lei 8.630/93, artigo 1º § 1º inciso II) sejam executadas exclusivamente pela própria tripulação das embarcações.

Em decorrência merece ser acolhida a pretensão para que seja declarado o direito dos armadores associados ao CENTRO DE NAVEGAÇÃO TRANSATLÂNTICA de exercer diretamente atividade de estivagem por meio de tripulação da embarcação.

Deve-se destacar, contudo, que o permissivo legal que garante o emprego da tripulação no embarque e desembarque de carga portuária não exime a companhia de navegação marítima de observar as normas regulamentares relativas à segurança, saúde e higiene ocupacional no trabalho portuário

.... Omissis.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para declarar o direito dos armadores associados ao Centro de Navegação Transatlântica e praticarem as operações portuárias previstas no artigo 1º, § 1º, inciso I, da Lei 8.630/1993 que, por seus métodos de manipulação, características de automação ou mecanização, possam ser executadas por pessoal da própria tripulação da embarcação, sem intervenção de operadores portuários. A requisição ou contratação de trabalhadores avulsos deve observar as normas legais e regulamentares e a estivagem pela própria tripulação deve ser efetuada de acordo com as normas de segurança, higiene e saúde ocupacional no trabalho portuário."

Ao cabo de tal operação, o E. Min. Francisco Falcão chegou à conclusão adiante coligida, a qual, registre-se, foi acompanhada à unanimidade por seus pares da 1ª Turma do STJ:

Os excertos acima transcritos, demonstram, de forma irrefutável, que houve de fato a confirmação, pela sentença, dos efeitos da tutela antecipada, devendo, então, ser observado o que dispõe o art. 520, inciso VII, do CPC, ou seja, devendo ser recebida a apelação somente no efeito devolutivo. [grifamos]

Observe-se, pois, que, na hipótese do aresto ora esquadrinhado, o juízo de piso não consignou expressamente o verbo confirmar na sentença recorrida. No entanto, em razão de nos dispositivos da decisão antecipatória e da sentença restarem concedidos os mesmos pleitos, a Corte Cidadã entendeu, na espécie, que a sentença confirmou os efeitos da tutela antecipada e a apelação, portanto, deveria ser recebida pelo juízo somente em seu efeito devolutivo.

Na presente hipótese, o juízo de piso, ao analisar o pedido antecipatório, assim decidiu, *in verbis* (fls. 88/92 dos autos de n. 0632474-96.2014.8.04.0001):

Diante do exposto, **CONCEDO TUTELA ESPECÍFICA** para ordenar ao Município de Manaus que providencie, de imediato, vigilância e segurança patrimonial, com atuação contínua, mediante turnos ininterruptos de revezamento junto ao prédio da Santa Casa de Misericórdia de Manaus. Deverá, ainda, no prazo de 30 (trinta) dias, providenciar a colocação de tapumes no entorno do aludido edifício para o fim de restringir o acesso ao local por pessoas não autorizadas.

Posteriormente, ao julgar o feito, o órgão jurisdicional *a quo* determinou (fls. 209/218 dos autos de n. 0632474-96.2014.8.04.0001):

Por todo o contexto, julgo PROCEDENTES os pedidos do Autor, para determinar ao Requerido que instale no prédio da Santa Casa de Misericórdia de Manaus vigilância e segurança patrimonial preferencialmente armada, com atuação contínua, mediante turnos ininterruptos de revezamento, banheiros químicos e bebedouro para que a guarda se estabeleça no local, colocação de tapumes no entorno do edifício e restauração do prédio tombado.

É de se notar, portanto, que, na mesma esteira do que se sucedeu nos autos do REsp 653.086-DF, o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Municipal, conquanto não haja grafado o verbo confirmar na sentença, houve por ratificar, na decisão final, todas as medidas já adiantadas liminarmente mediante decisão interlocutória, daí por que o apelo foi recebido pelo juízo primevo somente no efeito devolutivo.

Logo, agiu bem o magistrado *a quo* ao admitir o cumprimento provisório de sentença, com base no art. 1.012, §1º, V, do NCPC.

Tal ilação deriva da necessidade de se outorgar efetividade às deliberações mandamentais impostas por força de decisão interlocutória e prontamente ratificadas em sentença, as quais, não estivessem calcadas na urgência, não teriam sido concedidas antecipadamente pelo juízo. Nessa direção:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA SENTENÇA QUE MANTEVE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. EFEITO DEVOLUTIVO.

[...]

2. A apelação, quer se trate de provimento urgente cautelar quer de tutela satisfativa antecipatória deferida em sentença ou nesta confirmada, deve ser recebida, apenas, no seu efeito devolutivo. É que não se concilia com a idéia de efetividade, autoexecutoriedade e mandamentalidade das decisões judiciais, a sustação do comando que as mesmas encerram, posto presumiram situação de urgência a reclamar satisfatividade imediata.

[...]

8. Recurso especial parcialmente conhecido, porém, desprovido.
(REsp 514.409/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA,
julgado em 20/11/2003, DJ 09/12/2003, p. 228)

Pelo exposto, roga-se seja repelida a preliminar ventilada pelo recorrente com fulcro em tal premissa, de vez que a pronta satisfatividade conferida pelas decisões hostilizadas guarda total sintonia com o princípio da efetividade e instrumentalidade do processo, com os relevantes interesses difusos implicados na *quaestio* sob exame e, notadamente, com o que restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp 653.086-DF.

Tanto assim que o juízo sentenciante assim declinou ao rejeitar a impugnação ao cumprimento de sentença aforada pelo Município de Manaus (fls. 227 da decisão hostilizada):

[...] Nesse sentido, aduz o executado que inexistente confirmação da tutela na sentença proferida e que esta confirmação não poderia se dar de forma tácita, devendo ser expressa.

Ocorre que não há no ordenamento jurídico qualquer menção quanto à necessidade de confirmação expressa da tutela antes deferida. Ora, se não há revogação expressa, por ordem lógica se verifica que toda fundamentação da sentença é no sentido da confirmação da liminar, raciocínio diverso deste seria um preciosismo exacerbado, uma atitude formularia, um verdadeiro filigrana jurídico.

d) Da existência de sólida fundamentação quanto à necessidade de restauro, em caráter emergencial, do prédio histórico.

O digno patrono da recorrente novamente altera a verdade dos fatos no afã de induzir em erro esta E. Corte. Para tanto, assevera, às fls. 06/07, que:

[...] a sentença seria nula, por carecer de fundamentação, isso porque não obstante ela tenha sido fundamentada para decidir os pleitos da agravada, não há fundamentação sobre os requisitos para concessão da tutela provisória, quais seja, o perigo de dano, especialmente para se proceder a restauração.

Entretanto, o juízo *a quo*, invocando a urgência decorrente do risco de desabamento do bem e, por conseguinte, a necessidade de restauro do patrimônio histórico, assim ponderou ao sentenciar o feito (fls. 209/218 dos autos de n. 0632474-96.2014.8.04.0001):

A presente demanda cinge-se na necessidade de intervenção no prédio da Autora, a fim de que sejam corrigidos problemas de segurança e estruturais que ensejam **risco de desabamento**.

[...]

Em que pesem os argumentos desenvolvidos pelo Município de Manaus, ora Requerido, cabe-lhe a responsabilização pela recuperação do prédio objeto dos autos.

[...]

O que se extrai dos documentos é a constatação clara do abandono, precário estado de conservação, destruição pelo decurso do tempo de partes do prédio, com valor histórico e cultural incalculáveis, o que justifica a urgência na prestação jurisdicional, a fim de evitar maiores danos.

Os proprietários não possuem condições financeiras para arcar com os custos das obras de reforma, de acordo com informações constantes do processo de prestação de contas em trâmite na 8.^a Vara Cível e de Acidentes de Trabalho desta Comarca (autos n.º 0615141-34.2014.8.04.0001), bem como demonstrativo atualizado de débitos da Santa Casa de Misericórdia de Manaus, as fls. 61-65.

Há documento, constante a fl. 59, dando conta de que o Município de Manaus, mediante o IMPLURB, foi cientificado acerca dos danos causados diuturnamente ao imóvel objeto dos autos, tendo sido determinado pelo juízo de direito que cuida da análise do processo de prestação de contas já mencionado a elaboração pelo ente municipal de orçamento dos serviços indispensáveis à contenção dos danos. [grifos nossos]

Considerando as normas relativas à proteção do centro antigo da cidade de Manaus, dispostas da Lei Orgânica do Município, nos arts. 8.º, inciso IX e 342, *caput* e parágrafos, bem como a manifestação expressa das intenções do ente municipal em utilizar instrumentos efetivos para promover a preservação, recuperação e revitalização das construções de relevante interesse, como forma de proteção ao patrimônio histórico, artístico e turístico desta comarca, materializada no Decreto Municipal n.º 7176, de 10 de fevereiro de 2004, determinando o art. 19 a aplicabilidade da legislação específica sobre a preservação e defesa do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a questão posta em juízo subsume-se ao Decreto-Lei n.º 25/1937.

[...]

Desta forma, acolho o parecer ministerial de fls. 202-207, pois necessário se faz compelir o Requerido, ente que promoveu o tombamento do bem, a adotar as medidas necessárias a fim de restaurar o prédio da Santa Casa de Misericórdia de Manaus, uma vez que o Autor demonstra sua incapacidade financeira para arcar com os custos dessa empreitada. [negritamos]

Logo, a partir da simples leitura de tais fragmentos da sentença, afigura-se mendaz a assertiva de que inexistiu fundamentação bastante para agasalhar o pedido de restauração do prédio, porquanto o D. Juízo de piso não só apontou os fundamentos de fato e de direito que supedanearam o seu veredito, como também consignou nas razões de decidir o perigo de dano ou a urgência necessários à concessão do aludido pleito.

Por esses motivos, requer-se o não conhecimento do recurso nesse tocante, sem prejuízo de que seja o recorrente reputado litigante de má-fé por haver obrado de modo desleal, conforme restou demonstrado nesse tópico.

- e) Da urgência quanto à execução das obras de conservação e reparação necessárias à salvaguarda do patrimônio histórico (art. 19 do Decreto-Lei 25/1937). Do perigo de irreversibilidade do dano como fundamento para a exequibilidade imediata da ordem de restauro do imóvel tombado. Do descabimento da prestação de caução.**

Mercê dos fundamentos invocados pelo nobre procurador da recorrente às fls 07/12, no tópico alusivo à “Inexistência de tutela liminar a ser confirmada”, não devem prosperar, *maxima venia*, os pedidos de prestação de caução nem o de revogação da ordem de restauro, conforme será adiante denotado.

Avulta observar que o edifício sede da entidade ameaça desabar, consoante informação lançada não apenas uma, mas duas vezes no mesmo laudo, a teor do que dispõem os excertos pinçados às fls. 15 e 50 dos autos originários, *in verbis*:

[...] Na parte interna onde o material deteriorado pelas intempéries no forro e piso de madeira **APRESENTA RISCO DE DESABAMENTO** (fls. 87).

[...] Considerando que a ação do tempo apresenta deterioração de forro PVC e piso de madeira pela umidade excessiva **CAUSANDO RISCO DE DESABAMENTO** (fls. 122) [negritamos].

Vale dizer que tal conclusão provém de vistoria realizada pela equipe técnica da Defesa Civil do próprio Município de Manaus, conforme deflui do laudo de fls. 13/51 dos autos da ação de obrigação de fazer.

Nada obstante, em 23/03/2016, foi lavrado por parte do IPHAN o auto de infração n. 7.630 (fls. 341/342 dos autos da ação de obrigação de fazer) em decorrência da depredação do prédio sede da Santa Casa de Misericórdia, destacando-se, ainda, a existência de inquérito civil público e de inquérito policial, ambos tramitando perante o *Parquet* Federal, com fulcro no possível estado de abandono do prédio.

No campo destinado à descrição das infrações, **o IPHAN asseverou: “Supressão de telhamento e das peças de madeira, danos às esquadrias de vidro. Depredação da edificação ocasionada pelo abandono e ausência de segurança no imóvel”.**

Nada obstante o laudo promanado da Defesa Civil do Município de Manaus inferir o risco de desabamento da coisa objeto de tombamento, o ilustre procurador do recorrente, além de xamanista, ainda se arvora de engenheiro, em ordem a emitir opinião – sempre em tom sofismático, despida de qualquer conteúdo científico – no sentido de que o risco de desabamento aduzido pelo perito municipal diz respeito somente ao forro de PVC.

Por óbvio, as meras palavras do polivalente causídico desacompanhadas de qualquer elemento probatório não são bastantes para infirmar o entendimento a que chegaram os próprios engenheiros municipais, sobre os quais, registre-se, recai o dever de vistoriar edificações e declará-las vulneráveis, exatamente como se deu na hipótese, em função do disposto no art. 8º, VII, da Lei 12.608/12.

Impende assinalar que qualquer cidadão, por mais desinstruído que seja, ao passar defronte à sede da Santa Casa de Misericórdia de Manaus, pode deduzir que o prédio histórico periga desabar, a considerar os danos causados diuturnamente ao indigitado patrimônio, tanto por ação humana quanto da natureza, em decorrência da omissão perene e inescusável do Município em fazer cumprir o art. 216, §1º, da Lei Fundamental, bem assim os ditames do art. 19 do Decreto-Lei 25/1937 e dos demais dispositivos análogos existentes ao longo da Lei Orgânica do referido ente político.

Acrescente-se a isso o fato de que o laudo de fls. 13/51 da ação originária foi confeccionado há mais de dois anos (24/06/2014). Desde então, um sem número de abalos à estrutura do bem foram perpetrados, conforme apurado pelo IPHAN na vistoria ocorrida em 23/03/2016.

Ademais, o desabamento do prédio sede da Santa Casa de Misericórdia de Manaus certamente provocará dano irreparável ao Palácio da Justiça – outro baluarte do patrimônio histórico amazonense –, cuja extensão é impassível de previsão, a considerar que ambos os imóveis são lindeiros.

Sendo assim, não há como se aguardar o trânsito em julgado da sentença de mérito, **pois a postergação das obras de restauro do indigitado bem agrava sobremaneira o risco de destruição já atestado pelos técnicos municipais.**

Logo, **qualquer providência judicial que embarace o cumprimento imediato das medidas ordenadas pelo juízo a quo, bem assim a demora no julgamento da apelação interposta pelo Município, acarretam patente *periculum in mora reverso*, considerando o risco já sobejamente evidenciado de perecimento do bem objeto do tombamento.**

Nesse sentido, tem-se precioso precedente da Corte Cidadã:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. AÇÃO DEMOLITÓRIA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E PAISAGÍSTICO DE OLINDA. REFORMA DE IMÓVEL RESIDENCIAL SEM LICENÇA URBANÍSTICA E EM DESACORDO COM EXIGÊNCIAS LEGAIS. ARTS. 187, 1.228, § 1º, 1.299 E 1.312 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. POSSUIDORA DIRETA E RESPONSÁVEL PELO ACRÉSCIMO AO IMÓVEL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 934, III, DO CPC. **PERICULUM IN MORA REVERSO**. UNESCO. CONVENÇÃO RELATIVA À PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO MUNDIAL, CULTURAL E NATURAL.

[...]

5. Por meio de tombamento ou de outras formas de intervenção administrativa e judicial, a atuação do Estado não protege - nem deve proteger ou muito menos exaltar - apenas estética refinada, arquitetura suntuosa, produção artística luxuosa, templos esplendorosos, obras grandiosas dedicadas ao ócio, ou sítios comemorativos de façanhas heroicas dos que instigaram ou lutaram em guerras, com elas ganharam fama ou enriqueceram. Além de reis, senhores e ditadores, a História vem contada também pelos feitos, revoltas e sofrimentos dos trabalhadores, dos pobres, dos estigmatizados e dos artífices mais humildes da Paz. Para que deles, do seu exemplo, coragem e adversidade nunca se olvidem as gerações futuras, fazem jus igualmente à preservação seus monumentos, conjuntos e locais de interesse, com suas peculiares marcas arquitetônicas, mesmo que modestas e carentes de ostentação, assim como seus rituais, manifestações culturais, raízes etnológicas ou antropológicas, e até espaços de indignidade e desumanidade - do calabouço à senzala, da sala de tortura ao campo de concentração.

6. Tal qual quando socorre as promessas do futuro, o ordenamento jurídico brasileiro a ninguém atribui, mais ainda para satisfazer

interesse individual ou econômico imediatista, o direito de, por ação ou omissão, destruir, inviabilizar, danificar, alterar ou comprometer a herança coletiva e intergeracional do patrimônio ancestral, seja ele tombado ou não, monumental ou não.

7. Cabe ao Poder Judiciário, no seu inafastável papel de último guardião da ordem pública histórica, cultural, paisagística e turística, assegurar a integridade dos bens tangíveis e intangíveis que a compõem, utilizando os mecanismos jurídicos precautórios, preventivos, reparatórios e repressivos fartamente previstos na legislação. Nesse esforço, destaca-se o poder geral de cautela do juiz, pois, por mais que, no plano técnico, se diga viável a reconstrução ou restauração de imóvel, sítio ou espaço protegido, ou a derrubada daquilo que indevidamente se ergueu ou adicionou, o remendo tardio nunca passará de imitação do passado ou da Natureza, caricatura da História ou dos processos ecológicos e geológicos que pretende substituir.

8. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa parte, não provido.

(REsp 1293608/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2012, REPDJe 24/09/2014, DJe 11/09/2014) [grifamos]

O bem tutelado pelo Município por meio de tombamento possui valor incomensurável não só por conta da arquitetura proeminente – de inspiração romântica e gótica –, como também em razão do viés histórico angariado graças aos mais de cem anos de notórios serviços prestados à sociedade amazonense na área de saúde. Construído ainda sob a égide do Império, o prédio onde se acha sediada a Santa Casa de Misericórdia de Manaus carece de reformas emergenciais, pena de sua destruição.

A infungibilidade do bem decorre da impossibilidade de sua reconstrução nos moldes em que projetado no século XIX, **derivando daí a irreparabilidade do interesse difuso intergeracional *sub judice*.**

Nesse sentido, calha à fiveleta destacar importante fragmento do voto proferido pelo E. Min. Herman Benjamin quando do julgamento do REsp 1.293.608/PE:

Corretamente procedeu a atenta Magistrada da 1ª Vara da Fazenda Pública de Olinda, visto que, tanto em decisões cautelares e antecipações de tutela, como em juízos de mérito, espera-se do juiz jamais se esquecer de cuidadosamente apurar e ponderar o "*periculum in mora* reverso", a contraposição – sob o *teste quintuplo* dos *sujeitos* envolvidos, do *valor do bem*, da *disponibilidade do bem*, da *fungibilidade do bem* e da *reparabilidade do dano* – entre interesse individual e interesse coletivo; interesse atual do indivíduo e interesse prospectivo das gerações futuras; interesse patrimonial

disponível e interesse indisponível associado à dignidade da pessoa humana e a bens indisponíveis; interesse financeiro ou monetário ressarcível e interesse intangível irreparável ou de difícil reparação. [grifos no original]

O Superior Tribunal de Justiça, em nova assentada, endossou tal entendimento, conforme se infere do aresto abaixo coligido:

ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONSERVAÇÃO DE BEM TOMBADO PELO IPHAN – DEVER DO PROPRIETÁRIO DE CONSERVAÇÃO – DEVER SUBSIDIÁRIO DA UNIÃO – PARTE LEGÍTIMA – NÃO PROSPERA A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA – BENS PROTEGIDOS PELA CONSTITUIÇÃO – PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO DANO.

1. Já dispunha a Carta Constitucional de 1934, em seu art. 148: "Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual."

2. O IPHAN, entidade com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, sucedeu ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional na proteção e conservação desses bens constitucionalmente tutelados.

3. A responsabilidade da União, no caso dos autos, é aquela expressa no § 1º do Decreto-lei n. 25/37, pois não é possível atribuir regime diverso de responsabilidade senão daquele expressamente previsto em lei: "Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa."

4. "In casu", o acórdão atacado apenas determinou a prestação positiva apta a reparar ou a minorar dano a imóvel protegido por normas constitucionais.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.050.522/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 31/05/2010)

Portanto, **revela-se descabida a prestação de caução na hipótese de execução específica de obrigação de fazer, porquanto eventual inversão do resultado do**

juízo – de que se cogita tão-somente para se argumentar – resolver-se-ia em perdas e danos contra a entidade suplicante, mormente quando presente, como já adrede ponderado, o *periculum in mora* reverso, ou seja, o perigo de irreversibilidade de dano ao patrimônio histórico objeto do tombamento.

Nesses termos, observem-se novamente os ensinamentos de Nelson Nery Jr.:

Quanto à execução *stricto sensu* da decisão que concede tutela provisória, deve ser feita imediatamente, sem necessidade de prestação de caução. Eventual inversão no resultado da demanda, com o julgamento de improcedência do pedido, resolve-se em perdas e danos em desfavor do requerente da medida. O sentido do vocábulo “determinar”, constante do parágrafo comentado, não transforma a ação condenatória aqui prevista em ação executiva. É medida destinada a conceder meios para o juiz efetivar a antecipação da tutela, prevista no §3º. Em sentido contrário, entendendo que o verbo “determinar” indica tratar-se de ação de execução, Ovídio Baptista da Silva. *Est. Machado*, 265. **Seja a tutela antecipada concedida no curso do processo, na sentença ou depois da sentença, a medida deve ser executada de acordo com o sistema do CPC 536, sem maiores formalidades. O mesmo procedimento de execução dá-se com a sentença nos casos do CPC 497, que pode ensejar execução por meio do instituto do *cumprimento de sentença* (CPC 536). Com isso, a ação de condenação de obrigação de fazer regulada pela norma comentada tem, praticamente, natureza de executiva *lato sensu*. Foi abreviado, desburocratizado e simplificado o procedimento para sua execução.⁹ [negritamos]**

Demais disso, o agravante suscita a incidência de regra processual inaplicável à espécie. Saliente-se que as decisões ora fustigadas foram exaradas em **cumprimento provisório de obrigação de fazer** e não de pagar quantia certa.

Logo, por que incidiria na hipótese em testilha a regra inserta no art. 521, II, do NCPC? Nunca houve qualquer pedido formulado pela agravada/exeqüente com vistas a levantar depósito em dinheiro, até porque, como já destacado, intenta-se o cumprimento de obrigação de fazer. Desse modo, descabida se mostra a pretensão de que a exeqüente preste caução com fulcro no art. 521 do NCPC.

- f) Da ausência de negligência dos gestores judiciais da entidade recorrida quanto à tomada de providências para a contenção dos danos causados ao imóvel tombado. Da omissão do Poder Público Municipal em adotar as medidas**

⁹ NERY JR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 16. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.451.

requestadas pela comissão interventora e pela própria Justiça, mesmo após decorridos dois anos da solicitação.

Doutro giro, a recorrente assevera, às fls. 18, que “não se vê nos autos nenhum movimento dos seus atuais dirigentes para evitar quaisquer danos ao seu patrimônio”.

Quanto aos esforços envidados pelos gestores da recorrida a fim de solucionar a questão pertinente à recuperação e proteção do prédio histórico, pede-se vênia para se elencar as seguintes providências:

1. Perante o **Município de Manaus**:

- a. Petição encaminhada em 03/09/2014, por correio eletrônico, aos vereadores Isaac Tayah e Professor Samuel, requerendo a colocação de tapumes e a viabilização do serviço de segurança e vigilância patrimonial (DOC. 05);
- b. Expedição em 07/08/2014, por parte do juízo da 8ª Vara Cível desta Comarca, de ofícios ao IMPLURB e à SEMINF, graças a requerimento formulado pela comissão interventora (DOC. 06);
- c. Demanda de obrigação de fazer ajuizada em 22/10/2014 em face da municipalidade, cuja sentença julgou procedentes os pedidos deduzidos pela entidade agravada (processo n. 0632474-96.2014.8.04.0001).

2. Em face do **Estado do Amazonas**:

- d. petição endereçada em 10/09/2014 ao Governador do Estado do Amazonas, a fim de que determinasse a desapropriação do entelado bem, a qual foi decretada em 23/10/2014, conforme decreto anexo (DOC. 07);
- e. manifestação apresentada em 01/12/2014, pleiteando ao Governador a imissão do Estado na posse do bem (DOC. 08).

3. Diante da **União Federal**:

- a. Petição endereçada, em 17/10/2014, à superintendência do IPHAN/AM, ao fito de que provesse as obras de conservação no imóvel tombado, sem prejuízo de que providenciasse segurança e tapumes para guarnecer o bem (DOC. 09).

Impende assinalar, portanto, que os gestores da recorrida postularam às três esferas de poder (federal, estadual e municipal) medidas concernentes à segurança do prédio, à colocação de tapumes e à própria restauração do patrimônio histórico, sem que, contudo, ao cabo de quase dois anos, nenhuma providência fosse tomada, salvo em decorrência do atendimento de ordem judicial emanada dos autos da obrigação de fazer.

Logo, se há cogitar-se de inércia na presente hipótese, tal omissão dever ser imputada aos entes políticos acima listados e não à administração da entidade, a qual, conforme já sobejamente demonstrado nos autos, não reúne quaisquer recursos para prover a restauração do bem nem sequer a contratação de segurança privada para proteger o imóvel.

Isso posto, pugna-se pela **aplicação do princípio constitucional da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF)**, pois o cenário fático delineado desde a exordial reclama pronta atuação jurisdicional, **consistente na ratificação da determinação de que o Município de Manaus execute imediatamente as obras de restauro do patrimônio histórico (Art. 19 do Decreto-Lei 25/1937).**

- g) Da impossibilidade de se pleitear a dissolução judicial da entidade por meio de simples petição. Da imperiosidade de ação própria no bojo do qual seja assegurado à recorrida o *due process of law*.**

De modo infenso ao que ventilou o agravante às fls. 13 da minuta recursal, não há como se aguardar o desfecho de eventual dissolução da agravada – do que se cogita apenas para argumentar – pois **a paralisação do presente feito implicará o adiamento do início das obras de restauro do indigitado bem, agravando sobremaneira o risco de destruição já atestado pelos engenheiros municipais.**

Cumprе ressaltar que, muito embora o Órgão Ministerial ostente legitimidade para pleitear a liquidação judicial do patrimônio de associação, tal postulação deve ser objeto de demanda própria, no bojo da qual se assegure à entidade suplicada o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa a ele inerentes (art. 5º, LIV e LV, da CF), exigindo, para tanto, sentença judicial de caráter desconstitutivo da entidade.

Ao abono de tal entendimento, confirmam-se os art. 1º e 3º do Decreto-Lei 41/1966:

Art 1º Tõda sociedade civil de fins assistenciais que receba auxílio ou subvenção do Poder Público ou que se mantenha, no todo ou em parte, com contribuições periódicas de populares, fica sujeita à dissolução nos casos e forma previstos neste decreto-lei.

[...]

Art 3º Verificada a ocorrência de alguma das hipóteses do artigo anterior, o Ministério Público, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, requererá ao juízo competente a dissolução da sociedade.

Parágrafo único. O processo da dissolução e da liquidação reger-se-à pelos arts. 655 e seguintes do Código de Processo Civil.

Por sua vez, corroborando os argumentos ora sopesados, os arts. 655 e 656 do Decreto-Lei 1.608/1939 (CPC 1939) assim dispõem:

Art. 655. A dissolução de sociedade civil, ou mercantil, nos casos previstos em lei ou no contrato social, poderá ser declarada, a requerimento de qualquer interessado, para o fim de ser promovida a liquidação judicial.

Art. 656. A petição inicial será instruída com o contrato social ou com os estatutos.

§ 1º Nos casos de dissolução de pleno direito, o juiz ouvirá os interessados no prazo de quarenta e oito (48) horas e decidirá.

§ 2º Nos casos de dissolução contenciosa, apresentada a petição e ouvidos os interessados no prazo de cinco (5) dias, o juiz proferirá imediatamente a sentença, se julgar provadas as alegações do requerente.

Se a prova não fôr suficiente, o juiz designará audiência para instrução e julgamento, e procederá de conformidade com o disposto nos arts. 267 a 272.

Portanto, o simples pedido apresentado pelo *Parquet* Estadual no bojo de demanda de prestação de contas não se presta em absoluto ao escopo propalado pelo Município de Manaus, porquanto não obedeceu ao disposto no art. 656 do CPC/1939.

Esclareça-se que as Leis 5.869/73 e 13.105/2015 não disciplinaram o tema vertente. O Digesto Processual Civil atual aborda tão somente a liquidação de *sociedades* (civis ou empresárias), quedando-se silente quanto à dissolução das *associações*. Portanto, por imperiosidade hermenêutica, remanesce vigente a disciplina estabelecida pelo art. 655 e seguintes do CPC/1939.

Em último caso, ainda que admitido pelo juízo da 8ª Vara Cível – o que se assevera apenas para prosseguir no debate – o pedido incidental de liquidação exigiria lapso de tempo considerável para sua conclusão.

Todavia, o tempo urge e seu inexorável transcurso, em persistindo a omissão do Executivo Municipal, é inimigo capital da conservação do patrimônio soerguido pela sociedade local à época ainda do Império.

h) Da inexistência de preclusão quanto ao pedido de restauro. Da invocação de novos argumentos quando da reiteração do referido pleito. Da inexistência de coisa julgada formal sobre a decisão que autorizou o cumprimento provisório das medidas ordenadas em sentença.

Novamente, afigura-se temerária a argumentação tecida pelo recorrente, ao arguir a preclusão como óbice à reiteração do pedido de execução do restauro do patrimônio.

A fragilidade da tese sustentada pelo Município se revela a partir do momento em que se responde à seguinte questão: transitada em julgado, *ipsis litteris*, a decisão de mérito exarada pelo juízo *a quo*, não estaria a recorrida – enquanto vencedora – autorizada a requerer novamente e, desta feita, em caráter definitivo, a execução específica da ordem de restauro? Obviamente que sim. Houvesse preclusão nesse tocante, a exequente/agravada não poderia reiterar a postulação durante o cumprimento definitivo de sentença.

A contumácia do exequente que possui título executivo judicial em seu favor é sancionada pelo ordenamento por intermédio da prescrição intercorrente e não mediante o fenômeno endoprocessual denominado preclusão.

A recorrida, ao deixar se esvaír *in albis* o prazo para interposição do recurso de agravo de instrumento, perdeu a oportunidade tão-somente de devolver a discussão a esta Corte de Justiça. Não se cogitou da oposição dos declaratórios, pois o magistrado de piso se valeu da exegese legal para rechaçar, *primo ictu oculi*, a pretensão respeitante ao restauro do bem, tudo com esteio no art. 1.012, §1º, V, do NCPC.

Isso posto, a recorrida reiterou o mencionado pleito, por meio da petição de fls. 37/45 dos autos do cumprimento de sentença, colacionando, na ocasião, novos argumentos para influenciar o convencimento do D. Juízo processante. Roga-se vênia para abaixo transcrevê-los (fls. 37/38 dos referidos autos):

Em decisão de fls. 11/12, Vossa Excelência acolheu parcialmente a súplica deduzida pela exequente, de modo a autorizar a deflagração do cumprimento provisório de sentença no que diz respeito tão-somente à viabilização do serviço de vigilância e segurança patrimonial, sem prejuízo da colocação dos tapumes faltantes.

Entretantes, a considerar que o pleito atinente à *restauração do prédio* foi concedido em sentença exarada por este D. Juízo, Vossa Excelência, com fulcro no art. 1.012, §1º, V, do CPC, indeferiu o cumprimento provisório nesse particular.

Com efeito, o novel sistema processual vigente, enquanto instrumento de atuação do direito material, ainda carece de temperamentos e de exegese capaz de entregar o bem da vida ao seu titular.

Não há como se agasalhar a possibilidade de concessão de tutela provisória – seja ela fulcrada na urgência ou na evidência – concernente ao pedido de restauração do bem, *v.g.*, e, *incontinenti*,

rechaçar-se a possibilidade de cumprimento provisório de sentença que a ordene.

É de se notar que a tutela provisória corporifica-se por meio de decisão interlocutória, isto é, mediante decisão de caráter *precário*, fundada em *cognição sumária*, em *juízo de probabilidade* do direito afirmado pela parte e mutável, pois, por sua natureza. Doutro giro, o cumprimento provisório pressupõe sentença *stricto sensu*, *cognição exauriente* e *juízo de certeza* do magistrado prolator.

A fortiori, em se admitindo, em casos de urgência como sói ocorrer na espécie, a realização do direito material por meio de tutela provisória, com maior razão o titular do direito deve ter seu requerimento acolhido quando a providência emanar de sentença judicial, sob pena de vulneração à efetividade do processo enquanto garantia assegurada a todos por força do art. 5º, XXXV, da CF, além de ofensa, *data maxima venia*, aos mais comezinhos princípios de lógica jurídica.”

Logo, desponta como uma falácia a assertiva do ilustre procurador municipal quando aponta, às fls. 16 dos presentes autos, que a recorrida “apenas repetiu a petição da execução provisória, sem trazer quaisquer novos fatos para os autos”.

Avulta observar que o juízo primevo indeferiu de plano a restauração do bem sob um prisma eminentemente processual. A questão fática, por sua vez, foi sobejamente comprovada pela agravada, tanto assim que o magistrado primevo assim declinou às fls. 31 do indigitado caderno processual:

Acosta os documentos de fls. 08-09, da lavra do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, relativo a auto de infração produzido em razão da depredação do prédio objeto dos autos, **revelando a urgência na adoção de medidas necessárias para impedir tal deterioração.** [grifos nossos]

Portanto, apenas o manejo da razão lógico-jurídica é que poderia sobrelevar a literalidade da regra processual. E assim foi arranjado pela recorrida, o que culminou na reconsideração da decisão primeira, em ordem a se determinar o restauro do prédio, tudo com fulcro na nova argumentação deduzida, sem embargo do reconhecimento da urgência inerente ao risco de desmoronamento da edificação tombada.

Ademais, o art. 519 do NCPC permite a extensão, ao cumprimento provisório de sentença, da mesma sistemática tocante às tutelas provisórias. Logo, os arts. 298 e 304, §6º, do NCPC, não consubstanciam senão autorizações legislativas para que as interlocutórias sejam revistam a qualquer tempo.

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

[...]

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do [art. 303](#), torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

[...]

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

[...]

Art. 519. Aplicam-se as disposições relativas ao cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, e à liquidação, no que couber, às decisões que concederem tutela provisória.

Comungando novamente de tal proposição¹⁰:

Tutela “satisfativa”. Neste caso, torna-se um pouco nebulosa a intenção do legislador com a previsão do CPC 303. Cremos que o disposto neste CPC 304 se justifica apenas se a tutela a ser concedida consistir no único objeto da ação principal a ser proposta. Mesmo assim, para que, então, haver uma ação principal se a revisão do requerimento deverá ser feita por meio de uma ação em separado? O julgamento da ação principal, no caso do CPC 303, não poderia se prestar a isso, **já que existe sempre a possibilidade de rever a antecipação concedida.**? [grifos nossos]

Derradeiramente, equivocava-se novamente o nobre defensor do Município ao aventar a *coisa julgada formal*.

Consoante vocifera autorizado processualista, a coisa julgada corresponde à impossibilidade de se impugnar a sentença no mesmo processo em que foi prolatada, seja porque dela não se recorreu ou porque o recurso não reuniu os requisitos de admissibilidade dos recursos de índole extraordinária, ou, por fim, em razão de as partes haverem esgotado todos os recursos cabíveis. Difere da coisa julgada material, pois esta pressupõe sentença de

¹⁰ NERY JR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 16. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 938.

mérito. Por exemplo, as sentenças do art. 485 do NCPC não estão revestidas pela autoridade da coisa julgada material.

Endossando tal entendimento, tem-se abalizada doutrina¹¹:

Coisa julgada formal. *Coisa julgada formal é a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. Ocorre a coisa julgada formal quando a sentença não mais está sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (v. LINDB 6.º §3.º), quer porque dela não se recorreu; quer porque se recorreu em desacordo com os requisitos de admissibilidade dos recursos ou com os princípios fundamentais dos recursos; quer, ainda, porque forma esgotados todos os meios recursais de que dispunham as partes e interessados naquele processo. Para a coisa julgada formal leva-se em conta, principalmente, a inimpugnabilidade da sentença, vale dizer, o momento em que se forma a coisa julgada. A denominação coisa julgada formal é equívoca, mas se encontra consagrada na doutrina. Trata-se, na verdade, de *preclusão* e não de coisa julgada. Não é objeto da garantia constitucional da CF 5.º § XXXVI, que abrange apenas a autoridade da coisa julgada (coisa julgada material). Normalmente a coisa julgada formal ocorre simultaneamente com a coisa julgada material. Mas nem sempre. Quando as partes não recorrem de sentença prolatada contra a Fazenda Pública ocorre a preclusão (coisa julgada formal), mas a coisa julgada material somente vai ocorrer com o reexame necessário da sentença pelo tribunal (CPC 496). As sentenças proferidas com base no CPC 485 são atingidas somente pela preclusão (coisa julgada formal), mas não pela coisa julgada material, que só alcança as decisões ou sentenças *de mérito*, isto é, as que encerram o processo nos casos do CPC 487 ou as decisões que têm como conteúdo as matérias constantes do rol do CPC 487. [grifos do autor]*

Portanto, esquadrihado o conceito de coisa julgada, percebe-se que o digno defensor da comuna ignora completamente o que esteja dizendo, pois não há como se declinar o ensejo da coisa julgada formal sobre decisão de natureza interlocutória, a considerar que tal construção pressupõe obrigatoriamente ao menos a prolação de sentença *stricto sensu*.

Logo, se o agravo impugna a decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença, como é possível se dedicar um tópico à coisa julgada formal (fls. 15)? Ante o exposto, requer-se sejam rechaçados os argumentos tecidos, ante a manifesta insipiência de sua articulação na hipótese em testilha.

¹¹ *Idem. Ibidem*, p. 1.295-1.296.

II – DO MÉRITO

a) Da ausência de consumação da desapropriação declarada pelo Poder Público Estadual. Da ausência de responsabilidade do Estado do Amazonas.

In initio, cumpre informar que o Estado do Amazonas revogou, por meio do Decreto Estadual 37.751, de 31/03/2017 (DOC. 10), o Decreto 35.301, de 23/10/2014, o qual declarara de utilidade pública, para fins de desapropriação, o imóvel onde está sediada a Santa Casa de Misericórdia de Manaus, situado na Rua Dez de Julho, n. 328, Centro.

Portanto, deve ser inacolhida, nesse particular, a tese aventada pelo recorrente, uma vez que o Estado do Amazonas desistiu formalmente da desapropriação do entelado bem.

Ad argumentandum tantum, ainda que assim não fosse, convém gizar que o Estado do Amazonas, por meio do decreto estadual de n. 35.301, de 23/10/2014 (fls. 199 dos autos de n. 0632474-96.2014.8.04.0001), apenas formalizou sua pretensão de desapropriar o imóvel sede da entidade recorrente. Trata-se daquilo que a doutrina denomina de *fase declaratória*. Em outras linhas, o objeto do decreto é tão somente proclamar o interesse da Administração Pública Estadual em desapropriar o entelado bem.

Todavia, é cediço que, ultrapassada tal etapa, deflagra-se a *fase executória*, no decorrer da qual o ente expropriante poderá efetivar ou não a desapropriação, seja por meio de acordo ou de ação própria.

De qualquer sorte, impende assinalar que a mera expedição do decreto não vincula o ente público a concluir a fase executória. Basta que a Administração aguarde o decurso do prazo de cinco anos – na hipótese de desapropriação por utilidade pública – para que sobrevenha a caducidade do referido ato administrativo, ou, ainda, que formule a desistência da desapropriação, tal qual o fez por meio do Decreto 37.751/2017.

A respeito do objeto do decreto desapropriatório e de seus respectivos efeitos, observe-se a lição haurida da obra de renomado administrativista¹²:

O procedimento expropriatório não se exaure num só momento, fato para o qual já chamamos atenção. Trata-se de um procedimento dentro do qual o Poder Público e o interessado produzem inúmeras manifestações volitivas.

Podemos dividir o procedimento em duas grandes fases: a *fase declaratória* e a *fase executória*. Na fase declaratória, o Poder

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 904;909.

Público manifesta sua vontade na futura desapropriação; na fase executória, adotam-se as providências para consumir a transferência do bem. [...]

Expressando a vontade administrativa no sentido de proceder à futura transferência do bem, o ato que declara a utilidade pública ou o interesse social está preordenado a produzir esse objeto básico: o interesse na desapropriação de determinado bem.

Não obstante, é possível registrar outros efeitos desse ato declaratório:

- 1) Permissão às autoridades competentes no sentido de penetrar no prédio objeto da declaração, sendo possível o recurso à força policial no caso de resistência;
- 2) Início da contagem do prazo para ocorrência da caducidade do ato;
- 3) Indicação do estado em que se encontra o bem objeto da declaração para efeito de fixar a futura indenização. [grifos no original]

Durante o chamado período suspeito – prazo em que se aguarda a ultimação da desapropriação, com a conseqüente transferência do bem ao expropriante – o proprietário fica à mercê da Administração.

Logo, a desapropriação – enquanto processo administrativo – ainda se encontra em seu limiar e em nada prejudica a tramitação da demanda deduzida pela recorrida, porquanto a Administração Pública Estadual, até o presente momento, cingiu-se unicamente a manifestar, de modo formal, seu interesse em desapropriar a área.

b) Da imprestabilidade do laudo confeccionado pelo IMPLURB (fls. 206/208 dos autos do cumprimento provisório de sentença). Da existência de parecer do setor de perícias do Ministério Público Federal contestando de modo fundado o referido laudo.

Em homenagem ao contraditório, acaso superada a preliminar de não conhecimento parcial do agravo de instrumento, o que se admite tão somente com o fito de argumentar, a recorrida, doravante, passa a impugnar o laudo acostado pelo agravante às fls. 97/99 dos autos do cumprimento provisório de sentença (processo n. 0614323-14.2016.0001).

Com efeito, após os interventores da entidade tomarem conhecimento da Informação n. 120/2016-DPLA/IMPLURB, requereram ao MPF que examinasse o referido documento, a fim de averiguar se as ilações nele contidas eram razoáveis ou não.

Em resposta, o MPF, através de sua secretaria de apoio pericial, elaborou o parecer técnico 42/2016 – SEAP (DOC. 02), no bojo do qual a engenheira civil pertencente aos quadros do *Parquet* Federal examinou minuciosamente a fundamentação invocada pelo IMPLURB e, ao cabo do estudo, concluiu:

Trata-se de atendimento aos termos da guia de requerimento acima referenciada do Procurador da República, Dr. Rafael da Silva Rocha, no qual solicita manifestação sobre a estimativa do custo das obras de conservação e restauração do prédio da Santa Casa de Misericórdia de Manaus apresentada pelo IMPLURB no valor de R\$ 25.312.281,20 (vinte e cinco milhões, trezentos e doze mil, duzentos e oitenta e um reais e vinte centavos), com base nos documentos em anexo.

[...]

A informação técnica limitou-se a estimativa por comparação com “obras similares”, utilizando apenas uma amostra de projeto, que não demonstrou total similaridade com a restauração do prédio em questão, pois tratava-se somente de restauração de fachadas, tornando o valor alcançado pouco confiável.

[...]

Além disso, foi estimado um reajuste de 25% baseado na inflação entre 2013 e 2017, aplicado sobre o valor de referência R\$ 1.907,00/m² (Restauro do Hotel Cassina), **sem a apresentação da base de cálculo.**

[...]

Na prática, pela complexidade arquitetônica do prédio da Santa Casa, como bem cita o Diretor de Planejamento Urbano na IT n° 120/2016, requer um estudo mais amplo para a estimativa da obra, devido a uma série de fatores, como:

- Histórico do bem;
- Estado de conservação (problemas patológicos existentes e a avaliação técnica específica de especialista);
- Proposta de intervenção, incluindo os projetos de conservação/restauração, lay-out, projetos complementares, paisagismo, bens integrados e móveis quando existirem;
- Qualificação dos profissionais a serem contratados

De acordo com a natureza da obra, consideramos que a proposta no valor de R\$ 25.312.281,00 seja reformulada, a fim de obter uma estimativa mais consistente, levando-se em consideração as especificações particularizadas de uma obra de restauração/conservação e as instalações hospitalares, além do aumento da inflação e a variabilidade do mercado durante alguns períodos do ano. [grifamos]

Isso posto, é de se notar que o laudo apresentado pelo Município foi elaborado de modo açodado, às pressas, sem que a comparação traçada pelo perito municipal guardasse sequer relação de proximidade com a obra de restauração do prédio histórico pertencente à agravada.

Não foi por outro motivo que a perita do MPF desqualificou a amostra fornecida pelo IMPLURB, porquanto o projeto de restauro do Hotel Cassina teve por objeto tão-somente a fachada de tal edificação. Demais disso, o laudo ora censurado não apresentou a base de cálculo que justificasse, no período de 2013 a 2017, a estimação do reajuste inflacionário no patamar de 25%.

Como bem destacado pela engenheira civil integrante do setor de perícias do MPF, afigura-se imprescindível a realização de estudo mais acurado do histórico e do estado de conservação do imóvel, com o auxílio de equipe gabaritada para tal mister, ao fito de que se chegue a uma avaliação real do custo da obra.

Não ultimadas tais providências, qualquer atribuição de preço ao empreendimento estará irremediavelmente fundada em especulação, em opinião despida de cunho científico e, em última análise, em dedução mentirosa e imaginativa, exatamente como sói ocorrer na hipótese em apreço.

À conta de tais fundamentos, requer-se seja rechaçado o estudo apresentado pelo Município de Manaus às fls. 206/208 dos autos do cumprimento provisório de sentença.

c) Do descabimento da *teoria da reserva do possível*, à falta de comprovação específica da insuficiência de recursos. Da incidência da *teoria da restrição das restrições* ou da *limitação das limitações*. Da dimensão política da atuação do Judiciário no que tange à implementação de direitos fundamentais revestidos de estatura constitucional. Da omissão inconstitucional do Município de Manaus. Da ausência de ofensa ao postulado da separação dos poderes. Da incidência da cláusula de proibição do retrocesso. Precedentes da Suprema Corte e do STJ.

Novamente, *ad argumentandum tantum*, acaso superada a preliminar de não conhecimento parcial do agravo de instrumento e desde que admitido por esta E. Corte o laudo apresentado pelo Município às fls. 206/208 dos autos de n. 0614323-14.2016.8.04.0001, a recorrida passa a invocar a inaplicabilidade da teoria da reserva do

possível à hipótese em concreto, bem como a inexistência de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Na seção destinada à cultura, a Carta Magna de 1988 estabelece em seu art. 216 que:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - **os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.**

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, **tombamento** e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. [negritamos e sublinhamos]

Cabe ao Poder Público, pois, compreendidos todos os entes políticos integrantes do pacto federativo, o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, incluído nesse conceito os bens tombados pelas pessoas jurídicas de direito público interno.

Conforme asseverado por Edis Milaré¹³, o modelo constitucional brasileiro de tutela do patrimônio cultural albergou, a um só tempo, tanto os bens de natureza material (a exemplo dos edifícios tombados pelo Poder Público), quanto os intangíveis. A propósito:

Assim, o patrimônio cultural é brasileiro e não regional ou municipal, incluindo bens tangíveis (edifícios, obras de arte) e intangíveis (conhecimentos técnicos), considerados individualmente e em conjunto; não se trata somente daqueles eruditos ou excepcionais, pois basta que tais bens sejam portadores de referência

¹³ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. A gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 7. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 318

à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira.

Deveras, **o direito à tutela do patrimônio histórico consubstancia-se como direito fundamental de terceira dimensão**, eis que fundado na noção de *fraternidade* e de *solidariedade* inerente aos interesses meta-individuais, isto é, àqueles pertinentes não ao indivíduo em si mas à própria coletividade. Nessa direção, note-se o magistério de Leonardo Fernandes dos Santos¹⁴:

A terceira geração dos direitos fundamentais surge no final do século XX. Os direitos de terceira geração dizem respeito à coletividade, ao homem enquanto gênero humano. Pertencem aos direitos de terceira dimensão os direitos difusos, o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade, as belezas naturais, ao patrimônio cultural, ao desenvolvimento, dentre outros. Esses direitos se ligam à própria idéia de fraternidade. André Ramos Tavares salienta que o principal problema envolvendo esta dimensão é a desestrutura da Administração Pública, ainda impregnada pelos vieses liberais, de encarem e criarem políticas públicas voltadas aos fenômenos de caráter metaindividuais. Observe-se novamente aqui o toque das gerações/dimensões de direitos fundamentais, pois os direitos de terceira geração também exigem a formulação de políticas públicas, como os de segunda, porém nestes com um enfoque supra ou metaindividual.

Afinal, a considerar o interesse público subjacente, cabe ao Poder Público precipuamente a proteção do patrimônio cultural com vistas a transmiti-lo às gerações futuras, de vez que os bens culturais integram o hábitat do homem moderno. **A violação de tal interesse intergeracional redundará na desconstrução do processo histórico de evolução da humanidade e, por conseguinte, na perda de sua herança cultural.** Nesse sentido, observe-se a doutrina de Solange de Holanda Rocha¹⁵:

Assim, a proteção jurídica deve recair não apenas sobre o patrimônio natural composto de paisagens naturais de especial significado para a ciência, mas também sobre o patrimônio cultural, herdado de gerações passadas, uma vez que os bens culturais integram o hábitat do homem moderno. Nesta esteira, bastante elucidativa a doutrina de Soares:

¹⁴ SANTOS, Leonardo Fernandes dos. *Quarta geração/dimensão dos direitos fundamentais: pluralismo, democracia e o direito de ser diferente*, fls. 07. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/2713857. Acesso em 25/04/2016.

¹⁵ ROCHA, Solange de Holanda. *A proteção internacional do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural e o patrimônio cultural brasileiro*, fls. 04/05. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/19787242. Acesso em 25/04/2016.

Tal patrimônio natural e, sobretudo, o cultural encontram-se de tal maneira associados ao modo de vida do ser humano, que exigem preservação, para as gerações futuras, sob pena de quebrar um evoiver da história e obrigar as futuras gerações a viverem sem uma herança cultural, que caracteriza o habitat do homem.

Demais disso, conforme bem destacado nos considerandos da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972, incorporado ao ordenamento pátrio por força do Decreto-Legislativo 74/1977, **as ameaças à incolumidade do patrimônio cultural são contínuas e a sua deterioração ou desaparecimento representa o empobrecimento não de determinado povo apenas, mas de toda a humanidade.**

À guisa de demonstração, traz-se à baila excerto extraído do texto da aludida Convenção Internacional do qual o Brasil é signatário:

Constatando que o patrimônio cultural e o patrimônio natural estão cada vez mais ameaçados de destruição, não apenas pelas causas tradicionais de degradação, mas também pela evolução da vida social e econômica que as agrava através e fenômenos de alteração ou de destruição ainda mais importantes;

Considerando que a degradação ou o desaparecimento de um bem do patrimônio cultural e natural constitui um empobrecimento efetivo do patrimônio de todos os povos do mundo;

Com efeito, a assunção de tais compromissos perante a comunidade internacional – paralelamente à proteção constitucional e legal conferida internamente ao patrimônio cultural –, além de elevar o prestígio nacional, tem o condão de estabelecer, para todos os entes políticos, deveres concretos de conservação e de reabilitação dos bens integrantes de tal acervo.

Logo, em razão do compromisso assumido pela República Federativa do Brasil, invoca-se a aplicação dos arts. 4º e 5º, “d”, da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972, *in verbis*:

ARTIGO 4.º

Cada um dos Estados parte na presente Convenção deverá reconhecer que a obrigação de assegurar a identificação, proteção, conservação, valorização e transmissão às gerações futuras do patrimônio cultural e natural referido nos artigos 1.º e 2.º e situado no seu território constitui obrigação primordial. Para tal, deverá esforçar-se, quer por esforço próprio, utilizando no máximo os seus recursos disponíveis, quer, se necessário, mediante a assistência e a

cooperação internacionais de que possa beneficiar, nomeadamente no plano financeiro, artístico, científico e técnico.

ARTIGO 5.º

Com o fim de assegurar uma protecção e conservação tão eficazes e uma valorização tão activa quanto possível do património cultural e natural situado no seu território e nas condições apropriadas a cada país, os Estados parte na presente Convenção esforçar-se-ão na medida do possível por:

[...]

d) Tomar as medidas jurídicas, científicas, técnicas, administrativas e financeiras adequadas para a identificação, protecção, conservação, valorização e restauro do referido património;

De par com tal entendimento, observe-se trecho do voto proferido pelo E. Min. Herman Benjamin por ocasião do julgamento do REsp 1.293.608/PE:

Na essência do difícil esforço judicial de apuração e ponderação acham-se dois pilares ético-jurídicos, a *infungibilidade* e o *excepcional valor*, que, juntos, conduzem à preservação desses sinais e artefatos maiores da História e da Natureza, em alguns casos até “como elemento do patrimônio de toda humanidade”. Daí ser lícito concluir que “a degradação ou o desaparecimento de um bem cultural e natural acarreta o *empobrecimento irreversível do patrimônio de todos os povos do mundo*” (Preâmbulo da *Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*, adotada em Paris em 16 de novembro de 1972, com entrada em vigor, no Brasil, em 2 de dezembro de 1977, grifei).

Tal galardão, por óbvio, traz consigo, além de prestígio internacional, responsabilidades inescapáveis que, quando casadas com o marco constitucional e legal interno, implicam *deveres concretos* os mais diversos (obrigações de “identificar”, “proteger, conservar, valorizar e transmitir às gerações futuras”, bem como de “reabilitar”, nos termos dos arts. 4º e 5º, “d”, da Convenção) e que têm por destinatários, além do Estado-Parte em si, todos os níveis de governo e entes estatais, coletividade e cada cidadão individualmente. [grifos no original]

Em que pese a construção doutrinária forcejada, há julgado emanado do Supremo Tribunal Federal que diverge de tal classificação, compreendendo os interesses concernentes à ordem cultural enquanto direitos fundamentais de segunda geração.

Independentemente da categoria ou dimensão adotada, o Pretório Excelso reconhece seu caráter essencial, em ordem a compreendê-los como parte integrante do núcleo intangível ínsito ao mínimo existencial. Ratificando o que ora se aduz, observe-se o aresto abaixo ementado:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. **DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).**

(ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29/04/2004, DJ 04/05/2004, PP-00012, RTJ VOL-00200-01, PP-00191) [grifamos]

Posicionada a questão respeitante à natureza jurídica dos direitos culturais enquanto direitos fundamentais ínsitos ao mínimo existencial, notadamente diante da jurisprudência do Pretório Excelso, cabe enfrentar o argumento condizente com a intervenção jurisdicional na espécie.

Convém destacar que, ordinariamente, a discricionariedade do ato administrativo não é sindicável pelo Judiciário. Ainda assim, como é de comezinha sabença, tal discricionariedade do administrador público não é absoluta.

Nesse soar, **quando o Poder Público desvia-se da realização de direitos tão essenciais à cidadania e da própria implantação de políticas públicas impostas pelo texto constitucional, tal abstenção, porquanto arbitrária, deve ser objeto de legítimo controle jurisdicional, por influxo do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art.**

5º, XXXV, da CF), a fim de que a eficácia jurídico-social de tais direitos não reste deliberadamente esvaziada pelo ente estatal incumbido de sua efetivação.

Em tal situação, o postulado da separação dos poderes não pode ser conjurado pelo ente governamental, ao fito de elidir a atuação positiva e construtiva do Estado-Juiz, diante da nefasta e intolerável inatividade da máquina pública.

A propósito, confira-se a doutrina de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen¹⁶:

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.

Vociferando na mesma direção, observe-se a seguinte passagem colhida do voto do E. Min. Ricardo Lewandowski no ventre do RE 592.581:

[...] A Constituição dirigente, que não esgota em si mesma o seu conteúdo direcional, é também política. Ela só se realiza plenamente através da atuação do Poder Legislativo (produção de leis) e do Poder Executivo (criação e execução de políticas públicas). Mas, ao Poder Judiciário cabe justamente guardar e garantir os direitos fundamentais, os quais devem estar subjacentes às leis e às políticas

¹⁶FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 59, 95 e 97.

públicas. E quando estas são insuficientes, como se verifica claramente no presente caso, é dever do Poder Judiciário atuar para que essas políticas públicas cumpram com o seu desiderato e satisfaçam um direito tido como pressuposto para qualquer existência digna e sadia.

A agenda de políticas públicas nasce de pesquisa realizada no seio do grupo social e da definição das prioridades, a partir dos recursos financeiros existentes. Todavia, o não atendimento dessas necessidades coletivas pelos demais Poderes autoriza a atuação do Poder Judiciário no sentido de tornar efetiva a proteção aos direitos fundamentais. Ou seja, a atuação judicial sobressai da inércia ou insuficiência dos demais Poderes em cumprir as diretrizes e determinações da Constituição de efetivar direitos, especialmente os direitos fundamentais.

(RE 592.581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

Pois bem. O Município, fundado na teoria germânica da reserva do possível, aventa a insuficiência dos recursos públicos.

Conforme já sedimentado na jurisprudência da mais Alta Corte deste País, **tal teoria não pode ser agasalhada pelo Judiciário se vier desprovida de comprovação objetiva de tal limitação material, isto é, quando configurar argumento meramente retórico da fazenda pública**, a qual é vezeira em opor obstáculos artificiais ao cumprimento das obrigações constitucionais que lhe são impostas, no afã de frustrar sua efetivação.

Na espécie, o ente agravante se cinge a invocar a crise econômico-financeira que se sucede desde 2014 como escusa para elidir sua responsabilidade decorrente dos arts. 216 da CF, 19 do Decreto-Lei 25/37 e 340 da respectiva Lei Orgânica.

Porém, conforme será demonstrado a seguir, **a simples invocação da crise econômica, posto que desacompanhada de prova documental cabal, hábil a demonstrar e justificar de modo coerente a impossibilidade de o Município dar cumprimento à obrigação constitucional negligenciada, “bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental”, não pode ser acolhida por esta E. Corte de Justiça, sob pena de esvaziamento da eficácia normativa da regra constitucional** que impõe ao Poder Público o dever de proteger o patrimônio cultural.

Corroborando, na íntegra, tal assertiva, observe-se fragmento haurido do precioso voto proferido recentemente pelo E. Min. Edson Fachin no ventre do RE 592.581/PE:

- A impossibilidade de se invocar a Reserva do Possível como argumento retórico e escusa indevida

Contraproducente se revela a alegação da reserva do possível, pois o Estado não pode se furtar a garantir, minimamente, o conteúdo normativo dos direitos especificados ao longo do Texto Constitucional e exaustivamente regulamentado pelas normas infraconstitucionais, sob pena de incorrer em ilegitimidade.

[...]

De tudo se conclui que o descompasso entre os direitos positivados na Constituição e sua efetivação – mínima, que seja – pelo Estado, primariamente pelo Executivo, Legislativo ou, por fim, pelo Judiciário, torna letra morta o Texto Constitucional e esvazia o sentido da decisão política tomada pela sociedade a que ela se destina. A reserva do possível não pode servir de argumento para escusar o Estado de cumprir os comandos constitucionais, sobretudo aqueles expressamente nomeados e caracterizados como direitos fundamentais.

Eventual objeção orçamentária deveria ser acompanhada de prova expressa, documental, que justifique adequadamente e demonstre a impossibilidade financeira do Estado, bem como porque as escolhas político-governamentais deixaram de atender demanda tão fundamental.

A invocação da reserva do possível não pode consistir em mera alegação que isenta, por si só, o Estado de suas obrigações. Somente justo motivo, objetivamente aferido, tem tal valia. Destarte, a inexistência de recursos no orçamento vigente - demonstrável objetivamente – não afasta a possibilidade de atendimento do direito em tela. Nesta perspectiva, é possível a inclusão da respectiva dotação no orçamento do ano seguinte (art. 165, § 5º, c/c art. 167, I, ambos da Constituição da República). [...]

(RE 592.581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

Daí a afirmação contida no voto de Celso de Mello no RE 745.745:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

[...] O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado”.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA.

1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes.

2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de

cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes.
Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 367432 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-04 PP-00750) [grifos nossos]

Ad argumentandum tantum, ainda que não houvesse recursos disponíveis no orçamento vigente, o recorrente, com base no art. 165, §5º, c/c art. 167, I, ambos da CF, poderia incluir a respectiva dotação no orçamento do ano seguinte, conforme salientado no voto proferido pelo E. Min. Edson Fachin no bojo do RE 592.581.

Causa estranheza o fato de o apelante arguir a insuficiência de recursos derivada da crise econômico-financeira instalada no País, **e, concomitantemente, divulgar em seu sítio eletrônico na internet, em 05/10/2015, a aplicação de 9,2 milhões de reais em prol da revitalização da Avenida Eduardo Ribeiro, com recursos oriundos do Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano (FMDU).** Em relação ao aludido projeto, o Prefeito assim se manifestou¹⁷:

O Centro é a raiz do turismo, é a raiz da cultura e a raiz da nossa história. Manaus estava se desapegando do seu Centro Histórico e de suas raízes, por isso estamos trabalhando em sua revitalização. Essa é uma obra de grande significado para nós. É importante para quem preza todas as raízes que estão naquele Centro, revitalizado por este governo.

Em vez de começarmos de baixo para cima, estamos iniciando da Praça do Congresso para a rua 24 de Maio, para não atrapalharmos o Natal dos comerciantes da área que começa no dia 15 de novembro e segue até o final de dezembro. Nós vamos fazer para que cause o menor impacto possível nesta área. Os comerciantes estarão seguros e **depois de passarem por essa crise que foi imposta ao país,** e sobretudo depois que estiver pronto o centro da cidade, os comerciantes irão lucrar muito mais com a revitalização. [negritamos]

Corroborando o alegado, traz-se à baila o conteúdo de notícia veiculada no sítio eletrônico da Prefeitura de Manaus junto à rede mundial de computadores no dia 10/01/2016¹⁸. Veja-se:

¹⁷ Disponível em: <<http://www.manaus.am.gov.br/2015/10/05/prefeitura-apresenta-detalhes-da-revitalizacao-da-avenida-eduardo-ribeiro/>>. Acesso em 15/04/2016.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.manaus.am.gov.br/2016/01/10/obras-de-revitalizacao-da-eduardo-ribeiro-trazem-a-tons-os-trilhos-do-antigo-bondinho/>>. Acessado em 15/04/2016.

Manaus dá mais um passo no resgate de sua história. Esta semana, os trilhos do antigo bondinho elétrico utilizado como transporte público na cidade, no século XIX, foram encontrados durante os trabalhos de revitalização da Avenida Eduardo Ribeiro, no trecho que compreende o cruzamento com a rua 10 de Julho, no Centro.

[...]

“Esse achado arqueológico, identificando paralelepípedo, trilho de bonde e todo esse legado da cidade da Belle Époque, demonstra a seriedade e o cuidado com que a prefeitura está tratando este patrimônio e conduzindo os trabalhos. E, certamente, será uma grande alegria e emoção integrar este Bloco Testemunho ao cotidiano da cidade e à Eduardo Ribeiro revitalizada”, comenta o presidente do Instituto Municipal de Planejamento Urbano (Implurb), Roberto Moita.

Sobre o ritmo da obra, o subsecretário da Seminf, Antônio Nelson explica que as obras ao longo da avenida seguem em ritmo acelerado, alcançando 50% do serviço concluído. As equipes atuam em duas frentes: na 10 de Julho e em frente à José Clemente. Nessa última os trabalhos se concentram na pista de rolamento com a colocação dos paralelepípedos. [grifamos]

Ora, não houvesse recursos bastantes para a implementação de políticas públicas em matéria de salvaguarda do patrimônio cultural, o Prefeito, já no auge da crise (05/10/2015), não despenderia 9,2 milhões de reais para deflagrar tal obra no centro da cidade. Observe-se que, ao cabo de apenas três meses (10/01/2016) de seu início, o projeto já contava com mais de 50% de seu cronograma cumprido, conforme deflui da simples leitura da notícia adrede mencionada.

Portanto, dinheiro há. Todavia, a opção política do administrador foi outra. Ironicamente, as obras de revitalização pretendem restaurar a história de Manaus, como se dela não fizesse parte a Santa Casa de Misericórdia. Aliás, convém reportar que o bonde – que tanto o Executivo Municipal pretende ripristinar – passava em frente à entidade.

O Município não olvida a instituição recorrida, já que a revitalização tangencia suas portas. Ele tergiversa, desprezando-a, como se a história da instituição pudesse ser desatrelada da evolução da própria cidade, como se as raízes manauaras não estivessem fincadas na Avenida Dez de Julho, 328, Centro; como se os relevantes serviços prestados por mais de um século à sociedade amazonense nada significassem para o progresso da capital; como se inexistisse a responsabilidade subsidiária da Comuna para com o edifício tombado.

A “pantera da ingratidão”, tema central dos “Versos Íntimos” de Augusto dos Anjos, tem sido companheira inseparável da agravada, porquanto o Município de Manaus, consubstanciado na atitude inerte e desviante de seus gestores, se mostra ingrato para com esta pia entidade.

Logo, uma vez que não houve demonstração objetiva e cabal de que o erário municipal não dispõe de recursos para fazer frente ao sobredito mandamento constitucional, afasta-se a incidência da teoria da reserva do possível ao caso em testilha.

Na minuta recursal, o Município alegou que o montante supostamente necessário para custear o restauro do prédio da entidade implicaria o fechamento de alguma das Secretarias Municipais, ou, ainda, o desalojamento de alunos do ensino fundamental. Ainda dispara às fls. 20: “[...] a população prefere ver seus impostos gastos para se ter lugar para os seus filhos estudarem ou restaurar o prédio da Santa Casa, que não se sabe qual será a finalidade? A resposta parece óbvia”.

Contudo, apenas para demonstrar que o apelante utiliza tal argumento com desfaçatez e de modo artificioso, nem mesmo a crise econômica alardeada – verdadeira panacéia – foi motivo suficiente para que as obras de revitalização da Avenida Eduardo Ribeiro se iniciassem no apogeu mesmo da situação de “grave desequilíbrio econômico”, sem embargo de que fossem conduzidas em ritmo deveras acelerado (50% de seu cronograma em três meses).

Ressalte-se que tal assertiva não se presta precipuamente a hostilizar a opção política do administrador municipal. Seu escopo, contrariamente, é o de revelar, sob o ponto de vista lógico-jurídico, a existência de dotação orçamentária suficiente nas rubricas pertinentes à Cultura e Infra-Estrutura para o Município, mesmo em momento de crise econômica, atuar na seara de preservação e resgate do patrimônio histórico, a considerar que a obra está em curso e marcha em ritmo apressado.

Paralelamente, conforme dimana da jurisprudência do Pretório Excelso, o agravante, para lograr o acolhimento da reserva do possível, deve evidenciar documentalmente e de forma inequívoca a impossibilidade financeira de realizar o mandamento constitucional.

Como já frisado, não houvesse dinheiro, o Município de Manaus não poderia iniciar qualquer obra em matéria de conservação do patrimônio cultural. Nada obstante, assim procedeu, razão por que a reserva do possível ventilada pelo recorrente corresponde a um sofisma, verdadeira falácia, já que fruto de obstáculo artificial, revelando o ilegítimo e censurável intento do agravante de inviabilizar a preservação e reabilitação do edifício tombado, conforme disciplinado no art. 216 da Carta Magna.

Com fulcro em tais premissas, roga-se seja o Município de Manaus reputado litigante de má fé, porquanto tenta, a todo modo, induzir em erro esta E. Corte.

Conforme asseverado pelo E. Min. Celso de Mello no ventre do RE 745.745, qualquer raciocínio em sentido contrário fomentaria o que doutrina constitucionalista denomina de “erosão da consciência constitucional”, isto é, a instigação ao descumprimento das normas estabelecidas na Carta Política e ao incremento dos processos informais de mudança da Constituição.

Os agentes políticos e administrativos, posto que vinculados ao princípio da legalidade (art. 37, I, da CF), não podem se divorciar dos ditames legais – mormente dos constitucionais – durante o exercício das atribuições que lhe são conferidas pela própria ordem jurídica.

Não podem se substituir ao próprio Poder Constituinte Originário, com vistas a frustrar as justas expectativas depositadas pelos cidadãos no fiel cumprimento das normas constitucionais, pena de infringência insuperável ao princípio da proteção da confiança e à própria autoridade da Lei Maior.

Nesse sentido, já decidiu a Suprema Corte:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade

governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Na mesma direção:

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

(ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014)

[...] Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

(RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

No caso em testilha, nem mesmo se cogita da efetivação de norma de conteúdo programático, pois o §1º art. 216 da CF dispõe categoricamente que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, **promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro**, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Cuida-se, a valer, de norma de caráter cogente, dotada de eficácia plena e aplicabilidade imediata, e não de mera promessa constitucional. Muito embora o Município haja procedido ao tombamento do bem, tem reiteradamente se omitido quanto à responsabilidade subsidiária cominada na legislação de regência. Nesse sentir, **a inércia do**

Poder Público em adotar medidas concretizadoras da defesa do patrimônio cultural configura omissão inconstitucional intolerável.

A propósito, roga-se vênia para se transcrever outro precedente do Pretório Excelso:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

.....
- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Com efeito, **a realização do tombamento pelo ente municipal representa presunção absoluta de relevância**, revelando, desse modo, o interesse público em sua preservação. Nesse sentido, observe-se o precioso excerto colhido do voto proferido pelo E. Min. Herman Benjamin:

O tombamento institui *presunção absoluta* de importância; diversamente, para o Judiciário, o não-tombamento nenhuma presunção, nem mesmo relativa, estabelece, pois até as pedras

sabem que a Administração especializada frequentemente silencia porque sofre com carência de recursos humanos, técnicos e financeiros, sem falar que sua omissão nem sempre se explica por razões nobres, hipóteses em que, na forma de desídia, a inércia ou recusa em afetar o bem somente ecoam, em acréscimo à insensibilidade e à ignorância do administrador, a deletéria rendição do Estado à graça sedutora ou ao irresistível constrangimento do poder econômico e político.

(REsp 1.293.608/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2012, REPDJe 24/09/2014, DJe 11/09/2014)

A conduta omissiva do agravante representa, em remate, o descaso do Município com o estabelecido na Carta da República; a indiscutível tentativa de esvaziar o conteúdo normativo e vinculante do mandamento delineado pelo Constituinte; o desprezo injustificável às disposições da Lei Maior; a incapacidade de gerir os recursos públicos; a incompetência da administração municipal em concretizar as políticas estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário em defesa do patrimônio cultural; a inoperância funcional dos gestores públicos que emprestam caráter retórico e simbólico aos caros compromissos assumidos pela Constituição para com os cidadãos, dos quais não pode se distanciar o Poder Público.

Cabe salientar que a diminuta parcela de indivíduos investida por tempo determinado na chefia do Executivo não está dispensada do cumprimento das relevantes tarefas impostas na Constituição, notadamente quando vocacionadas à realização de direitos essenciais da cidadania, tudo com base na primazia constitucional e em sua força normativa, bem assim diante do mandato que lhes é confiado pelo povo.

Logo, não cabe ao recorrente, tal qual aventado pelo nobre procurador às fls. 20, perquirir se a conservação do patrimônio histórico é preferível ou não pelo povo a título de política governamental, porquanto a Lei Maior – enquanto manifestação palmar da soberania popular, a qual elegeu democraticamente, pelo voto, os congressistas que compuseram a Assembléia Constituinte – estabeleceu, *ex vi* do art. 216, que compete ao Poder Público o dever de proteção do patrimônio histórico.

Confortando tal posicionamento, desponta novamente precioso precedente da Suprema Corte:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que **não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.**

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, **comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais**, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, **justificar-se-á**, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, **a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.**

[...]

(ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004) [grifamos]

III – DOS PEDIDOS

À conta de tais fundamentos, a recorrida pugna pelo(a):

- a) acolhimento da preliminar aventada, ao fito de que o agravo seja parcialmente conhecido e, quanto à parcela admitida, seja negado provimento ao vertente recurso;
- b) subsidiariamente, pelo improvimento, *in totum*, da pretensão recursal do recorrente, nos termos da fundamentação delineada nos itens I e II deste petitório;
- c) condenação do recorrente como litigante de má-fé, nos termos da fundamentação.

N. termos,
P. deferimento.

Manaus, 04 de maio de 2017.

Ivo Paes Barreto
OAB/AM 735

DOCUMENTOS ANEXOS:

- DOC. 01)** Acórdão lavrado pela E. 2ª Câmara Cível do TJAM nos autos dos embargos de declaração n. 0001727-50.2016.8.04.0000;
- DOC. 02)** Laudo confeccionado pela Secretaria de Apoio Pericial do MPF (Parecer técnico n. 42/2016-SEAP);
- DOC. 03)** Acórdão lavrado pela E. 3ª Câmara Cível do TJAM nos autos de n. 0632474-96.2014.8.04.0001, o qual improveu a apelação interposta pelo Município de Manaus;
- DOC. 04)** Íntegra do julgamento do REsp 653.086-DF;
- DOC. 05)** Petições encaminhadas aos vereadores Isaac Tayah e Professor Samuel;
- DOC. 06)** Ofícios enviados pela Justiça Estadual ao IMPLURB e à SEMINF;
- DOC. 07)** Petição apresentada ao Governador do Estado do Amazonas, requerendo a desapropriação do prédio histórico da entidade;
- DOC. 08)** Manifestação dirigida ao Governador do Estado do Amazonas, pleiteando a imissão provisória do referido ente na posse do bem tombado;
- DOC. 09)** Petição protocolizada perante o IPHAN, requerendo, dentre outros, as providências do art. 19 do Decreto-Lei 25/1937;
- DOC. 10)** Decreto Estadual 37.751, de 31/03/2017;
- DOC. 11)** Reportagens mencionadas ao longo desta contraminuta;