

Contestação em Ação Civil Pública

Dra. Marina Magro Behring Martinez

Departamento Patrimonial

Procuradora do Município - Patr23 OAB/SP 169.314

RESUMO: Contestação em Ação Civil Pública, com o fim de condenar o Município de São Paulo e o Estado de São Paulo em obrigação de fazer consistente em manter a unidade Martim Francisco em funcionamento, no local e endereço em que situada, atendendo ao ensino básico em qualquer de seus ciclos, sob pena de multa diária no importe de R\$ 10.000,00, sem prejuízo da apuração de responsabilidade pessoal dos administradores respectivos. Requereu-se, também, a declaração de nulidade do ato de transmissão de propriedade. Anulação do contrato de permuta, tendo por objeto imóvel da Rua Domingos Fernandes e outro na Rodovia Raposo Tavares. Nulidade da permuta decorrente da violação ao art. 112, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, bem como ao art. 17, da Lei Federal nº 8.666/93, e ao art. 19, da Constituição Federal. Revisão de atos administrativos – Áreas Institucionais – Retrocessão.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.

Autos: 2068/053.04.035651-8

Ação Civil Pública

Autor: Ministério Público do Estado de São Paulo

Rés: Municipalidade de São Paulo e Fazenda Pública do Estado de São Paulo

A **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**, por sua procuradora, nos autos da ação em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar a sua

C O N T E S T A Ç Ã O

ao pedido inicial nos termos seguintes:

I – BREVE RELATO DO NECESSÁRIO

O Autor, em sua petição inicial, alega que:

1) a Escola Estadual Martim Francisco foi erigida em área pública municipal e mantém taxa de ocupação média de 1.500 alunos;

2) o Município, por meio do seu Secretário de Governo, expediu ofício ao Secretário Estadual de Educação, solicitando a devolução da área em que situada a unidade educacional;

3) em resposta, o Secretário Estadual de Educação informou que, tendo em vista a pouca demanda pela unidade escolar, seus alunos poderiam ser atendidos por outras unidades próximas;

4) acertada a devolução do bem público, a Prefeita Municipal enviou à Câmara de Vereadores projeto de lei propondo a alteração da classificação do imóvel, de uso especial para dominial, bem assim que fosse o Executivo autorizado a permutar a área por outra, localizada na Rodovia Raposo Tavares, de titularidade de Pan American Estádios Ltda., certo que tal projeto foi aprovado;

5) no local existe posto de saúde em funcionamento, que realiza aproximadamente 4.000 atendimentos mensais;

6) o direito à educação é fundamental, objeto da Constituição Federal e de diversas outras leis;

7) o princípio da vinculação orçamentária, contido no art. 212, da Constituição Federal, indica que os bens afetados à manutenção e ao desenvolvimento do ensino não podem ter sua destinação alterada, pelo que o prédio da escola Martim Francisco não pode receber outra destinação e deve ficar definitivamente afetado a esse uso;

8) a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 180, VII, veda que **áreas verdes e institucionais**, assim reconhecidas pelo respec-

tivo projeto de loteamento, tenham sua destinação alterada; de tal modo, as áreas institucionais, destinadas a sediar escolas públicas, não podem ter sua alteração alterada; e,

9) o princípio da continuidade do serviço público garante a manutenção da unidade básica de saúde Max Perlman.

Em sede de pedido de antecipação dos efeitos da tutela, requereu fossem as rés impedidas de negociar o espaço público em que situada a escola, bem ainda abertura de período para coleta de matrículas nesta unidade educacional, para o exercício letivo de 2005, durante prazo não inferior a 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00, nos termos do art. 213, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como provimento principal, requereu a condenação das rés em obrigação de fazer consistente em manter a unidade educacional Martim Francisco em funcionamento, no local e endereço em que situada, atendendo ao ensino básico em qualquer de seus ciclos, sob pena de multa diária no importe de R\$ 10.000,00, sem prejuízo da apuração de responsabilidade pessoal dos Administradores respectivos.

Foi deferido o pedido de tutela antecipada, "até a vinda das informações, para suspender a alteração física do imóvel e respectivo mobiliário e ainda para manter em funcionamento o posto de saúde lá existente".

Foram prestadas informações.

Aditou o autor a petição inicial. Alegou que, após a propositura da demanda, a Municipalidade teria implementado a transferência da propriedade da gleba, presumidamente lavrando escritura pública; que os meios de comunicação veicularam informações apontando **suposta irregularidade no processo legislativo, pois não teriam sido realizadas as duas audiências pública previstas no art. 41, inciso XI, da LOMSP**; que houve violação aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, posto que a alienação não foi precedida de regular processo licitatório; que a Procuradoria do Município de São Paulo destacou a inexistência de interesse público na realização da permuta, inclusive porque parcela da área particular está comprometida, por comodato, com a Pia Sociedade de São Paulo.

Assim, acrescentou aos pedidos:

a) que, em sede de antecipação de tutela, seja a Municipalidade compelida a se **abster de negociar o espaço público em que situada a escola e a unidade de saúde**, ou, sucessivamente, seja suspenso o seu

registro, bem como impedidos quaisquer atos de disposição por pessoas estranhas à Administração Pública;

b) que, em sede de antecipação de tutela, seja o Estado de São Paulo compelido a abrir período para a coleta de matrículas na unidade educacional, para o exercício letivo de 2005, sob pena de multa diária no importe de R\$ 100.000,00;

c) que seja a Municipalidade, também em sede antecipatória, **compelida a manter em funcionamento a unidade básica de saúde**, no local em que situada, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00;

d) que seja julgada procedente a ação, para tornar definitivos os provimentos antecipatórios, **declarando-se a nulidade do ato de transmissão de propriedade**, além de condenar as rés em obrigação de fazer consistente em manter a escola e a unidade básica de saúde em funcionamento, nos locais e endereços em que situados, sob pena de multa diária no importa de R\$ 10.000,00, sem prejuízo de apuração da responsabilidade pessoal dos Administradores.

Seguiu-se, então, a concessão da antecipação de tutela, nos seguintes termos:

"Pelo exposto, reafirmo e defiro a antecipação de tutela, para determinar a devolução da posse do imóvel da Vila Nova Conceição à Municipalidade, que deverá manter em pleno funcionamento a Unidade Básica de Saúde lá instalada, proibir alteração física interna e externa da edificação e respectivas dependências, inclusive o mobiliário e equipamentos escolares, devendo a Municipalidade informar mensalmente ao Juízo, até o 15º dia útil do mês seguinte, sobre os atendimentos realizados".

Declarou-se, também, a indisponibilidade do bem.

Foram opostos embargos de declaração, que receberam a seguinte decisão (fl. 1298):

"Sem prejuízo, passo à análise do pedido de esclarecimento apresentado pela Municipalidade de São Paulo, à fls. 573. Nada há a declarar, exceto para o fim de ressaltar que a determinação quanto à proibição de alteração física, incluindo os mobiliários e equipamentos escolares afeta não só à Municipalidade como ao Estado, se a este pertencerem os bens supra citados".

É a síntese do necessário.

I - Preliminarmente

A) Das informações

A Municipalidade de São Paulo, nos termos do art. 2.º da Lei Federal n.º 8437/92, apresentou suas informações sobre o pedido de tutela antecipada formulado pelo autor, **no exíguo prazo de 72 horas**.

Naquela oportunidade, não havia ainda sido concluída a revisão que a Administração Pública apenas iniciara acerca dos atos administrativos que culminaram na celebração do contrato de permuta com a empresa Pan American Estádios Ltda.

Ultimados os estudos, apurou-se que, de fato, a avença era eivada de vícios, pelo que ingressou a Urbe com medida cautelar inominada, antecedente de ação que objetivará declaração de nulidade do pacto, pela razões ali expostas, tudo com vistas à preservação do interesse público, que autoriza – e mesmo determina - a revisão dos atos administrativos defeituosos.

Com efeito, coincide o pedido a ser deduzido na ação principal a ajuizar pela Municipalidade, i.e., o pedido de **declaração de nulidade do contrato de permuta, com somente um dos requerimentos** feitos pelo Ministério Público de São Paulo, nestes autos.

Veja-se que postula o Ministério Público, considerado o aditamento oferecido à sua petição inicial, o que se admite para argumentação, que sejam tornados definitivos os provimentos antecipatórios, **declarando-se a nulidade do ato de transmissão de propriedade**, bem ainda a **condenação das rés em obrigação de fazer consistente em manter a escola e a unidade básica de saúde em funcionamento, nos locais e endereços em que situados**, sob pena de multa diária no importa de R\$ 10.000,00, sem prejuízo de apuração da responsabilidade pessoal dos Administradores.

Além do que, as causas de pedir são distintas. De fato, a ilegalidade e a lesividade que implicam nulidade da permuta decorrem, conforme sustenta a Municipalidade, da violação ao art. 112, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, bem como do art. 17, da Lei Federal 8.666/93, de vez que, na hipótese vertente nestes autos, não foi devidamente justificado o interesse público.

Mais ainda. Houve violação ao art. 19, da Constituição Federal, porquanto, no imóvel da Rodovia Raposo Tavares, há um convento, com contrato de comodato, pelo prazo de 99 anos.

Afora o fato de que o imóvel em questão alcançaria preço mais vantajoso para o erário, caso fosse alienado mediante concorrência, como se vê da petição inicial.

Ademais, ainda de acordo com a Urbe, a permuta em questão desrespeitou o princípio da impessoalidade, uma vez que o imóvel foi concedido, sem licitação, à empresa incorporadora.

O Ministério Público, por sua vez, sustenta que a permuta seria nula por implicar infração a dispositivos constitucionais e infra-constitucionais referentes à promoção da educação, citando, dentre outros, o princípio da vinculação orçamentária, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Constituição Estadual, a questão das áreas institucionais, o princípio da continuidade do serviço público e a Lei nº 9.394/96.

Portanto, é de se entender que a coincidência entre os pedidos nas duas ações é **apenas parcial** e que, além disso, as causas de pedir são diversas, o que implica inexistência de preclusão.

Por fim, repise-se que a Administração, a partir do momento em que constata a existência de defeito em algum de seus atos, tem o dever de buscar sua anulação.

B) Do Aditamento à Petição Inicial

O autor teve seu pedido de aditamento à petição inicial juntado aos autos no dia 05 de janeiro de 2005, mesmo dia em que foi juntado o mandado de intimação e citação das rés. A Municipalidade nele após o seu ciente em 04 de janeiro de 2005.

Portanto, o pedido de aditamento não poderia ser acolhido, por violação ao disposto no art. 264, do Código de Processo Civil, que expressa o princípio da estabilização da demanda:

"Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei".

De relevo notar-se, pois, que o pedido de aditamento do autor traz alterações tanto na causa de pedir, quanto nos pedidos.

A Municipalidade não foi ouvida a respeito do pedido de aditamento e **manifesta, desde logo, sua discordância**. Requer, assim, seu desentranhamento e dos documentos que a acompanharam.

Porém, pelo princípio da eventualidade, passa-se a combater seus argumentos.

C) Da Falta de Interesse de Agir

Como dito, aforou a Municipalidade de São Paulo, em 18.01.2005, medida cautelar inominada, que recebeu o número 53/053.05.000807-5, em curso perante este MM.Juízo, com o fito de obstar o registro da escritura pública de permuta, celebrada entre o Município de São Paulo e Pan American Estádios Ltda., indicando a ação principal a ser proposta, para o fim de obter **declaração de nulidade do contrato de permuta**, por violação aos arts. 112, da Lei Orgânica do Município, e art. 17, da Lei Federal 8.666/93, além da vedação constitucional contida no art. 19, I, da Constituição Federal.

Assim, claramente o Autor carece de interesse de agir, na presente ação de conhecimento, no que toca ao pedido de declaração de nulidade do contrato de permuta, de vez que a ré já adotou as medidas pertinentes para anular o negócio jurídico impugnado.

D) Da Inexistência de Preclusão Lógica

Não há falar, no caso em comento, de preclusão lógica.

A Administração Pública pode sempre rever seus atos e anulá-los, com supedâneo nos princípios da autotutela e da supremacia do interesse público.

Dessarte, constatada a presença dos defeitos, a Urbe tomou as medidas necessárias para resguardar o interesse coletivo, pleiteando em juízo a declaração de nulidade do contrato de permuta.

Nada obstante, o Autor também requer que a Municipalidade se abstenha de negociar o bem público, bem ainda que as rés sejam condenadas em obrigação de fazer consistente em manter a escola e a unidade básica de saúde em funcionamento, nos locais e endereços em que situados.

Tais pedidos não foram compreendidos pela medida cautelar ajuizada pela Municipalidade, tampouco tal aforamento representa ato incompatível com a contestação que ora se oferece.

E) Impossibilidade jurídica dos provimentos requeridos

Da determinação de manutenção de unidade básica de saúde e de estabelecimento escolar estadual em dado local

Pede o Autor, como provimento de caráter definitivo, seja a Municipalidade condenada a manter em funcionamento a Unidade Básica de Saúde e a Unidade Educacional Martim Francisco, nos locais e endereços em que situadas. Tais provimentos, todavia, não encontram amparo em nosso ordenamento jurídico.

Determinar o Judiciário a manutenção de determinado equipamento público, em dado local, violaria o princípio da independência dos Poderes, estabelecido no art. 2.º da Constituição Federal:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

É com base neste dispositivo que deve ser interpretado o art. 3.º da Lei Federal n.º 7347/85, já que a ação civil pública, embora possa buscar uma condenação à obrigação de fazer, **não deve ser utilizada com a finalidade de quebrar o princípio constitucional da Separação de Poderes do Estado.**

Com efeito, não cabe ao Poder Judiciário determinar a manutenção e funcionamento de unidades públicas, de forma a invadir a esfera de discricionariedade do Poder Executivo. Dentro dessa esfera de discricionariedade, encontra-se a possibilidade de estabelecer prioridades, sem interferência dos demais Poderes, incluindo-se a escolha do local que deverá contar com o equipamento.

É somente o Poder Executivo quem tem conhecimento sobre os serviços e obras que são mais prioritárias e viáveis, sobre a eventual disponibilidade de recursos financeiros e a possibilidade de sua destinação. O critério é do Executivo, a quem o povo, através do voto, conferiu poderes para administrar.

No caso dos autos, eventual procedência do pedido significaria **manifesta ingerência** na atuação das Administrações Municipal e Estadual.

Vale dizer, **pede o autor a manutenção de escola estadual e de unidade de saúde em determinado local, conforme os critérios por ele determinados**, que não são os critérios adotados pelo Executivo, dentro de sua esfera de competência, estabelecida pela Constituição da República.

Dai a correta interpretação das normas programáticas invocadas pelo autor. Devem elas nortear o estabelecimento de políticas públicas, sem vinculação específica a esta ou aquela conduta. Mas não se impõe a realização desta ou daquela obra ou serviço. Isso não é – e nem poderia ser – previsto em qualquer lei, justamente porque a competência para definições acerca da realização de obras não é do Legislativo nem do Judiciário, mas do Executivo.

Nossos Tribunais tem reconhecido os limites da ação civil pública no que concerne à realização de obras pelo Poder Executivo. É nesse sentido a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

No mesmo sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Cabe ao Poder Executivo direito e o dever de fixar prioridades em sua administração, sopesando ações outras que, a critério desse mesmo Executivo, possam ser prioritárias. Assim, não podem juízes e tribunais assomar para si a deliberação de atos da administração, sob pena de violação do princípio constitucional da interdependência dos poderes do Estado”.

“(...) Mas referida ação, remédio processual que em boa hora veio a se inserir no ordenamento positivo brasileiro, deverá sempre se sujeitar a parâmetros outros, não encontrados na lei que a instituiu, existentes, contudo, na Constituição da República. Segue-se que embora cabível como finalidade da ação civil pública, a condenação em obrigação de fazer como já assinalado, quando ocupado o pólo passivo da ação é pessoa de direito público, impor-se-á obediência ao artigo 2o da Lei Maior que instituiu (seguindo tradição das Constituições anteriores) a interdependência dos poderes do Estado - Legislativo, Executivo e Judiciário. Ora, indubitavelmente compete ao Executivo atribuir prioridades, visando ao bem comum, entre as diversas atividades e obras que irão realizar esse bem comum. Estar seguramente sujeito o chefe do Executivo à obediência da lei, mas a lei somente poderá dispor de forma genérica sobre os objetivos que entendeu o legislador devam ser perseguidos e não de forma explícita invadindo a esfera de competência do Executivo. Por outro lado é importante ressaltar que na eleição de prioridades administrativas na execução delas está o Executivo também balizado pela Lei Orçamentária, já que não

pode obviamente dispor o Executivo de verbas não previstas no orçamento, como também não pode alocar verbas criadas para um determinado fim visando à consecução de um outro, diverso.

De tudo isso se conclui que não pode o autor legitimado da ação civil pública exigir, valendo-se dela, que o Executivo conceda prioridades para realização de obras ou serviços, adotando um critério que não é (ou poderá não ser) do chefe do Poder Executivo, mas sim desse autor da ação civil pública.

Em ação até certo ponto semelhante (cuidava-se de exigir do Executivo Municipal a realização de obras para tratamento de esgotos) restou decidido neste Egrégio Tribunal "...que não podem os juizes e tribunais assomar para si a deliberação de prática de atos de administração, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência e oportunidade daqueles escolhidos pelo meio constitucional próprio para exercê-los".

E mais adiante observa ainda venerando acórdão, de que foi relator o iminente desembargador Marco César: "logo, a presente ação civil pública o que fez foi discriminar entre as urgências da comunidade escolhendo uma como maior que outras tantas e ordenando que fosse atendida, o que não tem cabida ao prisma da ordem político social, como também ante a Constituição da República, desde seu artigo 2º nem é da letra ou do sentido da legislação específica das ações civis públicas".¹

F) Da ilegitimidade passiva

Não pode a Municipalidade, por evidente, ser condenada a manter em funcionamento estabelecimento de ensino de outro ente federativo.

Repisando-se os fatos, havia termo de cessão de uso em vigor, pelo qual mantinha o Estado de São Paulo unidade escolar em área pública municipal.

Uma vez desativada a escola, **por critérios do Executivo Estadual**, não se prestando mais o bem público à finalidade que se destinava, descrita na avença celebrada com o Estado de São Paulo, retornou a Urbe a posse direta do bem, consolidando seus direitos sobre o imóvel.

¹ RT 855/85.

De tal sorte, o feito deve ser extinto, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

III - MÉRITO

I - Da Discricionariedade Administrativa

Alega o Autor que a Municipalidade de São Paulo está impedindo "a efetiva universalização do ensino público, permitindo com que espaço físico expressivo e tradicionalmente destinado a tal finalidade tenha sua classificação alterada, servindo de moeda de troca por área cuja utilização não guarda qualquer afinidade com o tema manutenção e desenvolvimento do ensino".

Assevera, ainda, que se está a "ceifar espaço físico apto a receber expressivo número de matrículas, buscando retirar do campo de manutenção e do desenvolvimento do ensino a unidade educacional citada".

Bem é de ver, todavia, que o próprio Poder Público Estadual, incumbido do funcionamento da Escola Estadual Martim Francisco, sopesou a conveniência de manter a unidade escolar e concluiu pela sua ociosidade.

Consultado sobre a possibilidade da área em comento ser devolvida à Municipalidade, respondeu o Secretário de Estado da Educação, em agosto de 2004 (doc. anexo):

"Considerando-se a pouca demanda atendida pela referida unidade escolar, após consultarmos a Fundação para o Desenvolvimento da Educação, órgão responsável pelo cadastro de prédios da SEE, e a COGSP – Coordenadoria da Grande São Paulo, concluímos que os alunos poderão, a partir do ano letivo de 2005, serem atendidos por outras unidades escolares próximas".(grifei)

Como cediço, não cabe ao Poder Judiciário **determinar qual será a localização de dado estabelecimento de ensino, tampouco se deverá este permanecer em funcionamento**, de forma a invadir a esfera de discricionariedade do Poder Executivo.

Dentro dessa gama de discricionariedade, somente o Poder Executivo tem conhecimento de quais necessidades devem ser atendidas em certa região. O critério é do Executivo, a quem o povo, pelo voto, conferiu poderes para administrar.

Mas está o autor, em outras palavras, a requer manutenção de uma escola em determinado local, conforme os critérios por **ele determinados**, que não são os critérios adotados pelo Executivo Estadual, dentro de sua esfera de competência, estabelecida pela Constituição da República, pelo que se vê do ofício expedido pelo Secretário Estadual de Educação.

Avaliar se a Unidade Escolar Estadual é ociosa, refoge totalmente às atribuições tanto do Ministério Público, quanto da Municipalidade de São Paulo, de vez que o Poder Público responsável pelo estabelecimento de ensino é quem tem condições de exercer tal juízo de valor, com base nos dados e instrumentos de que dispõe.

De outra banda, havia sido instituída cessão de uso para o bem público, em caráter precário e gratuito, conforme documento anexo. Não poderia a Municipalidade, sponte sua, retirar da área pública a unidade escolar, sem que houvesse a anuência da Administração Pública Estadual, visto como, caso se desejasse que a unidade escolar permanecesse naquele local, e com isso não concordasse a Urbe, teria a Municipalidade que se valer dos instrumentos processuais correspondentes à hipótese, sob pena de afronta ao art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

Já decidiu o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com lapidar precisão (Agravo de Instrumento nº 262,341-5/6 - v.u. - Rel. Abreu Oliveira - 21/08/2002):

"Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Pretensão do Ministério Público, amparada por liminar, para desfazimento de obras irregulares, remoção de pessoas e cadastramento de edificações, sob pena de pesada multa diária, após vencido o prazo assinalado. Impossibilidade. Não pode o "Parquet" substituir a Administração em todo e qualquer setor. A decisão atacada está fora dos limites da estrita legalidade, invadindo campo que não é de sua competência. Critério de oportunidade. Recurso provido para cassar a liminar concedida em primeiro grau.

(...) Tem-se que o Ministério Público pode propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. É da lei. Mas não pode substituir a Administração Pública, atuando diretamente em área afeiçoada exclusivamente à Administração, a quem compete verificar se é possível, se é oportuno ou se dispõe de verba para a realização de obras públicas.

A decisão atacada está fora do contexto da legalidade estrita e invade campo da oportunidade, que não lhe compete". (grifei)

Assim, também decidiu em recente acórdão proferido em apelação cível nº 145.859.5/6, a 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo como apelante Ministério Público, assim decidiu:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão que, por ela, visava à imposição de obrigação de fazer à Municipalidade de São Paulo – Impossibilidade, a despeito de previsão legal nesse sentido – Constatação de que havia, também por lei, a imposição de outras prioridades a serem atendidas – Discricionariedade que só podia caber à Administração por estar legitimada pelo voto popular de seu dirigente máximo – Sentença de improcedência – Apelo provido em parte, só para a exclusão da sucumbência imposta ao autor."

Com mesmo entendimento a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Ação Civil Pública – obrigação de fazer – Carência – Se o Administrador Público pode solucionar a questão por mais de uma forma, inviável a ação civil pública para impor determinada e certa solução. Recurso a que se nega provimento". (Apelação Cível nº 122.103.5).

II - Das áreas institucionais e do princípio da vinculação orçamentária

Impõe-se estabelecer a distinção entre a desafetação do bem público e o contrato de permuta celebrado. Nada há que macule a parte da lei que desafetou o bem de uso especial para dominical.

Mas, afirma o autor que o bem desafetado estaria dentre as denominadas "áreas institucionais".

Por primeiro, a área em apreço passou à titularidade do Município por meio de desapropriação e compra e venda, **não em decorrência de loteamento**. Isso, aliás, é objeto de análise pelo membro do Ministério Público, durante a Audiência Pública realizada durante o processo legislativo (fl. 359/363).

Ao depois, também não colhem os argumentos usados para vedar a mudança de classificação do bem. Examine-se a afirmação de que a legislação não permite alterar a destinação de áreas verdes e institucionais.

A Lei 6.766/79 prescreve que “os espaços livres de uso comum, as vias e praças, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador, salvo hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador”.(grifei)

Já o art. 180, VII, da Constituição do Estado de São Paulo diz com áreas verdes e institucionais, reconhecidas como tal pelo respectivo projeto de loteamento.

Sobre o tema, a lição preciosa de José Afonso da Silva (grifei):

“O que é certo é que a via urbana pública - assim como as praças - como tal, será inalienável, impenhorável e imprescritível. Tornar-se-á alienável se deixar de ser via pública ou praça, pela desqualificação jurídica ou desafetação, com o quê a área respectiva passará à qualificação de bem patrimonial e se sujeitará ao regime jurídico, tornando-se alienável nos termos da legislação que regula a alienação de bens públicos, que, no mínimo, exige autorização legislativa, prévia avaliação e concorrência, salvo as exceções quanto a esta” (in “Direito Urbanístico Brasileiro”, 3ª ed., 1998, Ed. Malheiros, pág. 198).

Ou, no dizer de Hely Lopes Meirelles (in “Direito Municipal Brasileiro”, Malheiros, 1996, p. 235/236):

“Os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a Administração satisfaça certas condições prévias para sua transferência ao domínio privado ou a outra entidade pública. O que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais, isto é, enquanto tiverem afetação pública, ou seja, destinação pública específica.

Uma praça pública ou um edifício público não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado, desde o momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária que tinha e traspassado para a categoria de bem dominial, isto é, patrimônio disponível do Município. A alienação de bens imóveis do patrimônio municipal exige autorização por lei, avaliação prévia e concorrência, sendo inexigível esta última formalidade para doação, dação em pagamento, permuta e investidura por incompatíveis

com a própria natureza do contrato, que tem por objeto determinado e destinatário certo”. (grifei)

Em caso análogo, já se pronunciou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão de anulação de lei municipal em razão de manifesta ofensa ao princípio da legalidade, com a conseqüente anulação da permuta avençada – Inadmissibilidade – Municipalidade que tomou todas as providências para a desafetação do bem público, retirando-lhe, assim, a característica de inalienabilidade – Recurso improvido. (...)”

No caso dos autos, a Municipalidade tomou todas as providências necessárias para a desafetação da área institucional localizada no residencial Monte Líbano e sua permuta com aquela pertence à Província dos Capuchinhos de São Paulo, o que culminou com a edição da Lei Municipal nº 3.597/98, que não padece da inconstitucionalidade argüida pelo Ministério Público. (...)

Como já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ‘embora indisponíveis os bens públicos, pode ocorrer que as circunstâncias advindas no correr do tempo, imponham uma nova organização ou modo de uso dos mesmos bens. O interesse público é que prevalece. E esse interesse será aquele ditado pelo legislador (Câmara dos Vereadores), face a que os atos administrativos estão jungidos ao princípio constitucional da legalidade. E a Câmara dos Vereadores é livre para ditar as normas legislativas que entenda, na esfera de sua competência e observado o devido processo legal. In casu, a Câmara Municipal procedeu à desafetação dos bens, retirando-lhes a característica de inalienabilidade, com a sanção do Executivo. Vedado se me afigura, ao Judiciário, sopesar situações para dispor, em última instância, no caso, qual daquelas consultaria prevalecentemente ao interesse público’ (Recurso Especial nº 33.493-0-P)”. (Apelação Cível nº 176.080-5/2 - Rel. Clímaco de Godoy).

Colaciona-se ainda outro v. acórdão deste E. Tribunal de Justiça, cuidando de hipótese assemelhada:

“Mas, o Município, como o Estado-membro, desdobramentos da Federação, têm, também, o encargo do diagnóstico do que significa bem-estar da população.”

A norma do referido inciso VII, do artigo 180, da Carta Paulista, destina-se, data venia, aos particulares, como dito, eis que estes não estão comprometidos com o interesse público.

A aplicar-se a norma em tela ao Município ou ao Estado de São Paulo, estar-se-ia suprimindo uma providência pertinente ao Poder Público, na interpretação do interesse público, sob gerenciamento da res pública, ou seja, o de classificar os bens públicos, conforme sua natureza e utilização." (Agravo de Instrumento nº 000.547.5/4 - 8ª Câmara Civil de Direito Público, Rel. Walter Theodósio - 06/05/96). (grifei)

É certo que "a destinação legal de áreas públicas pelo loteador é imposição legal para atender às necessidades da comunidade", bem assim que os equipamentos públicos são "os aprestos do sistema social da comunidade previstos para atender às suas necessidades de educação, cultura, saúde e lazer" (Sérgio A. Frazão do Couto, in "Manual Teórico e Prático do Parcelamento Urbano, Forense, 1981, págs. 64/72).

Mas, como bem elucidado pelo julgado reproduzido alhures, o interesse público é aquilatado, tão-só, pela Administração e pela Casa Legislativa, não pelo Judiciário, e pode sofrer alterações ao longo do tempo.

Na hipótese em tela, **foi o que efetivamente aconteceu**, uma vez que o Poder Executivo Estadual deliberou pela desnecessidade de um estabelecimento escolar naquele local específico, diante da pouca procura e existência de outras unidades escolares na região, e a Municipalidade retomou bem que não mais se prestaria a ser ocupado por equipamento para prestação de serviços educacionais.

Veja-se que, se há pouca demanda para a Escola Estadual e a existente pode ser atendida por outros estabelecimentos de ensino nas proximidades, também não haverá demanda para escola que outro ente federativo instalasse no mesmo local.

De outro turno, não se pode concordar com a linha de raciocínio percorrida para alcançar a conclusão de que "a vinculação das receitas angariadas com impostos para o desenvolvimento e manutenção do ensino indica claramente que os bens afetados a tal finalidade não podem ter sua destinação alterada, sob pena de clara subversão aos propósitos do citado art. 212 da Constituição Federal".

Forçoso é reconhecer que em parte alguma do dispositivo constitucional, chamado a fortalecer os argumentos do autor, há sequer menção à categoria, desafetação ou afetação de bens públicos.

Com efeito, são claros os termos ali contidos, mas para regradar matéria atinente aos orçamentos dos entes que integram a Federação.

Quanto à unidade básica de saúde Max Perlmann, não haverá solução de continuidade na prestação dos serviços de saúde, porquanto a demanda por atendimentos será absorvida por outras unidades da região.

Além do que, consta dos autos que há, nas proximidades, outro imóvel municipal, localizado na Av. IV Centenário, 1452, que poderá ser utilizado "para transferência dos equipamentos, mobiliários e sediar a equipe de profissionais, de maneira que os serviços prestados tenham continuidade de maneira adequada".

III – Da Lei Municipal nº 13.938/04 e Da Retrocessão

O autor sustenta que "os meios de comunicação veicularam informações apontando suposta irregularidade no processo legislativo, que culminou com a autorização para que o Executivo implementasse a permuta em exame. Tal irregularidade consistiria na não realização das duas audiências públicas, previstas no art. 41, XI, da LOMSP, obrigatórias sempre que os projetos de lei versarem sobre 'atenção relativa à criança e ao adolescente'".

Também não prospera tal assertiva.

O Projeto de Lei 515/2004 trata apenas da "desafetação de área municipal situada na Vila Nova Conceição, Subprefeitura de Vila Mariana; autoriza sua permuta por imóveis de propriedade particular situados no Jaguaré, Subprefeitura do Butantã".

Não há falar em projeto que verse sobre a "atenção relativa à criança e ao adolescente", posto que, **no imóvel, não mais haveria estabelecimento escolar em atividade.**

Em momento algum o texto do projeto de lei aborda questões relativas aos direitos das crianças e dos adolescentes, pelo que não se enquadra na hipótese do art. 41, XI, da Lei Orgânica do Município.

Quanto ao parecer elaborado pelo Departamento Patrimonial da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, o óbice relativo ao contrato de comodato com a Pia Sociedade é objeto da medida cautelar inominada ajuizada pela Municipalidade de São Paulo.

No entanto, não vinga a objeção ali levantada no que toca à indenização por desvio de finalidade. Está-se a falar em retrocessão.

Sobre o instituto, assim ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 13ª edição, p. 735/749):

“Efetivada uma desapropriação, o Poder Público deve aplicar o bem, por tal modo adquirido, à finalidade pública que suscitou o desencadeamento de sua força expropriatória. Se não o fizer, evidentemente a desapropriação terá se revelado sem razão de existir. Daí reconhecer-se ao expropriado o direito a uma satisfação jurídica pelo fato. É esta circunstância que nos coloca diante do instituto da retrocessão”.

E, mais adiante:

“Questão interessante concerne ao seguinte tópico: se o bem expropriado foi aplicado a uma finalidade pública, mas, posteriormente, foi dela desligado, persiste ou não o direito do ex-proprietário de ser afrontado para readquiri-lo? Ao nosso ver, **tal direito só comparece quando o bem expropriado não foi aplicado a finalidade de interesse público. Se o foi, nem por isto terá de ficar perpetuamente vinculado a destino de tal ordem, pena de exsurgir direito do expropriado a ser afrontado em caso de ulterior desafetação e eventual alienação do bem.**

É que o pressuposto do instituto da retrocessão (seja concebida como mero direito de preferência, seja como direito real) só tem lugar quando o bem foi desapropriado inutilmente. Seu sentido, em inteligência razoável, só pode ser o de infirmar uma inútil perda compulsória da propriedade; o de reconstituir situação criada por uma desapropriação frustrada em sua finalidade própria. Em suma: o propósito ao abrigado não pode ser outro senão o de reverter ou ensejar que revertam situações nas quais a sucessão dos fatos vem a revelar que liminarmente faleciam ou, então, que não prosperaram as razões justificadoras da desapropriação”.

Longe está o caso em comento desta hipótese. Desde 1956, o bem vinha sendo utilizado pela unidade estadual de ensino, preenchendo a finalidade de interesse público e justificando sua afetação ao uso especial.

Não há que se falar, assim, em retrocessão.

IV – Da Multa

O Autor pretende ainda a condenação da ré em multa, incabível, na hipótese.

Pede-se vênia para citar, com relação ao tema retro, o entendimento do I. Professor Vicente Greco Filho, em parecer elaborado para a Prefeitura Municipal de Santo André, “*verbis*” :

“A r. decisão que, de ofício, determinou a citação da Prefeitura aplicou à Municipalidade multa diária.

Sem prejuízo de todas as observações anteriores, tal determinação é ilegal e inconstitucional.

Apesar de a previsão legal não estabelecer restrição à aplicação de multa a entidades de direito público, essa impossibilidade decorre dos princípios do direito processual e do direito constitucional.

Com efeito, é assentado na doutrina que a multa cominatória tem a finalidade de execução indireta (na terminologia de CHIO-VENDA), ou seja, de compelir o devedor a cumprir o preceito, no sentido das “astreintes” do Direito francês. Sua finalidade, pois, é compulsiva.

No que concerne à Administração Pública tal efeito é inócuo, porque, na verdade, quem pagará é a Administração em caráter impessoal e, além disso, atinge ela pessoa estranha ao feito, porque se for paga quem estará pagando é o povo, porque será deduzida de dotações orçamentárias destinadas a outras finalidades do serviço público.

(...)

Do ponto de vista constitucional, a multa, no caso, também é juridicamente impossível. Um Poder não pode aplicar multa sobre o outro, porque isso representa uma supremacia incompatível com a autonomia de cada um deles.”

Tal matéria, ademais, não é órfã em nossos Tribunais. O próprio TJSP, Terceira Câmara Civil, por votação unânime, no julgamento da apelação nº 205.577-1- Presidente Venceslau, referente a uma ação civil pública, assim se posicionou:

“Afasta-se a pena de preceito, por desnecessária e porque: 1º - se o Prefeito Municipal desatender ao comando judicial expresso, será responsabilizado, penal e administrativamente; 2º - porque

a fixação da multa diária imposta ao Poder Público penalizará, tão-somente, aos contribuintes, muitos dos quais são os potencialmente lesados com a edição dos impugnados diplomas legais. É absurdo transferir ao munícipe danos do próprio Município por erro do representante legal eleito”.

Diante de todo o exposto, requer seja a presente ação extinta sem julgamento do mérito, pelo acolhimento das preliminares levantadas. Caso superadas, no mérito devem ser julgados improcedentes os pedidos, na medida do que foram contestados pela ré.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2005.