

O PAS e a Constituição

Celso Ribeiro Bastos

Professor no curso de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica, de Relações Econômicas Internacionais e Direito Constitucional. Diretor Geral do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

Em nome do mui ilustre Secretário Municipal da Saúde, a douta Procuradora Geral do Município de São Paulo, respondendo pelo expediente da Secretaria dos Negócios Jurídicos, solicita-nos parecer sobre a constitucionalidade da Lei Municipal nº 11.866, de 12 de setembro de 1995, que instituiu o Plano de Atendimento à Saúde - PAS. Para tanto apresentou-nos documento com o seguinte teor:

"Em razão da solicitação especial do Digníssimo Secretário Municipal da Saúde, Dr. Roberto Paulo Richter, preocupado com a execução dos serviços públicos afetos à pasta da qual é titular, no que se refere especificamente, ao Plano de Atendimento à Saúde - PAS, diante da medida liminar

concedida pelo Sr. Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo na ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Associação Paulista de Medicina e outros, formulo a seguinte consulta:"

1 - Infringe os artigos 219 e 220 da Constituição do Estado de São Paulo, especialmente em seus incisos II e § 2º, respectivamente, reproduzindo os princípios estatuidos nos arts. 196 e 197 da Constituição Federal, a execução dos serviços públicos de saúde pelas Cooperativas de Trabalho, nos termos da Lei 11.866/95, que instituiu o PAS - Plano de Atendimento à Saúde?

2 - Tendo em vista a natureza jurídica do instituto do convênio e considerando as peculiaridades da cooperativa conveniada, pode se concluir pela inexigibilidade de procedimento licitatório ?

3 - As disposições do artigo 5º, da Lei 11.866/95, ao indicar as cooperativas com as quais serão celebrados os convênios violam os princípios contidos nos artigos 5º, incisos XVII e XVIII e 174, parágrafo 2º da Constituição Federal ?

4 - É lícito afirmar que a operacionalização do PAS na forma preconizada pela lei municipal, não viria a caracterizar prestação de serviços por sociedade civil com fins lucrativos?

5 - Considerando a concessão da medida liminar pelo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação direta de inconstitucionalidade, é razoável a interpretação segundo a qual os seus efeitos operam-se "ex nunc"?

I – Dos fatos relacionados com a consulta

O Plano de Atendimento à Saúde – PAS, pelo que se vê, foi instituído pela Lei Municipal nº 11.866, de 12 de setembro de 1995 e visa, primordialmente, melhorar o atendimento nas áreas da Saúde sob a responsabilidade da Prefeitura Municipal de São Paulo, estimulando a participação dos profissionais e das organizações comunitárias e não governamentais, que atuam no campo da Saúde, na destinação e gestão dos recursos públicos aos serviços de saúde pública. Busca-se, ainda, facilitar o acesso universal e

igualitário da população às ações e serviços mantidos e desenvolvidos pela Prefeitura, voltados à prevenção, produção, proteção e recuperação da saúde.

Lê-se mais da referida lei que o PAS é um programa que compreenderá ações e serviços destinados à prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde da população e objetivará a implantação dos sistemas de gestão, operação, alocação de recursos financeiros, materiais e humanos, para atendimento à saúde.

A implantação do PAS será feita gradativamente por módulos de atendimento constituídos por unidades da Secretaria Municipal da Saúde. Tais módulos serão estabelecidos, observando-se o princípio da regionalização do atendimento e a estrutura organizacional da Secretaria da Saúde.

Os módulos de atendimento, tantos quantos forem necessários, serão constituídos pelas unidades da Secretaria Municipal da Saúde, nos quais serão implantados programas e seguirão os limites dos distritos definidos oficialmente, ou referir-se-ão a unidades específicas. Note-se que o Plano de Atendimento à Saúde – PAS, compreenderá as ações e serviços destinados à prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde da população, objetivando a implantação de sistema de gestão, operacionalização e alocação de recursos financeiros, materiais e humanos para o atendimento à saúde, adotando-se a forma de parceria entre a Prefeitura e os profissionais de saúde associados sob a forma de cooperativas de trabalho, sem fins lucrativos, formadas exclusivamente pelos servidores municipais e organizadas para essa finalidade específica.

Dita parceria será instrumentalizada através de convênios de cooperação, cabendo à Prefeitura alocar os recursos materiais e financeiros. Às cooperativas, por seu turno, caberá o aporte dos recursos humanos para a administração e operação das unidades de saúde integradas aos módulos de atendimento.

Os aludidos recursos materiais compreendem as unidades de saúde, inclusive hospitais e centros de convivência, com as respectivas instalações, equipamentos e veículos, abrangidos pelo módulo de atendimento.

Quanto à titularidade dos bens imóveis e móveis alocados aos objetivos de cada convênio, será, ela, mantida com a Prefeitura. A guarda e conservação desses bens caberá à cooperativa conveniada, na forma estabelecida no instrumento pertinente.

As cooperativas de trabalho responderão pelas ações e serviços destinados à prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, como estabelecido for no convênio respectivo.

As cooperativas de trabalho e seus cooperados estarão obrigados a desenvolver as ações e trabalhos que lhes forem atribuídos, sob a responsabilidade, coordenação, representação única da Prefeitura do Município de São Paulo.

Além do que, a Secretaria Municipal da Saúde supervisionará e fiscalizará o cumprimento do disposto na Lei nº 11.866/95 e no seu Decreto Regulamentador, de maneira a assegurar no campo da saúde, o atendimento universal e igualitário à população do município, com a execução dos serviços de competência e responsabilidade da Prefeitura, atribuídos por legislação específica, ou por outros convênios mantidos pela Municipalidade.

Os cooperados, prestadores de serviços na cooperativa de trabalho, serão os próprios servidores municipais que deverão solicitar licença ao titular da pasta em que estiverem lotados, por meio de requerimento, ao qual será anexada cópia do comprovante de associação à cooperativa de trabalho conveniada. Se desligado da cooperativa de trabalho por qualquer motivo, o servidor reassumirá, de imediato, o exercício de seu cargo ou função junto à sua unidade de lotação. Igualmente, voltará à sua função ou ao seu cargo de origem, o servidor licenciado, na hipótese de extinção do convênio, por denúncia, rescisão ou término do prazo.

Esses afastamentos ocorrerão para que o servidor preste serviços junto às unidades conveniadas como partícipe do Plano de Atendimento à Saúde - PAS, com prejuízo de vencimentos. Ele, no entanto, a qualquer tempo, a seu pedido, poderá reassumir o exercício do seu cargo ou a função do seu posto.

Também o servidor afastado poderá retornar ao exercício de seu

cargo ou função, por conveniência da cooperativa de trabalho, cabendo a esta expor os motivos do retorno.

Os convênios de que trata a lei instituidora do PAS serão celebrados pela Prefeitura, por intermédio da Secretaria Municipal da Saúde, cujas características serão definidas em regulamentos de serviços específicos.

As cooperativas conveniadas, obrigatoriamente, prestarão contas à Prefeitura Municipal de São Paulo e à Secretaria Municipal da Saúde.

Pelo que consta, o PAS tem como objetivo principal melhorar o atendimento nas áreas da saúde sob a responsabilidade da Prefeitura Municipal. Este plano se assenta nos princípios da gestão compartilhada em parceria múltipla e na descentralização. Através do PAS, a população será atendida de forma sistematizada e regionalizada. Vale dizer, cada munícipe será cadastrado e receberá um cartão magnético que dará direito ao atendimento no módulo de saúde de seu bairro. Tal critério, isento de restrições, garantirá que seja atendido o princípio da universalidade constitucional.

O PAS dará prioridade absoluta à população mais carente que, nem sempre, é convenientemente atendida. Trata-se, pois, de plano que nasce da necessidade e do dever do Poder Público de criar alternativas para superar as crônicas deficiências da área da saúde pública.

Este em síntese, o perfil do Plano de Atendimento à Saúde - PAS, instituído com o propósito de resolver de forma eficiente a problemática da saúde pública.

II – Do Plano de Atendimento à Saúde – PAS, e sua afinidade com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário da população às ações e serviços de saúde

O Plano de Atendimento à Saúde – PAS, pelo que descreve a Lei Municipal nº 11.866/95, está em perfeita sintonia com o princípio constitucional do acesso igualitário e universal às ações e serviços constitucionais de saúde. Por essa parte, os legisladores, ao editarem a lei em apreço, foram bastante cautelosos, porquanto, referido plano, pelo que se verá, guarda

inteira conformidade com os preceitos constitucionais que regem a matéria em causa.

Primeiro, no âmbito da Constituição do Estado de São Paulo, sabe-se que seu artigo 219, que proclama ser a saúde direito de todos e dever do Estado, estabelece que os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante os princípios arrolados no parágrafo único deste artigo. Uma dessas garantias refere-se ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde em todos os níveis.

A saúde, diz esse preceito, é direito de todos e dever do Estado. Os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante: políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade, e da redução do risco de doenças e de outros agravos; o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde em todos os níveis; o direito à obtenção de informações e esclarecimentos de interesse da saúde individual e coletiva, assim como as atividades desenvolvidas pelo sistema; o atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, proteção, preservação e recuperação de sua saúde.

Ao contrário do que por vezes se propala, as coordenadas legais a que ele obedece vão diretamente ao encontro da Constituição, tanto federal quanto estadual. Cite-se, de logo, o objetivo primordial desse plano: a melhoria do atendimento nas áreas da saúde, sob a responsabilidade da Prefeitura Municipal. E mais. Tal plano baseia-se nos princípios da gestão compartilhada em parceria múltipla e na descentralização. Isso significa que a população terá acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, em todos os níveis. Tal como previsto na lei que instituiu o PAS, o atendimento à população, em especial a mais carente, será feito sem restrições e implementando, destarte, o princípio da universalidade constitucional.

Ao seu turno, proclama o artigo 220, parágrafo 2º, também da Constituição do Estado de São Paulo: "as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle". As ações e serviços de saúde serão realizados, preferencialmente, de forma direta, pelo Poder Público ou através de terceiros, e pela iniciativa privada.

O serviço de saúde não deve ser confundido com os serviços públicos propriamente ditos. Nestes, o Estado detém a exclusividade da sua prestação e os particulares só podem ter acesso a eles, mediante um ato de delegação que pode consistir numa autorização, numa concessão ou numa permissão.

A atividade da saúde é aberta a toda coletividade. Esse é, sem dúvida o propósito da Constituição, ao deixar certo que, se por um lado, a saúde é direito de todos, para o Estado ela é um dever, sem, contudo, transformá-la em monopólio estatal.

O artigo 220 da Constituição do Estado, reproduz o artigo 197 da Constituição Federal, *in verbis* dizendo assim: "são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado".

A reedição deste preceito constitucional, na Constituição do Estado de São Paulo, foi bastante fiel ao modelo federal e, portanto, tratam-se de artigos que ditam idênticos princípios.

Assim, se a saúde é um serviço de relevância pública, duplamente proclamado, não pode ser um serviço público, propriamente dito. Embora se trate de um dever do Estado, ele não tem, necessariamente, que prestar esse serviço, valendo-se de seus próprios funcionários, mediante médicos, funcionais e contratualmente ligados ao Poder Público. Tanto o precitado artigo 220 da Constituição Estadual, como o artigo 197 da Constituição da República deixa nítida a possibilidade de o exercício desse dever vir a ser prestado por pessoa privada. É dizer: a execução das ações e serviços de saúde poderão ser feitos diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros, bem como por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Não há dúvida, portanto, que o enfrentamento do desafio de atender às necessidades de saúde, que todos sabemos serem enormes, não pode ser feito sem a conjugação de todos os setores: públicos, particulares, ou formas puras ou mistas, caso se fizer necessário, mediante contratos, convênios, enfim, por toda a forma que permita difundir a prestação de serviços no País.

É o que, na verdade, se extrai do Texto Constitucional e, perfeitamente sintonizado com este, é o que também consta da Lei Municipal nº 11.866/95.

O caso específico do artigo 219, inciso II, da Constituição Estadual, voltamos a insistir, fala no acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde em todos os níveis. O Plano de Atendimento à Saúde – PAS, tal qual preconizado na lei municipal que o instituiu, abre, universalmente, como quer a Constituição, as portas a todos os necessitados, uma vez que toda a população de São Paulo, com a implantação integral do plano, chegará a ser atendida. A esse atendimento, não se faz qualquer restrição, a não ser a de que cada cidadão da cidade de São Paulo, deva procurar o PAS da sua região, para ser atendido mais comodamente. Isso, no entanto, nada mais é do que pura conveniência meramente administrativa. O cidadão fica conveniado no PAS da sua região, mas isso não implica seja ele impedido de receber os serviços se, porventura, houver necessidade, valendo-se do PAS de outra região. Para sua própria conveniência, entretanto, deverá procurar o PAS onde foi cadastrado, posto que assim o seu atendimento será facilitado.

Não vemos aqui, qualquer sorte de restrição que fira realmente o caráter universal que a Constituição tem a emprestar às modalidades de prestação de serviços por parte do Poder Público.

O artigo 220, parágrafo 2º, da Constituição Estadual, como já se viu, estabelece que as prestações de serviços de saúde serão realizadas preferencialmente, de forma direta pelo Poder Público, ou através de terceiros, e pela iniciativa privada.

Por essa forma de dispor, salta aos olhos que, igualmente, tal dispositivo está integralmente seguido pelo PAS, que é uma modalidade de prestação de serviços de saúde pelo Poder Público. Sem qualquer ofensa à forma direta de prestação, poderíamos considerar como uma forma de prestação de terceiros, visto que se cuida de uma modalidade de prestação de serviços que envolve esforços do Poder Público e particulares.

Não se trata de uma iniciativa privada exclusiva, porque ela vive dos recursos do Estado. É pois, uma modalidade de prestação de serviços por parte do Estado com caráter nitidamente misto, que de resto, é o que está na essência do Plano de Atendimento à Saúde – PAS.

De outra feita, o artigo 196 da Constituição Federal, ao cuidar da saúde, di-lo assim: "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Ao seu turno, o artigo 197 da Constituição Federal proclama: "são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros, e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

O cotejo aos princípios estabelecidos nos artigos da Constituição do Estado e da Constituição Federal, com a Lei Municipal nº 11.866/95, outra vez, faz ver que não há qualquer espécie de conflito entre o PAS e esses dispositivos constitucionais. Essa referida lei municipal nada mais faz senão ditar a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, executando-os através de terceiros, que são as chamadas cooperativas de trabalho, porém, retendo nas mãos do Poder Público, a fiscalização de tais serviços.

É, pois, de total impropriedade a pretensão dos autores da ação direta de inconstitucionalidade mencionada pela Consulente. Como se sabe, não cabe representação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, fundada em suposta lesão a dispositivos e preceitos da Constituição Federal.

A propósito, referida ação não encontra arrimo nem pressupostos para seu cabimento. Isto porque nela, não se aponta, como lesado, nenhum artigo da Constituição do Estado, que seja próprio desta, ou melhor dizendo, que não seja uma mera repetição de preceitos da Constituição Federal.

De conseguinte, a prefalada ação direta de inconstitucionalidade não atende ao requisito de cabimento exigido para as ações da índole.

Nessa ação, não se questionam artigos inseridos na Constituição do Estado, provenientes da vontade originária do Poder Constituinte Estadual e, artigos dessa ordem, são indispensáveis para efeito de se impugnarem leis municipais por inconstitucionalidade.

O que se lê claramente dos artigos 196 e 197 da Constituição da República, deixa bastante nítido que estamos diante de dispositivos de mero caráter programático, visando a estabelecer um norte, uma direção a que devem ser submetidos os serviços públicos. Nada obstante não terem sido lesados, ainda assim, pretendem os autores da ação verem-nos transformados em pressupostos da lide, com total descaso pelo integral descabimento de preceitos da Constituição Federal para embasarem declarações de inconstitucionalidade da lei municipal.

Vale lembrar que não se aceitam mais normas constitucionais que possam ser meras concitações ou proclamações, sem nenhuma eficácia imediata. E aqui por eficácia, está-se a entender a virtualidade da norma já estar em condições de incidir sobre o real. Ainda assim, é forçoso reconhecer-se a existência de normas de eficácia limitada, ineptas para produzirem a plenitude de seus efeitos.

A primeira afirmação que pode ser feita em consonância com o acima afirmado, é que as normas constitucionais de eficácia limitada, tais como as dos artigos 196 e 197 não podem incidir sobre uma situação concreta e gerar um direito subjetivo para o seu destinatário e um dever ou obrigação para quem arque com o ônus de satisfazer o credor.

A programaticidade dessas normas consiste no fato de que sua não aplicabilidade imediata não decorre de mera remissão à lei ou ao Estado. A sua programaticidade resulta sim, do reconhecimento pela Constituição de que seus fins não são alcançados de uma só feita. Não dependem de mera diligência legislativa, mas de um contexto de elementos de ordem social, econômica e até mesmo política.

A forma de se conferir a aplicabilidade a esses preceitos não é idêntica a de outras normas não aplicáveis, mas dependentes exclusivamente de uma lei para conferir-lhes exequibilidade. Estas são passíveis de um cumprimento breve e instantâneo. Basta editar-se a norma faltante e já teremos a plena aplicabilidade do preceito.

No caso em exame, a aquisição de aplicabilidade terá de ser gradativa, uma vez que gradativos são esses aumentos de disponibilidades ou recursos para enfrentar as tarefas ligadas à saúde da população. Os precei-

tos constitucionais em pauta são autênticas normas de aplicação alargável e que pela criação do PAS estão ganhando substância ou densidade, com vista a um dia serem normas de eficácia plena.

Não será demais retomarmos a expressão "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". Já vimos que o PAS respeita, de forma absoluta, a igualdade de todos, uma vez que não há distinção de quem quer que seja e nem qualquer sorte de privilégios para o atendimento de uns em detrimento de outros.

O que existe é a mera exigência de cadastramento, que é um ato de caráter burocrático, que oferece à pessoa inscrita em determinado serviço ser ali atendida. Por isto, ela terá naquele dado local o seu prontuário, o seu histórico médico e outros dados próprios do serviço médico.

Qualquer plano de saúde, exige, no mínimo, o reconhecimento e o cadastramento das pessoas que estão sob o dever de seu atendimento. Não se pode ver nesse cadastramento implantado pelo PAS qualquer indício de distinção entre cadastrados e não cadastrados, porque é lícito a qualquer não cadastrado se cadastrar.

O artigo 197 da Constituição Federal, por mais de uma vez, enfatiza a ausência de caráter de serviço público nas ações médicas para considerá-los apenas de relevância médica. Isso faz crer que o próprio constituinte já tinha em mira reações do tipo dessa adotada pelo Plano de Atendimento à Saúde – PAS, porque tal é a coincidência do previsto no Texto Constitucional e o que está ocorrendo na implantação do PAS. Veja-se, por exemplo, a fiscalização e o controle de suas atividades que a lei municipal assegura integralmente ao Poder Público. A decisão a esse respeito, seguida pela Prefeitura, é a mesma expressamente consagrada na Constituição da República. A tarefa referente às ações e serviços de saúde, a Constituição deixa a critério do Poder Público exercê-la diretamente ou por intermédio de terceiros. Tanto pessoa física como jurídica de direito privado é possível de funcionar num dos pólos do convênio.

Não se pode imaginar qualquer sorte de pessoa obstada a prestar serviço de saúde neste País.

No entanto, os autores da ação direta de inconstitucionalidade conseguiram, não se sabe como, vislumbrar uma suposta possibilidade em que estaria a Prefeitura escolhendo uma modalidade de serviços de saúde vedada pelo Texto Constitucional. Mas, é fácil demais ver que isso não procede. Ao próprio Poder Público, repita-se, é lícito prestar tais serviços diretamente, por terceiros, ou indiretamente.

A verdade que está fugindo a alguns, dentre esses os autores da referida ação direta de inconstitucionalidade, é que o PAS funciona mediante prestação de serviços por terceiros conveniados com o Poder Público, porque há uma harmonia de interesses entre ambos. Não existe uma contratação de serviço médico. O Estado não compra determinados serviços dos médicos. No caso, o Poder Público municipal entra com os seus esforços e recursos tais como os próprios municipais, os hospitais, os lugares adequados ao exercício da medicina, como também entra com a sua supervisão organizacional, controle e outras participações pertinentes.

III – Das cooperativas de trabalho – Entidades conveniadas com a Prefeitura para execução do Plano de Atendimento à Saúde – PAS – Conformidade com os princípios contidos nos artigos 5º, incisos XVII e XVIII, e 174, § 2º, da Constituição Federal

O parágrafo 2º do art. 174, da Constituição Federal, tem muito a ver com o tema em estudo. Por isso, uma palavra sobre cooperativismo. Pelo que dispõe esse preceito, vê-se que o seu estímulo ao cooperativismo, é bastante significativo. E há razão para ser assim, posto que, tal modalidade associativa, sem dúvida, apresenta um grande avanço social, quando levada a efeito debaixo de um autêntico espírito cooperativo.

Conforme consta de nossa obra, em parceria com o professor Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, os renomados autores portugueses, Gomes Canotilho e Vital Moreira, têm excelente observação em torno desse ponto: "O Estado está obrigado a estimular e a apoiar a criação de cooperativas, bem como a sua actividade, mas não pode impô-las nem tutelá-las. Para que essa obrigação estadual não vá de encontro à liberdade de constituir cooperativa e ao direito destas de prosseguirem livremente suas actividades, os estímulos e apoios do Estado não podem traduzir-se em forma de ingerência na Constituição ou na vida das cooperativas e devem

pautar-se pelos princípios de igualdade, da imparcialidade e da não discriminação. Constitucionalmente, pode e (deve) haver um cooperativismo do Estado."(Cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2. ed. Coimbra Ed., v. I, p. 414).

Cooperativa, já se pode dizer, é: "uma associação de pessoas organizadas com a intenção da auto-ajuda. É uma organização social com propósitos econômicos e sociais. A cooperativa prevê um vínculo mediante o qual os associados se ajudam mutuamente com eficiência, oferecendo bens e serviços de qualidade. Os membros individuais têm a oportunidade de conhecer, na prática, as virtudes da ação conjunta, bem como de compreender aceitar as responsabilidades de uma sociedade democrática." (*in Manual de Cooperativismo*, CNPq, 1982, v. I, p. 175-6)

Em complemento ao acima reproduzido, vale dizer que o cooperativismo é profundamente antiespeculativo, idéia esta que vem, em termos de direito positivo, consagrada na Constituição Italiana, no art. 45, que reza: "A República reconhece a função social da cooperação com caráter de mutualidade, e sem fins de especulação privada." (*apud* nossos *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 118).

Além disso, para que bem se caracterize a cooperativa, é necessário que o cooperado seja seu usuário ou cliente. É o chamado princípio de dupla qualidade. Assim, numa cooperativa, suponhamos agrícola, é de mister que o produtor que nela ingresse o faça com o propósito de entregar-lhe os seus produtos, a fim de que sejam vendidos pela entidade associativa.

As cooperativas, desde que regularmente inscritas, são entes personalizados e, nestas condições, titulares de direitos e obrigações. Desvirtuariam, contudo, a sua razão de ser se passassem a auferir lucros à custa do cliente e sócio. Elas têm caráter meramente instrumental ou auxiliar e devem estar sempre voltadas à defesa e ao fomento da economia individual dos associados, o que se traduz na sua causa final. Elas existem para essa finalidade, que concretizam nos diversos ramos da atividade empresarial. As cooperativas têm, pois, um objeto que é, no caso particular, um meio pelo qual procuram atingir o seu fim.

Nas cooperativas, ainda, salienta-se como nota peculiar, o fato de o

fim visado pelo empreendimento ser o mesmo que os objetivos dos cooperados. Predomina aí o que a doutrina chama de princípio da identidade.

De outra parte, não se esqueça do que está dito no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. No inciso XVII, deste artigo, está escrito que: "é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar". Ao seu tempo, prescreve o inciso XVIII: "a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas, independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento".

Sabe-se que o Texto Constitucional sempre procura determinar os destinatários dos direitos individuais, estabelecendo que a sua proteção deverá ocorrer nas melhores condições possíveis e por menor custo. Isso é, exatamente, o que se pretende alcançar com o Plano de Atendimento à Saúde – PAS.

A plena liberdade de associação de que cuida o prefalado inciso, significa que o Texto Constitucional está a emprestar enorme importância à liberdade coletiva. Os únicos limites impostos a essa liberdade são aqueles que a própria Constituição define, ou seja: a ilicitude dos fins e o caráter paramilitar.

Ao se referir à ilicitude, a Constituição Federal, encampou uma solução limitativa mais conveniente, posto que permite ao menos negar-se a personalização para as associações que tenham fins vagamente ilegais como as que, por exemplo, ofendem princípios constantes de normas programáticas ou as que agridem à moral e aos bons costumes. Por outro lado, não se vê como o direito possa negar proteção à associação que vise fins lícitos, como as cooperativas a que alude a Lei Municipal nº 11.866/95, cujo fim é dar cumprimento a normas constitucionais que se ocupam do direito à saúde, como prescrevem os arts. 196 e 197, da Magna Carta.

Para evitar-se o risco de uma interpretação equivocada, convém explicar que o inciso XVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, ao estipular ser vedada a interferência estatal no funcionamento das associações e das cooperativas, nada impede, porém, que à Prefeitura fique reservado o direito de supervisionar e fiscalizar o cumprimento do disposto na Lei Municipal

em referência. Isso nada mais representa senão o cumprimento do dever de a Prefeitura garantir o respeito ao princípio da universalidade e da igualdade, em benefício do povo, no campo da saúde.

Mas, é bom ter-se em conta também que a proibida intervenção estatal à criação de associações e de cooperativas deverá ater-se ao constitucionalmente previsto. Vale dizer: só poderá ser proibida a criação de associações e de cooperativas, cujos fins sejam ilícitos ou de caráter paramilitar. Aceitam-se também as restrições advindas da necessidade de se compatibilizar este direito com a ordem jurídica, do que seria um exemplo a proibição das associações com fins nocivos ou perigosos ao bem público ou que possam trazer prejuízos à ordem pública, social, moral ou aos bons costumes.

A lei, para não entrar em atrito com a Constituição, não poderá ir ao extremo de querer trazer obstáculos e dificuldades tais, que aniquilem a liberdade de organização cooperativa. A lei que cuida de regulamentar a cooperativa deve ser razoável, trazendo apenas algumas garantias destinadas a evitar que o livre cooperativismo possa traduzir-se em uma medida inconveniente ao interesse público.

Com tantas características apontando no sentido de ser a cooperativa a melhor escolha para o cumprimento dos objetivos do Plano de Atendimento à Saúde – PAS, ela foi, por isso, escolhida pela Lei Municipal nº 11.866/95. Assim, nesta lei, está prevista a chamada Cooperativa de Trabalho para, em parceria com a Prefeitura, através de convênio, dar execução a esse plano.

Nessa união, a Prefeitura entra com o estipêndio, ou seja, com o financiamento da atividade, repassando para as Cooperativas de Trabalho R\$ 10,00 (dez reais) para cada um dos segurados, que são todos aqueles que se cadastram no PAS. Cuida-se de uma modalidade remuneratória perfeitamente lícita. Nada há no direito público que exclua essa espécie de repasse, porque trata-se de um serviço de relevância, para o qual, os médicos são chamados a colaborar com o Poder Público. Por óbvio, esses profissionais participantes de um trabalho de interesse comum, haverão de ser remunerados, e isso se faz pela distribuição que é feita dos créditos obtidos pela entrega por parte da Municipalidade, dos R\$ 10,00 (dez reais) correspondentes a cada munícipe cadastrado no PAS.

Esse sistema de repasse é perfeitamente digno, justo, além de estimulante à produtividade. Sem dúvida, representa uma economia sensível para o Poder Público. Confrontado com o sistema antiquado, anacrônico, banido do mundo inteiro, da prestação direta, ostenta inequívocas vantagens.

Os instituidores do PAS até poderiam decidir por uma outra pessoa jurídica, bastando que não fosse de finalidades lucrativas. Mas, acabaram por escolher a cooperativa, porque esta, digamos assim, é mais social, mais próxima do Estado, ainda que se trate de entidade sem fins lucrativos.

Irmana-os a circunstância de não perseguirem o lucro. Estão ambos a serviço de um bem que, de certa forma, os transcendem. O Estado para o bem público, a cooperativa para os seus cooperados.

A Cooperativa de Trabalho, conveniada com a Prefeitura, apenas intermedia o serviço dos médicos. Ela torna viável, portanto, essa prestação de serviços, por um conjunto de médicos, o que só será possível, se de fato, existisse algum tipo de vínculo a uni-los.

Essa cooperativa, uma vez obtida a sua personalidade jurídica, torna-se habilitada a celebrar convênios, inclusive o que prevê a existência de módulos, como o adotado pela lei instituidora do PAS.

Os cidadãos paulistanos escolhem livremente a região para se cadastrarem e se servirem dos serviços médicos de que necessitam. A Cooperativa de Trabalho, ao atendê-los, realiza o objetivo visado pela Lei Municipal 11.866/95, que é o de buscar o aprimoramento da assistência médica, reduzindo-lhe os custos.

IV – Do convênio entre a Prefeitura e a Cooperativa de Trabalho – Inexigibilidade de procedimento licitatório para sua celebração

A parceria entre a Prefeitura e a Cooperativa de Trabalho instrumentalizada por convênio, como prevê a lei que instituiu o PAS, poderá ser formalizada livre de qualquer modalidade de licitação. Em primeiro lugar, porque a natureza em si do ato jurídico que está sendo celebrado já não exige

a previsibilidade de qualquer modalidade licitatória.

Bem verdade que o artigo 37 da Constituição Federal estabelece que a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e mais outros tantos inscritos nos seus vinte e um incisos.

Pelo que importa ao presente estudo, cabe destacar o inciso XXI daquele dispositivo constitucional, com o seguinte teor: "as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes".

Para regulamentar esse preceito, editou-se a Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre normas para as licitações e contratos da administração e dá outras providências. O artigo 116, dessa lei estabelece que, "no que couber, as disposições desse diploma legal, aplicam-se nas celebrações de convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, realizados por órgãos e entidades da Administração. Diz mais esse artigo que tais avenças, quando praticadas por aqueles órgãos dependem de prévia aprovação do competente plano de trabalho, proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: identificação do objeto a ser executado, metas a serem atingidas, etapas ou fases de execução, plano de aplicação dos recursos financeiros, cronograma de desembolso, previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas e das fases programadas e, se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, deverá ser comprovado que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador."

Por oportuno, cabe sejam lembradas as diferenças entre convênio e contrato.

O contrato, mais precisamente o contrato administrativo, segundo o sempre pranteado Hely Lopes Meirelles, "é o ajuste que a administração pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecussão de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria administração." (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª ed. Malheiros Editores, 1995, p. 194 e 195).

Nessa conceituação enquadram-se os ajustes da administração direta, indireta e fundacional, porque todas podem firmar contratos com peculiaridades administrativas sujeitas aos preceitos do direito público.

O contrato administrativo, além, das características substanciais, possui uma outra que lhe é própria. É a exigência de que deverá ser precedido de prévia licitação, só dispensável ou inexigível nas hipóteses expressamente previstas em lei.

Convênio, também, preleciona Hely Lopes Meirelles: "é o acordo firmado por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre essas e organizações particulares para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

Convênio é acordo mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.

Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo." (Ob. cit. p. 354)

Apesar de tão nítidas as diferenças entre contrato e convênio, apontadas nas lições em apreço, diante de casos concretos, conforme já referido, é bem mais difícil assimilá-las. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entretanto, ao cuidar do assunto, mostra alguns indicadores que ajudam nessa diferenciação.

Uma primeira hipótese, diz ela, é aquela em que os entes convenia-

dos têm objetivos institucionais comuns e se reúnem para obtenção de melhores resultados; por exemplo, o Estado, na sua missão de prestar serviços públicos, na área da saúde, associa-se a hospital particular para ampliação da área de atendimento. Outro exemplo: uma universidade pública, cujo objetivo é o ensino, a pesquisa e a prestação de serviço à comunidade, celebra convênio com outra entidade, pública ou privada para realizar um estudo, um projeto, de interesse de ambas, ou para prestar serviços de competência comum a terceiros.

É o que ocorre com os convênios celebrados entre Estados e entidades particulares tendo por objeto a prestação de serviços de saúde, educação, assistência social; é também o que se verifica com os convênios firmados entre Estados, Municípios e União em matéria tributária para coordenação dos programas de investimentos e serviços públicos; e mútua assistência para fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações. (in *Licitações Contratos Administrativos*, ed. 1994, Malheiros Editores, p. 159).

No convênio, ao contrário do que se passa com o contrato, não se cogita de licitação. Isto porque, no convênio não se fala em preço ou em remuneração, mas de repasse de verbas. Nele há mútua colaboração e, por isso, não há possibilidade de competição.

Como observa, de novo, Maria Sylvania, o convênio não é abrangido pelas normas do artigo 2º da Lei nº 8.666/93; no *caput* desse artigo é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único, define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe "estipulação de obrigações recíprocas" a que se refere o dispositivo. (*ob. cit.* p. 160).

As prefeituras, são entes que realizam a administração dos municípios e, nessa condição, por determinação constitucional, têm o dever de atender às necessidades sociais locais, dentre as quais a saúde de sua população carente. Para cumprirem essa tarefa, poderão fazer parcerias, através de convênios, como autoriza a Lei Municipal nº 11.866/95. Tais convênios, segundo se depreende das lições anteriormente transcritas, e como antes afirmamos, poderão ser celebrados sem procedimento licitatório. Trata-se, de fato, de hipótese que se inclui dentre as exceções previstas na Lei nº

8.666/93, em especial no *caput* do seu art. 25, que declara inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição.

A propósito, Carlos Ari Sundfeld, ao cuidar desse tema da inviabilidade de licitação, faz uma observação que cai como luva ao caso presente. Ele a diz: "Se a administração pretende credenciar médicos e hospitais privados para atendimento à população e se admite credenciar todos os que preencham os requisitos indispensáveis, não há de se falar de licitação. É que o credenciamento não pressupõe qualquer disputa, que é desnecessária, pois, todos os interessados aptos serão aproveitados." (*in Licitações e Contratos Administrativos* – Malheiros Editores, p. 42).

Além de tudo, lembre-se que a Lei nº 8.666/93, no seu artigo 116, prevê a sua aplicação aos convênios, em caráter meramente suplementar. Ela serve como um adjutório para a celebração do convênio. Daí, estar impressa nesse artigo a expressão "no que couber". Vale dizer, no que for compatível com a natureza do convênio.

Por tudo isso, é perfeitamente seguro afirmar que os convênios celebrados entre a Prefeitura e as Cooperativas de Trabalho, para a execução do PAS, prescindem de qualquer modalidade licitatória, por inviabilidade de competição.

V – Da operacionalização do Plano de Atendimento à Saúde – Características de serviços sem fins lucrativos – Artigo 5º do Decreto 35.664/95, que regulamenta a Lei 11.866/95.

O Plano de Atendimento à Saúde – PAS, como vem sendo destacado, tem por principal objetivo a divisão da cidade em módulos, cada qual, administrado por duas cooperativas, formadas por cooperados que são médicos e servidores afastados da Prefeitura.

Cuida-se de novo modelo de prestação de serviços à saúde forjado em plena conformidade com o princípio constitucional do acesso igualitário e universal, o que vale repetir: trata-se de plano que visa praticar todas as ações e serviços da saúde de forma ampla e indiscriminada.

A operacionalização do PAS está disciplinada no art. 5º do Decreto nº

35.664, de 16 de novembro de 1995, que regulamentou a Lei Municipal que instituiu esse plano, a saber:

“Art. 5º – O Plano de Atendimento à Saúde – PAS, compreenderá as ações e serviços destinados à prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde da população, objetivando a implantação de sistema de gestão, operacionalização e alocação de recursos financeiros, materiais e humanos para o atendimento à saúde atendendo à forma de parceria entre a Prefeitura e os profissionais da saúde associados em cooperativas de trabalho, sem fins lucrativos, formadas exclusivamente por servidores municipais e organizados para essa finalidade específica.

§ 1º – No estabelecimento da parceria a que se refere o *caput* deste artigo, a ser instrumentalizada por meio de convênio de cooperação, caberá à Prefeitura alocar os recursos materiais e financeiros necessários, e às cooperativas o aporte dos recursos humanos para a administração e operação das unidades de saúde integradas aos módulos de atendimento.

§ 2º – Os recursos materiais mencionados no parágrafo anterior compreendem as unidades de saúde, inclusive hospitais e centros de convivência, com as respectivas instalações, equipamentos e veículos, abrangidos pelo módulo de atendimento.

§ 3º – A Prefeitura manterá a titularidade dos bens imóveis e móveis alocados aos objetivos de cada convênio, cabendo a sua guarda e conservação à cooperativa conveniada, nos termos e condições a serem estabelecidos no instrumento pertinente.”

De primeiro, vale lembrar que a adesão dos servidores municipais às Cooperativas de Trabalho conveniadas com a Prefeitura, ocorrerá na qualidade de associados ou de prestadores de serviços, conforme artigos 9º e 10 da Lei 11.866/95.

Como quer essa lei, a adesão ao plano é de caráter opcional. Por isto, o servidor, se o desejar, poderá permanecer no respectivo cargo ou função que se encontra em exercício. É, também, da lei, a faculdade de o servidor retornar ao seu cargo ou função de origem, a qualquer tempo.

Está escrito no art. 2º do Decreto Municipal nº 35.037/95 que, para a implementação dos objetivos previstos neste Decreto, serão celebrados convênios, tendo por objetivo os serviços de medicina preventiva e de assistência médica, ambulatorial e hospitalar a serem proporcionados à população em determinada área, e que configurarão módulos de atendimento. Ao seu turno, completa o art. 4º do citado decreto: competem ao Secretário Municipal da Saúde a direção e a supervisão geral do programa ora instituído, bem como a determinação dos limites geográficos de cada módulo.

Essa maneira de se tornar possível a execução do PAS, leva a reconhecer que se trata de atividade de cunho eminentemente executório. Tal atividade jamais poderá ser confundida com a criação, organização e supressão de distritos a que alude o art. 30, inciso IV, da Constituição Federal. É claro que o legislador municipal ao falar em criação de módulos, nada mais quis do que a simples determinação de áreas tendo em vista compartilhar o trabalho do PAS entre a população paulistana.

Módulo, pelo que se vê da lei em questão, é apenas a denominação adotada para identificar as unidades municipais alcançadas pela execução do PAS.

O Secretário Municipal ao exercer a competência que lhe confere o decreto em pauta, nada mais estará fazendo do que delimitar as unidades nas quais se desenvolverá o plano.

Ao fixar um determinado módulo para ser gerido pela cooperativa correspondente, o Secretário nunca estará alterando a divisão territorial da cidade e nem a estrutura da Secretaria.

Criar, organizar e suprimir distritos, embora seja da competência municipal, como preceitua o art. 30, inciso IV, da Constituição da República, é tarefa que, antes de tudo, deve obediência à Legislação Estadual. Nenhuma dessas ações o Secretário Municipal estará exercitando, quando meramente fixa cada módulo para identificar a região de execução do PAS.

Esses módulos de que trata o decreto regulamentador da Lei Municipal que instituiu o PAS, serão geridos por Cooperativas de Trabalho e, por essa parte, vale lembrar que o serviço de saúde é uma incumbência de

relevância, que cabe ao Poder Público. Todavia, essa empreitada, como já referido, não lhe dá o privilégio de cercá-la do caráter monopolístico na sua prestação, devendo admitir a prestação paralela, sempre desejada, da iniciativa privada. Isso ocorre pelo que se vê do Texto Constitucional, por exemplo, com a educação e a própria saúde. Nada obstante serem definidas como dever do Estado, essas atividades prescindem de autorização ou de concessão, de permissão para sua prestação. São atividades, pois, que pela importância, pelo realce público, o Estado não pode delas descurar por completo. Deve estar sempre pronto para desempenhá-las na omissão da iniciativa privada, mas, na medida em que esta for avançando, ganhando espaço, o Estado deve, naturalmente, recuar, porque já se torna desnecessária a sua presença. Não é o que se dá nos dias atuais, principalmente com a saúde, que demanda uma iniciativa conjugada do Setor Público e do Privado.

A modalidade da prestação das atividades públicas, na verdade, a Administração pode atuar, também, pela sua burocracia diretamente atrelada ao Poder Executivo, por vínculo de supra e infra ordenação, a ligar todos os seus agentes a uma pirâmide hierárquica de poder.

Quando retirar, destacar essa função deste núcleo central e afetá-la a alguma pessoa jurídica já existente ou criada para este fim, surgem aí as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as autarquias, as fundações e as próprias cooperativas. Todas elas com potencial para desincumbirem-se de uma tarefa pública a elas delegada.

É a Administração Pública, pois, descentralizada, mas que não deve ser confundida com aquela descentralização interventora do domínio econômico. É dizer: aquela que presta atividades paralelas à iniciativa privada.

Para essas, o Texto Constitucional é incisivo ao impor-lhes um tratamento jurídico absolutamente uniforme.

No caso das Cooperativas de Trabalho adotadas pela Lei Municipal que instituiu o PAS, ocorre apenas uma dada predileção de caráter meramente executório, que o legislador municipal seguiu para dar cumprimento a uma ocupação de relevância pública: as ações e serviços de saúde. Nos termos da lei, tal qual pede o art. 197 da Constituição Federal, o legislador

municipal regulamentou essa tarefa, criando a figura das Cooperativas de Trabalho, que, por opção do interessado, serão formadas por médicos e funcionários da Prefeitura, com liberdade de retorno aos seus cargos ou funções de origem, quando quiserem.

Assim, fica entendido, de uma vez por todas, que o Plano de Atendimento à Saúde - PAS, cuidará de executar seus objetivos, atendendo à forma de parceria entre a Prefeitura e os profissionais da saúde associados em Cooperativas de Trabalho, sem fins lucrativos. Tais cooperativas são formadas exclusivamente por servidores municipais e organizadas para essa finalidade específica.

Dita parceria será instrumentalizada por meio de convênios de cooperação e caberá à Prefeitura alocar os recursos materiais e financeiros necessários, e às cooperativas o aporte dos recursos humanos para a administração e operação das unidades de saúde integradas aos módulos de atendimento.

Como já anteriormente consignado, a Prefeitura entra com estipêndio, ou seja, com o financiamento da atividade, repassando às Cooperativas de Trabalho R\$ 10,00 (dez reais) por cada um dos segurados, que são todos aqueles que se cadastrarem no PAS.

Então, não se pode imaginar que, um sistema de prestação de serviços montado sob o modelo descrito no Decreto que regulamentou a Lei Municipal instituidora do PAS, possa ter a característica de prestação de serviços por sociedade civil com fins lucrativos.

Por primeiro, está claramente estampado no art. 5º, do sobredito Decreto, que a Cooperativa de Trabalho não tem fins lucrativos. Por segundo, a formação, a organização e a finalidade a que se submete essa cooperativa, como por repetidas vezes já se destacou, jamais poderá ser supostamente admitida como cooperativa travestida no disfarce de sociedade civil com fins lucrativos. A própria estrutura organizacional e a singela remuneração com a qual irá se sustentar a si e aos seus cooperados, não permitiria nem por lógica, nem por direito, auferir lucros em desacato à lei e ao decreto que regulamentam o PAS.

A cooperativa, enfim, de que cuidam esses diplomas legais, prestará serviços de medicina preventiva e de assistência médica ambulatorial e hospitalar à população de São Paulo e, pelo que determina a lei, o seu perfil é muito diferente daquela cooperativa que se dedica à prática de atos mercantis. O modelo de cooperativa admitido pela lei que instituiu o PAS, não a inclui na listagem das sociedades civis com fins lucrativos.

Essa Cooperativa de Trabalho não presta uma intermediação, como se fosse um escritório de mera corretagem, que percebesse comissão por esse tipo de serviço. Ela não recebe de qualquer dos interessados nos serviços de sua alçada, absolutamente nada que pudesse fazer imaginar-se uma compensação ou lucro.

Realiza, isto sim, o objetivo que lhe determinou a lei, ou seja, o aprimoramento da prestação dos serviços médicos à população apenas pelo que lhe pagar a Prefeitura (R\$ 10,00 - dez reais), por cada cadastrado no plano.

Disso tudo, é fácil intuir-se que quem ganha com a atividade da Cooperativa de Trabalho, não é esta, que tem fins não lucrativos, mas, sim os seus cooperados e as pessoas que se utilizam dos serviços destes.

VI – Da ação direta de inconstitucionalidade. Concessão de medida cautelar e seus efeitos

A medida cautelar consiste na antecipação, pelo juiz, da pretensão do autor, a ser julgada a final, para que esse não sofra uma lesão irreparável de direito. É medida excepcional, sobretudo quando concedida por um único magistrado. Normalmente, requer-se uma deliberação do Plenário, eis que só por maioria absoluta de seus membros, podem as Cortes declarar uma lei inconstitucional.

A lei que instituiu o PAS mereceu deferimento de medida dessa natureza, pelo que se conclui estar a mesma com a sua eficácia provisoriamente suspensa. Nota-se que a lei ainda não foi julgada inconstitucional. O que se reconheceu é a possibilidade de ela o ser e, daí, derivarem danos para os impetrantes.

O que se pode perguntar é quais os efeitos práticos que essa cautelar provoca. O efeito fundamental é de sustar a eficácia da lei a partir do momento da notificação da medida ao impetrado. É o que se chama tecnicamente efeito *ex nunc*, o que significa em vernáculo "desde agora", ou se quisermos, "daqui para frente". Não tem, portanto, efeito retroativo, é dizer, a medida concedida liminarmente não tem o condão de desfazer atos praticados no passado. Veja-se o seguinte excerto da obra de Clèmerson Merlin Clève:

"A eficácia suspensiva de medida liminar é *ex nunc*, ou seja, a partir do momento em que o STF a defere. Por isso, em princípio, a cautelar suspende a execução do ato normativo impugnado, mas não o que se aperfeiçoou durante a sua vigência" (aut. cit. "A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro", RT, 1995, p. 160).

Antes do despacho concessivo da liminar, dois convênios foram firmados com suporte na Lei Municipal, instituidora do PAS. Estes estão absolutamente fora do alcance da medida cautelar como atos jurídicos perfeitos e acabados.

De outra parte, como atos perfeitamente válidos, podem ser cumpridos. Daí porque não haver a necessidade de interromper a execução desses convênios. Não importa o momento em que se venha a fazer tal execução. Assinale-se que o que teve a sua eficácia suspensa, pelo respeitável despacho judicial, foi a lei e não os convênios. A momentânea suspensão da eficácia da lei não tira a validade dos convênios, fato que só poderá acontecer com a declaração de inconstitucionalidade da lei em caráter definitivo e irrecorrível.

Em síntese, portanto, o efeito da liminar é o de engessar a situação no ponto em que ela se encontrava no momento da sua concessão, o que implica na momentânea perda de eficácia da lei e, na conseqüente impossibilidade de assinarem-se novos convênios. Os anteriores guardam a sua força jurídica e devem, inclusive, ser cumpridos sob pena de sanções para a parte inadimplente.

VII – Das respostas aos quesitos:

1 - Infringe os artigos 219 e 220 da Constituição do Estado de São Paulo, especialmente em seus incisos II e § 2º, respectivamente, reprodu-

zindo os princípios estabelecidos nos arts. 196 e 197 da Constituição Federal, a execução dos serviços públicos de saúde pelas Cooperativas de Trabalho, nos termos da Lei 11.866/95, que instituiu o PAS - Plano de Atendimento à Saúde?

A resposta ao primeiro quesito, é pela negativa. A execução dos serviços públicos de saúde pelas Cooperativas de Trabalho, nos termos da Lei nº 11.866/95, que instituiu o Plano de Atendimento à Saúde - PAS, não infringe os artigos 219 e 220, da Constituição do Estado de São Paulo, especialmente, em seus incisos II e § 2º, respectivamente, que reproduzem os princípios estabelecidos nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal. Pelo que se demonstrou no item II, do presente estudo, o PAS, nos termos preconizados pela Lei Municipal nº 11.866/95, está em perfeita conformidade com o princípio constitucional do acesso igualitário universal às ações e serviços de saúde. Ao contrário do que se propala, as coordenadas legais a que o PAS obedece vão diretamente ao encontro da Constituição, tanto federal quanto estadual. Tal como previsto na lei que o instituiu, o Plano de Atendimento à Saúde será feito sem restrições, implementando, destarte, o princípio da universalidade constitucional.

2 - Tendo em vista a natureza jurídica do instituto do convênio e considerando as peculiaridades da cooperativa conveniada, pode se concluir pela inexigibilidade de procedimento licitatório?

Para o segundo quesito a resposta é sim. Pelo que se vê da dissertação do item IV, deste parecer, a parceria entre a Prefeitura e a Cooperativa de Trabalho instrumentalizada por convênio, como prevê a lei que instituiu o PAS, poderá ser formalizada livre de qualquer modalidade licitatória. A leitura conjunta dos artigos 2º, 25 "caput", e 116, todos da Lei 8.666/93, combinada com a natureza jurídica do convênio, faz ver que é perfeitamente seguro afirmar que tais convênios, de fato, prescindem de qualquer modalidade licitatória, por inviabilidade de competição.

3 - As disposições do artigo 5º, da Lei 11.866/95, ao indicar as cooperativas com as quais serão celebrados os convênios violam os princípios contidos nos artigos 5º, incisos XVII e XVIII e 174, parágrafo 2º, da Constituição Federal?

A resposta ao terceiro quesito é não. O artigo 5º da Lei 11.866/95, ao indicar as cooperativas com as quais serão celebrados os convênios, absolutamente, em nada violam os princípios contidos nos artigos 5º, incisos XVII e XVIII, e 174, § 2º da Constituição Federal. No item III deste estudo, resultou assente que o Texto Constitucional sempre procura determinar os destinatários dos direitos individuais, estabelecendo que a sua proteção deverá ocorrer nas melhores condições possíveis e por menor custo. Isso é exatamente o que pretende alcançar o Plano de Atendimento à Saúde - PAS, que ao valer-se das cooperativas para, através de convênios celebrados entre estas e a Prefeitura, cuidar da saúde da população. É dizer então, valendo-se das cooperativas, a Prefeitura através do PAS estará cumprindo as normas constitucionais que se ocupam do direito à saúde. Tais cooperativas têm fins claramente lícitos e a fiscalização do seu trabalho ficará com a Municipalidade. Portanto, recebem o beneplácito constitucional dos incisos XVII e XVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal. A preferência da Lei 11.866/95 pela cooperativa, para dar execução ao PAS, justifica-se, também, porque a cooperativa é entidade mais social, mais próxima do Estado. Não visa lucro e pelas suas próprias características, a cooperativa constitui-se na melhor escolha para se obter o aprimoramento da assistência médica almejada pelo PAS. Não há falar-se, pois, que tal opção fere os princípios constitucionais dos artigos acima referidos, particularmente, o § 2º do artigo 174, da Constituição Federal, que põe à mostra o seu estímulo ao cooperativismo. E assim o faz com razão, posto que, tal modalidade associativa, sem dúvida, apresenta um grande avanço social, quando levada a efeito debaixo de um autêntico espírito cooperativo, como é o caso do PAS.

4 - É lícito afirmar que a operacionalização do PAS na forma preconizada pela lei municipal, não viria a caracterizar prestação de serviços por sociedade civil com fins lucrativos?

Ao quarto quesito, a resposta é não. Isto porque a operacionalização do PAS, como consta do item V do presente estudo, antes de mais nada, dar-se-á por Cooperativa de Trabalho, sem fins lucrativos, como expressamente declara a lei instituidora deste plano. À cooperativa conveniada serão repassados R\$ 10,00 (dez reais) por cada um dos associados, que serão todos aqueles que se cadastrarem no PAS. Não se pode, pois, sequer imaginar que um sistema de prestação de serviços sob o modelo descrito na lei instituidora do PAS e no decreto que a regulamentou, possa ter características de prestação de serviços por sociedade civil com fins lucrativos. A for-

mação, a organização e a finalidade a que se submete essa cooperativa dão-lhe o perfil de uma cooperativa que não presta intermediação, como se fosse um escritório de mera corretagem, que recebesse comissão por esse tipo de trabalho. Ela não recebe de qualquer dos interessados nos serviços de sua alçada, absolutamente nada que pudesse fazer imaginar-se uma compensação ou lucro.

5 - Considerando a concessão da medida liminar pelo Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, em ação direta de inconstitucionalidade, é razoável a interpretação segundo a qual os seus efeitos operam-se "ex nunc"?

Ao quinto quesito responde-se o seguinte: a liminar só produz efeitos, a partir da sua concessão. É um instrumento voltado a evitar a lesão de direito líquido e certo e esta prevenção só tem sentido para o futuro. Ninguém se previne contra o passado. Este remanesce tal e qual aguardando o desfecho do julgamento do feito. Na medida em que for efetivamente declarada, se é que o será, a inconstitucionalidade da lei, aí sim, os atos praticados com fundamento nela, deverão ser desfeitos. Até o momento, não houve julgamento, mas concessão precária de uma ordem para que a lei deixe de ser aplicada. Nada se diz com os atos anteriores praticados com fundamento nesta lei, que continuam perfeitamente válidos e executórios.

É o parecer.

São Paulo, 13 de fevereiro de 1996.

CELSO RIBEIRO BASTOS