

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL;
EFEITOS DA LIMINAR; COMPETÊNCIA;
IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.
PLANO DE ATENDIMENTO À SAÚDE;
COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO; CONVÊNIO,
DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO, SERVIDOR;
POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO REGIME
JURÍDICO PELO ESTADO.

*Luis Antonio Giampaulo Sarro,
Mirandir Monteiro de Sousa e
Mônica Moor Pinheiro, Procuradores Municipais*

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 31.953-0/0

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por seu Prefeito e procuradores infra-assinados, nos autos da ação supra epigrafada, que lhe movem ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA, FEDERAÇÃO NACIONAL DOS MÉDICOS E SINDICATO DOS MÉDICOS DE SÃO PAULO, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no artigo 668 do Regimento Interno desse E. Tribunal, manifestar seu inconformismo com a r. decisão de fls. 170/172, que concedeu medida liminar "inaudita altera parte", apresentando, nesta oportunidade, o presente AGRAVO REGIMENTAL, para apreciação da matéria contida nas razões em anexo pelo Órgão Especial.

Contudo, a título de preliminar, roga a Vossa Excelência que aprecie o presente PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO da decisão, objeto do agravo regimental, eis que a manutenção da r. decisão agravada implica na produção de efeitos não desejados, advindo prejuízos de difícil reparação ao Erário e à própria população de São Paulo, no tocante à prestação dos serviços públicos de saúde.

A reconsideração é medida que está contextualmente prevista no Sistema Jurídico Brasileiro, além de dar rendimento ao Princípio da Economia Processual.

Essa afirmação é tanto mais verdadeira quando se verifica, pela doutrina contemporânea, poder o Magistrado vistar o seu entendimento, reconsiderando a decisão.

“O pedido de reconsideração, formulado em petição própria, só pode ser utilizado para provocar o reexame de questão já decidida quando o juiz puder fazer este reexame de ofício, ou seja, quando puder revogar ou modificar a decisão a qualquer tempo, sem requerimento da parte.

Neste caso, conforme afirma Teresa Arruda Alvim Pinto, o fato de haver ou não pedido de reconsideração é tecnicamente irrelevante. Em verdade, diz a autora, “ao pedido de reconsideração só pode seguir-se a alteração da decisão nos casos em que o juiz poderia, até mesmo sem o pedido, alterar sua decisão.” (cf. Betina Rizzato Lara, “Liminares no Processo Civil”, Ed. RT., 1994, p. 42)

Diz-se que o caminho de volta (“rectius”, a reconsideração) é possível ao Magistrado sempre que estiver diante de situações que ensejem o “periculum in mora”, o que pode levar a irreparabilidade do dano ou a sua difícil reparação. Nestes casos incorre preclusão “pro judicato”.

Como esta situação não é desejada pelo sistema, existem as liminares no processo, com vistas unicamente a evitar a consumação do dano.

As liminares, aliás, tem essa natureza preventiva, como já afirmava Teresa Arruda Alvim Wambier (“Mandado de Segurança contra Ato Judicial”, Ed. RT).

Assim sendo, requer a Municipalidade de São Paulo digno-se Vossa Excelência apreciar o presente pedido de reconsideração, que se encontra fundamentado nas razões anexas, a fim de que a Lei Municipal nº 11.866/95 continue a produzir seus efeitos até final decisão da presente ação, permitindo-se, assim, a implantação dos demais módulos de atendimento, com a formalização de convênios com as Cooperativas constituídas para atender as demais regiões de São Paulo.

Caso, porém, seja outro o entendimento dessa M.D. Presidência, requer-se o processamento do Agravo Regimental, para julgamento pelo Órgão Especial dessa Corte Jurisdicional.

Nestes termos,

pede deferimento.

São Paulo, de janeiro de 1996

PAULO MALUF
Prefeito do Município de São Paulo

LUÍS ANTONIO GIAMPAULO SARRO
Procurador Municipal - JUD
OAB/SP - 67.281

MIRANDIR MONTEIRO DE SOUSA
Procurador Municipal - JUD. 33
OAB/SP - 115.999

MÔNICA MOOR PINHEIRO
Procuradora Municipal - JUD. 33
OAB/SP - 100.668

AGRAVO REGIMENTAL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 31.953-0/0

RECORRENTE: Municipalidade de São Paulo
RECORRIDOS: Associação Paulista de Medicina,
 Federação Nacional dos Médicos e
 Sindicato dos Médicos de São Paulo
JUÍZO: Tribunal de Justiça de São Paulo

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ILUSTRES DESEMBARGADORES COMPETENTES DO PLENÁRIO

I - Considerações iniciais: Da autonomia municipal

Em decorrência da nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, os Municípios passaram a ter grande autonomia, seja política, financeira ou administrativa. No exercício desta autonomia, o Município elege seu governante, institui e arrecada seus tributos e exerce, em sua plenitude, a competência que lhe é outorgada pela Constituição Federal. A respeito do tema exposto, preciosas são as palavras do Prof. Adilson Abreu Dallari, em parecer que ora se junta aos autos:

“O ponto de partida para o exame das questões propostas é exatamente um dos mais fortes e significativos princípios constitucionais: a autonomia municipal.

É da essência do sistema federativo que as partes do conjunto

disponham de autonomia. Para isso a Constituição Federal procede uma distribuição de competência para que cada um possa disciplinar da maneira que lhe parecer mais conveniente os assuntos inseridos entre suas atribuições.

Entretanto, para que cada componente do sistema federativo possa bem cuidar dos assuntos que lhe são inerentes, é essencial que possam dispor de uma estrutura administrativa exatamente adequada. Assim é que cada pessoa jurídica de capacidade política integrante da Federação recebeu autonomia, competência para organizar sua própria administração, com liberdade, limitada apenas pelos parâmetros estabelecidos pela própria Constituição Federal.

Sem maiores digressões, sem necessidade de invocar a comprovação de melhor doutrina ou de mais forte jurisprudência, basta afirmar que o Município dispõe de autonomia administrativa, de capacidade para organizar sua administração da maneira mais conveniente ao pleno exercício de suas competências.

Cabe ao Município decidir sobre a melhor forma de prestar os serviços públicos de que está incumbido, de maneira a atender plenamente os direitos que a ordem jurídica confere a cada cidadão.

Cada pessoa jurídica de capacidade política (União, Estados, Distrito Federal e Município), por lei própria, organiza sua respectiva administração. Nenhuma delas, em matéria administrativa, pode interferir em outra, nenhuma delas tem competência para dizer o que qualquer outra deve fazer ou não pode fazer.

Cada Município, por si próprio, optará por prestar serviços ou por meio de órgãos integrados no corpo central de sua administração, ou com o concurso de entidades criadas por lei para prestar determinados serviços.

Caberá, também, a cada Município decidir pela outorga de prestação de tais serviços a terceiros, não integrantes da administração centralizada ou descentralizada, mediante concessão,

contrato de prestação de serviços, consórcios ou convênios.

Ou seja: no exercício de sua autonomia administrativa pode o Município, em vez de criar órgãos ou entidades integrantes da administração local, entregar a execução de determinados serviços a terceiros, mesmo que particulares. Note-se, porém, que o serviço em si mesmo continuará sendo um serviço público, apenas sua execução é transferida, não sua titularidade."

No que diz respeito ao Plano de Atendimento à Saúde - PAS, que está sendo contestado nesta ação, o Município de São Paulo nada mais fez do que exercitar sua autonomia, constitucionalmente garantida, para a prestação do serviço de saúde.

II - Dos fundamentos da ação

Em síntese, a Associação Paulista de Medicina, a Federação Nacional dos Médicos e o Sindicato dos Médicos de São Paulo promoveram a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, sustentando a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 11.866/95, que institui o Plano de Atendimento à Saúde (P.A.S.), por ofensa aos seguintes princípios:

a) da competência legiferante da União ("ex vi" do art. 22, inciso I, da Constituição da República);

b) da liberdade de associação e da proibição de interferência estatal (art. 5º, incisos XVII e XVIII, da Lei Maior);

c) da isonomia (artigo 5º, "caput", da Carta Magna);

d) da vedação da destinação de recursos e bens públicos, incluindo funcionários públicos (art. 199, parág. 2º da Constituição da República);

e) da licitação para concessão ou permissão de bens ou serviços públicos (art. 37 inciso XXI, da Carta Magna e art. 4º da Constituição do Estado de São Paulo).

f) da participação da iniciativa privada em caráter complementar e não substitutivo da prestação de serviços pelo Poder Público (art. 199, pará-

grafo 1º da Lei Maior e parágrafo 2º do art. 220 da Constituição do Estado de São Paulo).

Por fim, sustentam, ainda, a inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 35.664/95, que regulamentou a Lei Municipal nº 11.866/95, por ferir os princípios da legalidade e validade previstos no art. 4º da Constituição do Estado de São Paulo e art. 37, "caput", da Constituição da República.

III - Da liminar concedida "inaudita altera parte"

Sua Excelência, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. YUSSEF SAID CAHALI, entendeu por bem conceder a liminar pleiteada fundamentando a decisão nos seguintes termos:

"Os pressupostos comuns são "periculum in mora" e "fumus boni juris".

As considerações contidas na inicial são suficientes para deixar claro que a implantação do sistema de assistência de saúde (P.A.S.) é bastante complexa e, no campo jurídico, abre-se em leque em direção a vários aspectos. O fato relevante e, pode-se dizer, fundamental para os resultados pretendidos pela Municipalidade, é a constituição das denominadas "cooperativas de saúde", a respeito das quais pende questionamento para o exame do mérito.

Se não for concedida a liminar, nesta ação, a implantação do P.A.S., acarretará a celebração de convênios, a filiação de médicos servidores, a remoção de outros, que, por entenderem ilegal o ato, ingressarão com os processos próprios. Enfim poderá ser criada uma situação de fato que, ao depois, na hipótese de procedência da ação, grandes prejuízos serão experimentados e o resultado não será outro que não o ingresso de ações diversas.

Em face do exposto, é recomendável que a implantação definitiva do P.A.S., referido na lei e decretos especificados na inicial, aguarde a efetiva prestação jurisdicional desta ação, razão por que se CONCEDE A LIMINAR, prosseguindo o feito com as comunicações necessárias".

Contudo, a r. decisão concessiva da liminar não merece prosperar, consoante se demonstrará adiante.

IV - Dos efeitos da liminar concedida

A jurisprudência da Excelsa Corte, acerca dos efeitos que se operam com a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, tem se pautado no entendimento de que estes se operam "ex nunc", vale dizer, a partir do momento em que é deferida a medida "initio litis", senão vejamos:

"A suspensão liminar da vigência de lei, na representação de inconstitucionalidade, opera "ex nunc", isto é, a partir do momento em que o STF a defere (RTJ 124/80, STF-RDA 171/188), e só deve ser concedida quando, à evidência, sua vigência acarretar graves transtornos com lesão de difícil reparação" (RTJ 101/928, 102/480, 102/488; STF-RT 566/225).

"A medida cautelar suspende a execução da lei, mas não o que se aperfeiçoou durante a sua vigência" (STF-Pleno, Rp 1.431-2, rel. Min. Carlos Madeira, j. 10.6.87, DJU 24.6.88, pl. 16.112, 2a. Col., em).

Desta forma, a cautelar deferida no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, ainda que estivessem presentes os pressupostos do "fumus boni juris" e o "periculum in mora", jamais poderia atingir atos já consumados, como é o caso da Cooperpas-8, já implantada e prestando serviços de saúde à população da região de Pirituba-Perus.

O mesmo, aliás, pode ser defendido em relação ao Convênio Cooperpas-1, firmado entre a Prefeitura e os profissionais da Saúde e publicado no D.O.M. do dia 25.01.96, pág. 12, antes de tornada conhecida oficialmente a liminar concedida no âmbito da presente ação.

V - Da carência da ação

Os autores são, pois, carecedores da presente ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que pretendem obter desse Egrégio Tribunal de Justiça a declaração de inconstitucionalidade de normas municipais em face de alegada contrariedade a dispositivos da Constituição Federal.

Com efeito, conforme já acima destacado, os autores fundamentam a presente ação direta, arguindo confronto com os seguintes artigos da Constituição Federal: artigo 5º, "caput" (princípio da isonomia), incisos XVII (liberdade de associação) e XVIII (proibição de interferência estatal nas cooperativas), artigo 22, inciso I (competência legiferante da União), artigo 37, "caput" (princípio da legalidade), inciso XXI (exigência de licitação), artigo 199, § 1º (participação da iniciativa privada em caráter complementar), e § 2º (vedação da destinação de recursos e bens públicos).

Não se ativeram, contudo, os autores, por conveniência ou desconhecimento, de que, no Sistema Jurídico Brasileiro, "Não há ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, em confronto com a Constituição Federal (RTJ 93/455), porque "lei ou ato normativo municipal, que acaso colida com a Constituição Federal, só pode ser objeto de contencioso constitucional "in concreto" (RTF 93/459, 1ª Col).

Isto porque a atual Constituição Federal, em seu artigo 102, inciso I, letra "a", somente admite ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante o Supremo Tribunal Federal, com exclusão, portanto, de toda e qualquer lei ou ato normativo municipais.

Aliás, neste sentido já se decidiu pela carência de ação proposta pelo Ministério Público e pela incompetência do Tribunal de Justiça, em decisão publicada pela RTJ 97/428.

Assim, no que tange a praticamente totalidade dos fundamentos elencados pelos autores, requer a Municipalidade seja decretada a carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, e por inadequação da via escolhida, extinguindo-se, pois, o presente processo sem o julgamento do mérito, nos termos do disposto pelo artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

VI - Da ausência do "fumus boni juris"

De conformidade com o que será exposto, impõe-se a cassação do despacho liminar, que determinou a suspensão dos efeitos da Lei Municipal nº 11.866/95, uma vez que ausentes os pressupostos do "fumus boni juris" e do "periculum in mora".

**A) Da Constitucionalidade da Lei 11.866/95
e de seu Decreto Regulamentador**

A Constituição Federal fixa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil "a dignidade humana" (artigo 1º, inciso III) e estabelece como seus objetivos fundamentais "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (inciso I), "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inciso III) e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Apesar disto, nossa sociedade tem se apresentado, de forma geral, extremamente injusta, em função das desigualdades progressivamente estabelecidas, gerando o desconforto geral (tanto dos desfavorecidos quanto dos favorecidos economicamente) e ferindo diretamente a dignidade humana.

E, tal estado de coisas se materializa, também, sob a ótica do direito à saúde, integrado que está aos direitos sociais a que se refere o artigo 6º da Carta Magna, na medida em que uma minoria favorecida tem acesso aos melhores hospitais e médicos, adequadamente aparelhados, em função de seu poder econômico, ao passo em que a grande maioria da população é relegada a segundo plano, submetendo-se, inevitavelmente, aos precários serviços de um falido sistema de saúde.

Assim é que, o Município de São Paulo, inconformado com esta situação aparentemente insotúvel, ciente de que "A saúde é direito de todos e dever do Estado" (artigo 196 da Constituição Federal e artigos 217 e 219 da Constituição do Estado de São Paulo), dentro de sua Autonomia (artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo) e competência legiferante, editou a Lei Municipal nº 11.866/95, instituindo o "Plano de Atendimento à Saúde - PAS", regulamentado pelo Decreto nº 35.664/95.

A competência municipal de legislar sobre a matéria, ao contrário do que desinformadamente pensam os autores, está estabelecida pela Constituição Federal, em seu artigo 30, que assim dispõe:

"Art. 30 - Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber;

.....

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;"

E, ao legislar sobre a matéria, buscou o Município de São Paulo um modelo que se adequasse às diretrizes determinadas constitucionalmente, tanto no plano federal quanto no estadual, entre as quais a de "acesso universal e igualitário às ações e serviços", "atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde".

Assim procedendo, seguiu estritamente o que determina a Constituição Federal nos artigos a seguir transcritos:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". (destaque nosso).

"Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

.....

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;"

Da mesma maneira em que estabelece a Constituição do Estado de São Paulo, senão vejamos:

"Art. 219 - A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

.....

2 - acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde, em todos os níveis:

.....
4 - atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde."

Por outro lado, ao instituir o "Plano de Atendimento à Saúde - PAS", escolheu o Município de São Paulo os caminhos trilhados pelas Constituições Federal (artigo 199 e § 1º) e Estadual (artigo 220, §§ 2º e 4º), ao optar por serviços prestados pela iniciativa privada, mediante a elaboração de convênios:

"A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos" (artigo 199 da Constituição Federal).

"A participação do setor privado no sistema único de saúde efetivar-se-á segundo suas diretrizes, mediante convênio ou contrato de direito público, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos" (§ 4º do artigo 220 da Constituição Estadual).

Note-se, aqui, que, na forma estabelecida no "Plano de Atendimento à Saúde - PAS", o serviço de saúde, em si mesmo, continuará sendo um serviço público, havendo a transferência apenas de sua execução e não de sua titularidade.

Vale, ainda, lembrar que a Constituição Estadual não obriga que os serviços de saúde sejam realizados de forma direta pelo Poder Público, apenas estabelece uma preferência, admitindo, pois, que o sejam prestados por terceiros e pela iniciativa privada:

"Artigo 220

§ 2º - As ações e serviços de saúde serão realizados, preferencialmente, de forma direta, pelo Poder Público ou através de terceiros, e pela iniciativa privada." (o destaque é nosso)

Diante do exposto, verifica-se que o "Plano de Atendimento à Saúde - PAS", foi instituído pela Lei Municipal nº 11.866/95, com estrita observância das Constituições Federal e Estadual, valendo destacar, também, o seu estímulo ao cooperativismo, recomendado pelo § 2º do artigo 174 da Constituição Federal.

B) Do Plano de Atendimento à Saúde - PAS

Foi, portanto, com tais princípios e objetivos que foi instituído o "Plano de Atendimento à Saúde - PAS", por meio da Lei Municipal nº 11.866/95, que, em seu artigo 1º, assim expressa:

"Art. 1º - Fica instituído, na Prefeitura do Município de São Paulo, programa especial denominado "Plano de Atendimento à Saúde - PAS", com os seguintes objetivos:

I - Melhorar o atendimento nas áreas da Saúde sob a responsabilidade da Prefeitura;

II - Estimular a participação dos profissionais e das organizações comunitárias e não governamentais, que atuam no campo da Saúde, na destinação e na gestão dos recursos públicos alocados aos serviços de saúde pública;

III - Facilitar o acesso universal e igualitário da população às ações e serviços mantidos e desenvolvidos pela Prefeitura, voltados à prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde".

Busca-se, pois, com esse plano uma mudança substancial de atuação do Município na área da saúde pública, substituindo a prestação direta do serviço por um sistema de gestão partilhada entre o setor público e o setor privado.

O modelo proposto baseia-se, principalmente, na associação entre a Prefeitura e uma cooperativa de profissionais da saúde, para a operação

dos serviços de acordo com padrões de autogestão.

Para sua viabilização, o modelo prevê a criação de módulos de atendimento, assentados em uma base territorial, com uma população em torno de 200.000 (duzentas mil) pessoas, que deverão ser cadastradas para receber o atendimento gratuito. A Prefeitura pagará por esse atendimento a importância de R\$ 10,00 (dez reais), por mês, para cada pessoa cadastrada, o que aproxima o PAS dos planos de saúde com pré-pagamento pelo beneficiário, somente que, para este, o atendimento será inteiramente gratuito.

No modelo escolhido, prevê-se a realização de um convênio entre a Municipalidade e cooperativas de profissionais da saúde, cujo objeto é a prestação de serviços de assistência médica e hospitalar à população. A cooperativa participará com o trabalho de seus cooperados, todos trabalhadores autônomos, enquanto a Prefeitura deverá contribuir com as instalações e os equipamentos necessários à prestação do serviço, além do pagamento da contribuição devida pelos beneficiários.

Deseja-se que o convênio assuma forma semelhante aos consórcios entre duas ou mais entidades de direito privado que, para atender a um objetivo comum, criam uma terceira organização, sem personalidade jurídica, a qual aportam recursos humanos, tecnológicos, materiais e financeiros, para sua utilização compartilhada.

Para esse fim, o convênio gera uma nova unidade organizacional, denominada módulo de atendimento que será, ao mesmo tempo:

- uma unidade operacional, contemplando um quadro de serviços a serem executados;
- uma unidade física, compreendendo um conjunto de hospitais, pronto-socorros, ambulatórios e outros equipamentos;
- uma unidade de gestão, compreendendo a definição específica de políticas e diretrizes próprias, bem como, o controle da prestação de serviços;
- uma unidade financeira, com uma conta ou fundo ao qual serão destinados os recursos da Prefeitura vinculados à saúde, originários ou derivados do SUS;

- uma unidade de demanda, representada pela reunião dos beneficiários inscritos no cadastro do módulo de atendimento.

O módulo de atendimento será o suporte físico-organizacional do convênio que, por não ter personalidade jurídica, funcionará com o apoio nas pessoas jurídicas da Prefeitura e da Cooperativa dos profissionais da saúde. Em cada módulo haverá um Conselho Gestor, com representantes da Prefeitura, da Cooperativa e dos usuários, ao qual caberá estabelecer a respectiva estrutura organizacional, a forma de seu funcionamento, os procedimentos adotados e os mecanismos de controle dos serviços prestados e dos recursos utilizados. O Conselho terá funções normativas, cabendo à Cooperativa as funções executivas.

À Cooperativa caberá a contratação dos serviços de apoio técnico (para diagnósticos, procedimentos hospitalares, farmácia, hemoterapia, etc.), serviços de atendimento a pacientes, serviços de manutenção, lavanderia, cozinha, higienização, apoio administrativo e outros.

Os recursos alocados ao módulo de atendimento constituirão um fundo próprio, administrado pela Cooperativa, não se confundindo, no entanto, com suas contas. O mecanismo previsto é semelhante aos fundos de investimentos pertencentes aos investidores, mas administrados por bancos ou outras instituições financeiras.

As instalações e equipamentos da Prefeitura continuarão de sua propriedade, sendo utilizados na prestação de serviços sob a guarda, conservação e responsabilidade da Cooperativa. A manutenção desses bens ficará também sob a responsabilidade da Cooperativa até determinado valor, devendo o convênio definir a sua forma acima do valor fixado.

Os profissionais da saúde, autônomos e cooperados, deverão ser preferencialmente oriundos do serviço público municipal, para o que deverão ser licenciados na forma legal.

Com base nesse modelo, é que foi aprovada a Lei Municipal nº 11.866, de 13 de setembro de 1995, que estabelece as regras básicas do "Plano de Atendimento à Saúde - PAS", o qual, segundo pesquisa de opinião pública, realizada pelo IBOPE e amplamente divulgada, atingiu 88% (oitenta e oito por cento) de aprovação da população pesquisada, sendo

que 77% (setenta e sete por cento) dos munícipes beneficiados pelo P.A.S. consideraram o atendimento bom ou ótimo.

É relevante destacar, ainda, que, a partir da implantação do P.A.S., triplicou o número de pessoas atendidas na Região Pirituba-Perus, o que torna o resultado da pesquisa ainda mais significativo.

C) Da existência de convênio e não de contrato

De outra parte, por via de uma argumentação equivocada, os autores tentam lançar a idéia de que, no fundo, a Municipalidade de São Paulo estaria prestes a firmar contratos de concessão administrativa de uso de um bem público, bem como um contrato de concessão de serviço público com as cooperativas aludidas, e jamais um convênio, tal como definido em lei e, conseqüentemente, haveria necessidade de procedimento licitatório.

Desenvolvem, porém, os autores essa argumentação por equívoco, pois, como é sabido, os institutos jurídicos não se confundem.

A Municipalidade de São Paulo, sempre procurando agir dentro da mais estrita legalidade, procurou recorrer à doutrina para resolver esta questão concreta. Não se pode olvidar o fato de ser a doutrina uma das fontes de direito, fato esse presente na nossa tradição jurídica desde a República Romana. Cabe à doutrina, da mesma maneira que à jurisprudência, nessa tradição romanística, que remonta às primitivas funções dos pontífices e posteriormente dos pretores, adequar o direito aos fatos concretos.

Assim, o jurista Adilson de Abreu Dallari, autoridade de renome internacional no campo do Direito Administrativo, debruçou-se sobre o assunto, tendo redigido o incluso parecer, onde atesta a legalidade do procedimento da Municipalidade, considerando a final estar-se diante de convênio.

E, embora se junte ao presente o texto do parecer na sua totalidade, não se pode deixar de transcrever o seguinte trecho:

"Convém, nesse passo, esclarecer o que é um convênio, o que melhor se fará mediante a comparação com a figura correlata que é o contrato. Para este esclarecimento, é suficiente transcrever a lição sempre lúcida, objetiva e clara de Hely Lopes Meirelles

("Direito Administrativo Brasileiro", 18ª ed., 1993, pág. 354):

"Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares para 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."

Nessa conceituação acima transcrita, já fica perfeitamente claro que convênios podem ser celebrados com entidades públicas ou com organizações particulares. Essa afirmação é reforçada mais adiante pelo consagrado mestre, ao espantar a crendice de que os convênios somente seriam possíveis entre entidades estatais, destacando que "na realidade, a possibilidade de tais acordos é ampla, entre quaisquer pessoas ou organizações públicas ou particulares que disponham de meios para realizar os objetivos comuns, de interesse recíproco dos partícipes."

São os convênios, portanto, ajustes temporários, entre entidades já existentes (não são forma de criação de novos órgãos ou entidades) e, conseqüentemente, são desprovidos de personalidade jurídica.

Não tendo personalidade jurídica, um convênio não dispõe de meios próprios para atuar. Ele não adquire bens ou contrata pessoal. Os recursos de trabalho (materiais ou pessoais) são alocados ao convênio, postos à disposição do convênio, destinados a servir ao convênio, pelas partes convenientes.

No momento da celebração do convênio as partes estipularão quem

proporcionará tais ou quais recursos de trabalho, quem arcará com tais ou quais despesas, quem se incumbirá de tais ou quais atividades. Disso resultará uma conjugação de esforços para melhor atingir o objetivo comum.

No caso em exame, a Prefeitura Municipal de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal da Saúde, celebraria convênios com Cooperativas de Trabalho especialmente criadas para atuar na área da saúde pública no Município de São Paulo. Em princípio, isso é perfeitamente viável, restando examinar os fatores condicionantes de tais ajustes.

Desde já, cabe afirmar que não interferem, não atuam e não se aplicam à organização dos serviços municipais de saúde as normas estaduais federais eventualmente existentes. Não cabe à lei federal ou estadual dizer como o Município deve estruturar e/ou operar seus serviços.

Em matéria administrativa, o Município somente deve acatamento à legislação alheia naqueles casos expressamente previstos na Constituição, como é o caso, por exemplo, de licitações, contratos, concessões e permissão de serviços públicos.

Assim, em primeiro lugar, percebe-se claramente que o convênio é uma figura jurídica perfeitamente legal, válida e que encontra abrigo na própria Lei Orgânica Municipal, quando a mesma disciplina os serviços públicos operados por terceiros, conforme se pode depreender da leitura do parágrafo primeiro do artigo 128:

“O disposto neste artigo não inibe a administração direta ou indireta de utilizar outras formas ou instrumentos jurídicos para transferir a terceiros a operação direta do serviço público.”

Desta forma, a administração municipal ao optar pela figura do convênio fez-o ao abrigo daquele dispositivo da Lei Maior local, que inteligentemente abre a possibilidade para que os serviços públicos sejam prestados por terceiros, sem que haja necessariamente um contrato, com todas as consequências daí decorrentes.

E, no caso presente, poderia haver dúvidas sobre a necessidade de licitação ou não para a celebração do referido convênio, mas um estudo acurado do problema levará fatalmente à conclusão de que tal concurso não deverá existir.

Em primeiro lugar, chama-se a atenção para a própria natureza da cooperativa conveniada, passando-se a palavra ao já citado jurista Adilson Dallari:

"Cooperativa não é empresa comercial ou industrial, não visa a obtenção de lucro. Cooperativa é uma sociedade civil que visa proporcionar melhores condições econômicas a seus associados, e não a si mesma, como entidade. Uma cooperativa de trabalho é uma associação de trabalhadores que visa, por meio da colaboração, da reunião de esforços, obter um efeito multiplicador, de maneira a proporcionar a cada cooperado uma remuneração maior do que aquela que cada um poderia obter isoladamente.

No caso em estudo, conforme o Resumo Executivo do Plano de Atendimento à Saúde oferecido para exame, o objetivo de cada cooperativa constituída para operar em determinada área territorial da cidade, seria, numa grande síntese, operar serviços de saúde pública de maneira economicamente ótima, tirando o máximo proveito dos recursos disponíveis, de maneira a melhorar a qualidade do serviço e a remuneração das pessoas envolvidas."

Desta forma, aponta-se para a característica especialíssima da cooperativa, que não se confunde com uma empresa, onde o seu fito é a obtenção do lucro, de vantagens patrimoniais para os seus sócios. Na cooperativa ocorre precisamente o contrário.

Além do mais, no caso em tela, as cooperativas instituídas pelo P.A.S. são compostas por servidores municipais, profissionais das áreas de saúde, que se organizarão por região de maneira exclusiva. Para cada área haverá uma determinada cooperativa, que desde já inviabilizaria qualquer tipo de competição, como bem aponta aquele mestre paulista, fazendo menção expressa ao artigo 25 da Lei Federal nº 8.666/93.

Registre-se, também, aqui, que não tem fundamento a afirmação dos autores, no sentido de que a constituição de cooperativas de serviços dependeriam de autorização do Conselho de Medicina, uma vez que a Constituição Federal, expressamente, estabelece que "a criação de associa-

ções e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento" (artigo 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal).

Mas, a verdadeira solução do problema extrapola essa interpretação, encontrando-se na doutrina e na lei outras respostas para o comportamento da Prefeitura Municipal de São Paulo e sua Administração.

Em momento algum se pode dizer que se está diante de uma concessão de serviço público, tal como está definido em lei. Seria incompatível com esse instituto a natureza do serviço que se coloca ao dispor da população, como se mostrará a seguir.

Uma das características básicas, inerentes ao instituto da concessão, conforme foi determinado pelo legislador, é a existência do preço do serviço público. Pede-se "venia" para transcrever o art. 23, inciso IV da Lei Federal nº 8.987/95, que assim determina:

"Art. 23 - São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

.....

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e revisão das tarifas".

Como se observa, seria impossível a atuação de terceiros na prestação de serviços à população na área da saúde, sob o regime de concessão, pois, como se sabe, a saúde é um direito fundamental do cidadão, por força de mandamento constitucional, sendo completamente vedado ao poder público, ou a particulares em regime de concessão, a cobrança de preço pelo dito serviço prestado.

Desta forma, a acusação dos autores, segundo a qual estar-se-ia diante de um contrato de concessão de serviço público, só pode ser debitada a um conhecimento deficiente na área do direito administrativo. Afinal, como diz a lei federal, volta-se a repetir, sem medo de ser cansativo, o preço público é um dos requisitos essenciais da concessão, ou seja, uma das partes que faz com que aquilo que é o seja.

E não se diga precipitadamente que a quantia paga pela administração às cooperativas por pessoa cadastrada seja preço público ou tarifa, pois como diz o mestre Hely Lopes Meirelles na sua obra "Direito Administrativo Brasileiro" (11ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985), à pág. 216/217, "a tarifa é aquilo que é cobrado dos usuários e preço o que o concessionário paga ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último".

Está-se, sim, diante de um convênio - permissão de serviço público, que, como é sabido à sociedade, não exige o procedimento licitatório inerente à concessão. Assim, como se já não bastassem aqueles motivos apontados pelo professor Adilson Dallari, haveria também este.

Como se vê, portanto, clara e legal é a posição da Administração, utilizando-se da figura do convênio.

D) Da inegibilidade de licitação

Alegam os autores a indispensabilidade de licitação para a celebração dos convênios com as cooperativas instituídas pela Lei Municipal.

Primeiramente, merece destacar que não se realiza licitação para a celebração de convênio, como sempre entenderam a doutrina e a jurisprudência pátrias.

Por outro lado, tanto a Constituição Federal, em seu artigo 37, quanto a Constituição Estadual, no artigo 117, antes de determinarem a exigibilidade de licitação, ressalvam os casos especificados na legislação.

E é exatamente o que ocorre com os convênios estabelecidos pelo "Plano de Atendimento à Saúde-PAS", para os quais aplica-se o disposto pelo artigo 25 da Lei de Licitações, nestes termos:

"é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição".

Ora, a Lei que institui o PAS deixa claro que a gestão e a operação dos serviços de saúde atenderão a forma de parceria, respondendo as Cooperativas pelas ações e serviços de prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde da população (art. 2º, parágrafo único, e art. 5º), ine-

xistindo, portanto, qualquer possibilidade jurídica de competição, o que afasta a exigência de licitação.

Essa é, pois, a conclusão do consultor "Eurico de Andrade Azevedo", em brilhante parecer que também ora se junta a estes autos, pedindo-se "venia" para transcrever os seguintes trechos:

"10. O segundo problema a ser examinado diz respeito à necessidade de licitação para a celebração do convênio. Como se sabe, a licitação é o procedimento adotado pela Administração para obter a proposta mais vantajosa, quando pretende alienar ou adquirir bens, ou realizar obras e serviços. A Lei 8.666/93, que regula as licitações e contratos administrativos, é expressa ao dizer que "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração" (art. 3º).

11. Como vimos acima, convênio não é contrato, mas acordo de vontades para consecução de fins de interesse comum dos partícipes: a Administração, de um lado, e os outros interessados, de outro lado. O convênio é o instrumento de que eles se servem para especificar a forma e os meios de participação de cada um. Não existe possibilidade de competição, porque todos buscam o mesmo objetivo. Bem por isso, não se realiza licitação para a celebração de convênio, como sempre entenderam a doutrina e jurisprudência pátrias.

12. Não obstante, a nova Lei de Licitações e Contratos dispôs que, para os seus fins, "considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada" (art. 2º, parágrafo único). Isto se deve à utilização equivocada do convênio em lugar do contrato, ou mesmo ao seu uso de má-fé, denominando-se convênio o que é, na realidade, um contrato, precisamente para fugir à licitação. É preciso verificar, portanto, a natureza do ajuste estabelecido, a fim de distinguir convênio de contrato.

13. No caso em exame, o ajuste pretendido pela Prefeitura com as Cooperativas de Trabalho caracteriza seguramente um convênio. A Cooperativa de Trabalho é formada por servidores municipais, ativos e inativos, e tem por finalidade exclusiva a prestação de assistência médica à população. Não há pagamento direto dos serviços à Cooperativa, mas os recursos financeiros do Município serão carreados para o convênio mediante regras estabelecidas de acordo com o número de indivíduos cadastrados e os respectivos módulos de atendimento. Há, pois, toda uma conjugação de esforços tendo em vista aprimorar os serviços de atendimento médico à população. A sua matéria é, pois, de convênio.

14. De qualquer forma, ainda que se considerasse contrato o ajuste pretendido pela Prefeitura e as Cooperativas, ainda assim, não estaria submetido ao regime de licitação. Esta seria inexigível, por força do disposto no art. 25 da Lei respectiva: "é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição"..."

Com isso, restou superada a questão da exigibilidade de licitação, confirmando, assim, a constitucionalidade da Lei Municipal instituidora do "Plano de Atendimento à Saúde - PAS".

E) Da destinação de bens públicos

Resolvido o problema do serviço público, passa-se a analisar o absurdo argumento quanto ao confronto com a norma estabelecida pelo artigo 199, § 2º da Constituição Federal, que vedaria a destinação de recursos e bens públicos, inclusive servidores públicos.

Inicialmente, convém lembrar que tal questão, por envolver matéria constitucional federal, não poderá ser apreciada no âmbito desta ação, que se restringe ao alegado confronto com a Constituição Estadual.

Todavia, examina-se, ligeiramente, o argumento, para demonstrar o quão absurdo se apresenta.

O uso dos equipamentos de saúde, móveis e imóveis, por parte das cooperativas só pode ser entendido à luz do que foi exposto anteriormente.

Mais uma vez os Autores mostraram desconhecer os institutos básicos de direito administrativo aplicáveis ao uso dos bens públicos.

O Prefeito Municipal, nas suas atribuições legais, pode, através de decreto permissivo, outorgar o uso de bem público a terceiro, conforme estipulado está no art. 114, parágrafo quarto, da Lei Orgânica Municipal:

"A permissão, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será sempre por tempo indeterminado e a título precário, formalizado através de decreto."

Essa permissão, conforme está expresso no "caput" do dito artigo, não é fruto de capricho da vontade do Chefe do Poder Executivo Municipal, mas diante da existência do interesse público devidamente justificado, o que no caso presente é mais do que patente. E logicamente, por uma questão óbvia, qualquer tipo de licitação seria descabida. Se uma determinada cooperativa atuasse numa determinada região, somente a ela poderia ser dada a permissão do uso dos equipamentos hospitalares daquela mesma região. Seria surrealista querer o contrário. Isso se porventura exigível fosse licitação, por se tratar de concessão, que não é o caso, como apontado.

Como se vê, mais uma vez, mostra-se quão acertado tem sido o procedimento do alcaide paulitano, sempre agindo dentro da lei na implantação de algo novo, radical, diferente, que procura (e sem dúvida alguma conseguirá) resolver o problema da saúde que a todos affige, principalmente os mais pobres, aqueles que não podem pagar médicos particulares ou milionários programas de saúde.

O alcance social do PAS é inimaginável, e sua inovação pode-se fazer perfeitamente sem lesão ao direito, seja ele de que espécie for, como se mostrou até agora. Sempre recorrendo aos tradicionais institutos do direito administrativo pátrio, pode-se inovar, com acerto.

Quanto à destinação de recursos e bens públicos, mister salientar que o serviço de saúde é um serviço público, possuindo a Prefeitura dotações orçamentárias para o seu atendimento, originárias de recursos próprios e do Sistema Único de Saúde - SUS. Tais dotações vêm sendo utilizadas na prestação direta do serviço, através dos órgãos da administração municipal, forma modificada com a implantação do P.A.S., que substitui a

execução direta por um sistema de gestão partilhada entre o setor público e o setor privado, por intermédio de um convênio com Cooperativas de Profissionais da Saúde, respondendo cada conveniente por determinados setores.

Consequentemente, caberá à Prefeitura carrear para o convênio as verbas destinadas à prestação dos serviços de saúde. A origem e o destino das dotações reservadas à saúde são os mesmos, apenas a forma de prestação do serviço à população é que muda.

Portanto, este argumento dos autores igualmente cai por terra, consoante sobejamente demonstrado.

F) Dos servidores públicos

Finalmente, aborda-se a questão dos servidores públicos municipais.

Antes de mais nada é preciso ressaltar que a natureza da relação jurídica existente entre os titulares de cargo e o Poder Público não é de caráter contratual, porém institucional (estatutário), podendo, assim, o Estado modificar unilateralmente o regime jurídico de seus servidores.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, preleciona, com inegável clareza:

"O funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudanças das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico". (In "Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos", Ed. RT, 1972, pp. 10/11).

A propósito do tema, escreve CARLOS DE BARROS JÚNIOR:

"Cumprindo assegurar-se a prevalência do interesse coletivo, a predominância do interesse geral sobre o particular, através da

subordinação dos interesses do funcionário aos da função, deve a situação funcional caracterizar-se pela permanente possibilidade de modificações impostas em benefício do serviço, no sentido de que este possa melhor atingir os seus fins." (In "Dos Direitos Adquiridos na Relação de Emprego Público", Ed. Leia, 1957, p. 187).

Desta forma, respeitados os princípios básicos da administração pública e as normas de amparo ao funcionário estabelecidas na Constituição Federal, todas as alterações feitas, no regime jurídico do servidor, para melhor atendimento do interesse público, são perfeitamente válidas.

A Lei Municipal 11.866/95 previu duas formas de afastamento do servidor titular de cargo ou contrato para função de natureza técnica especializada (Lei Municipal 9.160/80): a licença, para aqueles que se associarem às Cooperativas de Trabalho (art. 9º), e o afastamento em sentido estrito, para aqueles que não quiserem se associar às Cooperativas (art. 10). Em ambos os casos, serão resguardados os direitos e vantagens do servidor, conforme expresse no artigo 12 da mesma lei.

O afastamento dos servidores, com prejuízo da remuneração, e sem prejuízo das demais vantagens, acontecerá a pedido dos mesmos, que se sintam motivados e convencidos da justiça e da viabilidade do PAS, tudo conforme previsão estatutária.

Da mesma maneira, casos os mesmos achem por bem voltar à antiga situação funcional, poderão fazê-lo.

Em momento algum os mesmos terão seus direitos estatutários violados. Da mesma maneira, a Municipalidade de São Paulo não terá prejuízo, pois aqueles serão remunerados pela quantia paga às cooperativas, considerando o número de habitantes da região servida por aquela. Assim, o Poder Público não corre nenhum risco, nem haverá ônus suplementar para o tesouro.

Sobre o assunto, ainda HELY LOPES MEIRELLES, depois de dizer que "o servidor não tem direito adquirido à imutabilidade de suas atribuições, nem à continuidade de suas funções originárias, citando vários acórdãos que corroboram esse entendimento, escreve:

"O servidor poderá adquirir direito à permanência no serviço público, mas não adquirirá nunca direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar e nas mesmas condições, salvo os vitalícios, que constituem uma exceção constitucional à regra estatutária. O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos é indisponível da Administração, por inerente à soberania interna do próprio Estado".

Aliás, a Municipalidade de São Paulo encomendou, também, ao especialista Jorge Kengo Fukuda parecer sobre a situação funcional dos servidores que participarem do PAS, que se junta à presente, onde o mesmo de maneira clara e objetiva ataca os problemas principais, demonstrando claramente que não haverá nenhuma ilegalidade, e muito menos prejuízo para os servidores ou ao Poder Público Municipal. Também o parecer do consultor Eurico de Andrade Azevedo, já mencionado, demonstra a regularidade da situação dos servidores públicos no âmbito do "Plano de Atendimento à Saúde - PAS".

Vê-se, desta maneira, que não havendo inconstitucionalidade ou ilegalidade com relação aos servidores, também por esse motivo merece ser cassada a liminar concedida.

G) Da fragilidade dos argumentos dos autores

Da exordial se infere que os únicos dispositivos da Constituição do Estado que teriam sido violados são os artigos 4º, 219 e 220.

Segundo os autores, o artigo 4º da Constituição teria sido vulnerado porque se prescindiu de licitação para a "contratação" das cooperativas de médicos (fls. 11).

Desde já, é preciso deixar bem claro que o dispositivo constitucional invocado pelos autores nada tem a ver com licitação, ainda que indiretamente, donde se conclui que não houve a afronta mencionada. A inconstitucionalidade, como se sabe, deve ser direta, não reflexa. No caso não se vislumbra qualquer desarmonia entre a Lei 11.866/95 e o artigo 4º da Constituição do Estado, pelo que improcede a alegação dos autores.

O art. 219 da Constituição teria sido violado porque, sob a ótica dos

autores, estaria o Município transferindo toda prestação do serviço de saúde à iniciativa privada, furtando-se, assim, ao dever imposto, segundo o qual a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Chega a ser absurda a assertiva dos autores. De tal efeito da Lei se infere que a transferência inexistente, haja vista que prevê a celebração de convênios com as Cooperativas de Trabalho, além da cessão de recursos para a efetiva prestação do serviço. O que existe, na verdade, é o estabelecimento de critérios para a prestação à comunidade do serviço de saúde. Ao contrário do que os autores alegam, o que o Município de São Paulo está fazendo é justamente procurar cumprir com maior presteza o dever imposto pelo legislador, estando, pois, a Lei em perfeita harmonia com a Constituição.

Por último, o art. 220 da Constituição teria sido vulnerado porque, de acordo com os autores, o Município não poderia entregar exclusivamente à iniciativa privada a prestação de serviços de saúde.

Novamente se equivocaram os autores. Primeiramente porque não há essa transferência à iniciativa privada. O que há, repita-se, é a participação da iniciativa privada através de convênios, o que é perfeitamente admitido pela Constituição (C.E., art. 220, parágrafo 4º). De outra parte, no convênio cada partícipe é como se fosse um só, já que todos buscam a mesma finalidade. Daí resulta que o Município, partícipe do convênio, está prestando diretamente os serviços de saúde, ao contrário do que alegam os autores. Mas não é só. A Constituição não exige, de modo absoluto, que a prestação dos serviços de saúde se faça diretamente pelo Poder Público. Com efeito, dispõe o parágrafo 2º do art. 220 da Constituição Estadual que "as ações e serviços de saúde serão realizados, preferencialmente, de forma direta pelo Poder Público ou através de terceiros, e pela iniciativa privada (g. nossos). Como se vê, a própria Constituição prevê a possibilidade da prestação dos serviços de saúde se fazer através de terceiros. Portanto não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade na referida Lei. As cooperativas de Trabalho também não têm fins lucrativos, não incidindo, portanto, a vedação do parágrafo 6º do art. 220 da Constituição.

VII - Da ausência do "periculum in mora"

Como visto, a demonstração da ausência do "fumus boni juris" é suficiente para a cassação da liminar concedida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente desse Egrégio Tribunal.

Contudo, também com relação ao "periculum in mora" pode-se constatar que o mesmo não existe. Como foi mostrado, os institutos jurídicos que estão sendo implantados no PAS, ao contrário da concessão, tanto de uso de bem público, como de serviço, têm um caráter precário, passíveis de revogação sem ônus por parte do poder público, sem que este esteja obrigado a indenizar o particular.

Não há possibilidade de se configurar algum ato que torne irreversível a referida implantação, ou que traga ônus à administração pública.

Equívocada, assim, "data maxima venia", a conclusão de que "poderá ser criada uma situação de fato que, ao depois, na hipótese de procedência da "ação", grandes prejuízos serão experimentados e o resultado não será outro que não o ingresso de ações diversas."

É que, na hipótese remota da presente ação vir a ser julgada procedente, tudo poderia, administrativamente, ser desfeito, com o retorno da situação ao "status quo ante". A possibilidade de que algum inconformado venha a ingressar na justiça não justifica a suspensão da implantação do Plano de Saúde preconizado pela Lei 11.866/95. Isso seria, "data venia", uma inversão de valores, com a predominância do interesse particular em face do interesse público, da coletividade que seria beneficiada pelo Plano de Saúde em questão. O "periculum in mora" existe, isto sim, no que diz respeito a coletividade, que sofrerá grandes prejuízos se o Plano não for implantado desde logo, pois que a população continuará a padecer à falta de assistência médica adequada, além do que, a entender-se eventualmente que a liminar concedida impediria o prosseguimento da Cooperativa já implantada, o que seria absurdo, haveria, inevitavelmente, a solução de continuidade dos serviços de atendimento à saúde na mencionada região, com irreparáveis prejuízos à sociedade e população local. Não se justifica que o interesse público seja sacrificado em prol do interesse particular, que pode ser protegido em cada caso concreto, caso seja necessário, já que nenhuma lesão de direito pode ser excluída da apreciação pelo Poder Judiciário. Aliás, as pesquisas de opinião pública demonstram que o Plano, recentemente implantado, tem sido um sucesso, inclusive com o aumento vertiginoso do número de pessoas atendidas.

VIII - Do pedido

Diante de todo o exposto, espera a Municipalidade seja reconsiderado o despacho que suspendeu os efeitos da Lei Municipal nº 11.866/95, a fim de que a implantação do "Plano de Atendimento à Saúde-PAS" tenha o seu prosseguimento normal, beneficiando-se as demais regiões de São Paulo.

Em não havendo reconsideração, requer a Municipalidade a apreciação final pelo Órgão Especial, o qual deverá dar provimento ao presente recurso, cassando-se a liminar concedida pela Presidência, até o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade.

Termos em que,

aguarda provimento

São Paulo, de janeiro de 1996

PAULO MALUF
Prefeito do Município de São Paulo

LUÍS ANTONIO GIAMPAULO SARRO
Procurador Municipal - JUD
OAB/SP - 67.281

MIRANDIR MONTEIRO DE SOUSA
Procurador Municipal - JUD. 33
OAB/SP - 115.999

MÔNICA MOOR PINHEIRO
Procuradora Municipal - JUD. 33
OAB/SP - 100.668